

# PEUT-ON PENSER LE DROIT DANS UNE DIMENSION UNIVERSELLE ?

**Responsable de l'exécution de la recherche:**

**Antoine Garapon**

Convention n° 91 05 055 00 210 75 01

Ministère de la Justice

1991

## SOMMAIRE

PEUT-ON PENSER LE DROIT DANS UNE  
DIMENSION UNIVERSELLE

Pierre Bouretz 4/11/91

UN NOUVEL ORDRE MONDIAL

Pierre Hassner 18/11/91

L'ENVIRONNEMENT

Luc Ferry 16/11/91

DROIT HUMANITAIRE ET DROIT  
D'INGERENCE

Mario Bettati 6/01/92

LE CRIME CONTRE L'HUMANITE

Pierre Truche 2/12/91

LE MONDE COMME PATRIMOINE COMMUN

Pierre Bouretz 20/1/92

MAL D'ENFANCE

Olivier Mongin

NOUVEAUX DROITS DE L'ENFANT,  
LA POTION MAGIQUE ?

Irene Théry

DU DROIT DES MINEURS AUX  
DROITS DE L'ENFANT

Alain Mallet  
Jean-Claude Monier

MORT ET DIGNITE

Paul Valadier 16/03/92

L'ACTE DE JUGER + discussions

Paul Ricoeur 12/12/91

CONTRAINTES EUROPEENNES ET PLURALITE  
DES POLITIQUES CRIMINELLES

Mireille Delmas-Marty 25/05/92



**PEUT-ON PENSER LE DROIT DANS UNE DIMENSION  
UNIVERSELLE ?**

PIERRE BOURETZ

## Séminaire de philosophie du droit.

1991-1992.

### Séance inaugurale.

Peut-on penser le droit dans une dimension universelle ?

Par Pierre Bouretz.

Dans la trame quotidienne de notre rapport au droit, la texture positive de l'ordre normatif suffit amplement à donner un contenu à la notion et remplit de manière satisfaisante la fonction que nous lui assignons : trancher nos différents et régler nos désaccords, offrir le moyen d'une réparation de ce que nous jugeons être des fautes.

Situé entre nous et pensé comme le produit de nos volontés accordées, le droit est posé comme médiateur. En tant que *texte*, il fournit un ensemble de normes que nous acceptons comme communes, des règles neutres qui par leur neutralité offrent un terrain d'entente, un lieu où les brèves histoires que constituent nos vies peuvent se relier les unes aux autres. En tant qu'instance de *jugement*, il représente ce tiers dont nous avons besoin pour arbitrer nos conflits, cet espace de médiation qui nous est nécessaire afin de préserver un tissu de relations sociales sans cesse menacé de déchirures.

Texte et instance de jugement, le droit trouve alors sa force dans son *objectivité*. Au sens de la neutralité, de la capacité à éviter la partialité du jugement et à produire de l'équité. Mais au sens aussi de l'effectivité, de la présence réelle de règles publiques et reconnaissables, traçant une limite visible et commune entre le licite et l'illicite, entre cette part de la liberté qui exprime notre autonomie (notre capacité à nous orienter dans le monde par la raison afin d'y réaliser le projet d'une vie accomplie) et cette autre part qui potentiellement pourrait empêcher la même liberté et la même autonomie chez autrui. Conscience de la limite associée à la présence de la loi, cette image de la justice requiert alors symboles et rituels, la mise en scène d'un espace clos, d'autant plus objectif qu'il sait en partie se tenir séparé du monde quotidien.

En ces circonstances, c'est bien la *positivité* du droit qui fait sa valeur : le fait qu'il offre une garantie de solution aux problèmes de notre vie ensemble. Une solution que nous reconnaissons à l'avance parce qu'elle découle d'une loi dont nous nous figurons être les auteurs. Une solution dont nous acceptons la teneur parce qu'elle est administrée au travers de procédures et par la voix d'une autorité dont nous avons admis la légitimité.

Mais dès cette association de l'idée de droit à la positivité des normes, au cœur même de ce que l'on pourrait qualifier de moment initial



de la conscience du droit, nous savons aussi que cette objectivité fait problème.

Problème sur le trajet de la fondation de la règle de droit, puisque, en tant que modernes, nous avons pour idéal que la loi trouve son foyer en nous : dans l'homme et non dans une réalité extérieure à lui, telle l'ordre naturel du cosmos ou la volonté de Dieu. Puisque l'idée d'une garantie transcendante du sens nous est devenue étrangère, le principe de validité du droit doit être trouvé parmi nous, sur le socle mouvant de nos volontés. Le droit peut-il être le pur produit d'une décision souveraine, légitime par cela seul qu'il existe et coule au travers des canaux de la procédure ? Ou bien, doit-il attester sa conformité à une idée plus lointaine : celle d'une identité de l'homme en tant que tel, qui serait le foyer de toute norme et l'étalon de sa valeur ?

Mais problème aussi sur le trajet de l'effectuation de la règle de droit. Là encore, si le modèle positiviste de l'objectivité de la règle suffit à organiser l'administration du droit dans les cas courants, elle devient rapidement périlleuse dans les "cas difficiles". Comment juger dans les occurrences d'aphasie de la loi, dans les situations où le procédé déductif du syllogisme rencontre l'incertitude des faits, l'indétermination des fins et finalement l'impossibilité de subsumer un cas particulier sous une règle générale ? Faut-il laisser au juge un pouvoir discrétionnaire de création de règles ? Ou bien faut-il attendre de lui qu'il fournisse ses raisons, en lui offrant une théorie du jugement qui permette de conjuguer la nécessaire interprétation du droit et le souci de dégager les principes qui la justifient ? Présente à la conscience quotidienne du juge qui refuserait d'être un simple automate, cette difficulté est par excellence celle du juge constitutionnel, subissant l'épreuve de sa fragile légitimité confrontée à celle du législateur élu.

Ces questions suffiraient à elles seules pour justifier un détour du côté de l'interrogation sur la possibilité d'un droit universel. N'avons-nous pas originairement besoin d'une telle idée, pris que nous sommes entre deux refus ?

Celui qui revient à écarter la recherche d'un sens du droit dans une transcendance qui nous serait étrangère, imperméable, inappropriable. Sauf à prétendre réinvestir le fondement du droit dans l'ordre d'une hétéronomie (Dieu ou la Nature), nous sommes contraints d'affronter la redoutable question de sa *déduction à partir de l'autonomie du sujet humain*.

Au regard de la fragilité de ce fondement humain, nous subissons toujours l'épreuve d'un problème qui a cette forme : *comment passer de la règle que je me donne à moi-même pour maxime de mon action (en raison de mon autonomie) à une règle que je puisse reconnaître comme valant pour tout autre individu et critère de nos relations mutuelles ?*

En philosophie, ce problème a un nom : l'épreuve de l'universalisation de la norme. Et le droit la subit, dont on attend qu'il puisse assigner un contenu d'universalité aux prescriptions qu'il vise, aux libertés qu'il ouvre, aux limites qu'il pose à l'indépendance.



Mais nous assumons aussi un second refus : nous ne voulons pas accepter l'idée selon laquelle il n'y aurait plus de critère autre que factuel à la force du droit. Orphelins d'un sens transcendant, nous ne sommes pas devenus pour autant étrangers à la problématique du sens, à l'exigence d'une justification de nos actions et de nos représentations. Sauf à admettre avec certains courants de la philosophie contemporaine que l'effondrement des transcendances nous ferait habiter un monde totalement désenchanté, voué au spectacle d'un combat éternel entre des visions du monde irréconciliables, nous ne pouvons nous résoudre à confondre le droit et le fait, la force du droit et l'effectivité de la contrainte qu'il impose.

Plus encore, nous pouvons penser que le maintien du droit dans la dimension d'un *devoir-être* est d'autant plus indispensable que nous avons abandonné d'autres critères de jugement du monde tel qu'il est, ceux que fournissaient par exemple la religion mais aussi les idéologies ou la science. Refuser la perte du sens, c'est alors préserver ou restaurer la *fonction critique du droit*. Fonction qui renforce la contrainte d'universalité qui pèse sur ses normes, ses principes et ses jugements.

Pourtant, si nous avons accès à une première interrogation concernant l'universalité du droit du côté de son Idée, de ses fondements et de ses justifications, il est aussi d'autres occasions qui la font surgir.

Ce sont celles qui brisent cette trame immédiate et quotidienne de notre rapport au droit. Celles qui trouvent leur localisation historique, pratique et finalement théorique dans ces *situations limitées* qui rendent incertaine la fusion dans le droit d'un substrat d'universalité et d'une normativité positive concrète.

Situation limite de ces questions qui surgissent *aux frontières de la vie et de la mort*. Par la puissance de manipuler, fût-ce artificiellement, le vivant au moyen des bio-technologies. Au travers des conflits qu'engendre la possibilité d'interrompre la vie par l'euthanasie. Devons-nous admettre qu'il soit concevable de donner la mort par humanité ? Sommes-nous prêts à l'inverse à sacrifier le vivant au point de l'imaginer menacé par toute capacité technique de la médecine ? Ou bien encore, faut-il nous penser à ce point sceptiques qu'il nous faille accepter en ces matières le plus profond silence ? Silence de la norme éthique face à la diversité de choix incompatibles et qui échapperaient à toute logique de l'argumentation. Silence du droit impuissant à réfléchir une conception commune de l'homme propre à fixer la limite reconnaissable entre la liberté qu'il s'accorde de disposer de son corps et la responsabilité qu'il a de préserver l'humain en lui.

Situations limitées aussi qui font naître un *doute sur la capacité médiatrice du droit*. Lorsque l'affaire d'un foulard ou une pratique comme celle de l'excision par exemple ouvrent la confrontation d'un droit républicain avec son fondement universaliste. Ici l'aspect lacunaire du droit en vigueur nourrit la critique d'un défaut d'universalité, saisi dans l'impuissance à accueillir la diversité des cultures. Pire encore, il soulève l'objection d'une illusion d'universalisme lorsque l'idée républicaine du droit semble révéler sa particularité occidentale, installée sur le fond



religieux laïcisé d'un univers judéo-chrétien, imperméable à d'autres traditions.

Le doute qui nous saisit alors fait-il éclater la fiction d'un droit forme de règles universalisables, le renvoyant derechef à une irréremédiable particularité culturelle et historique ? Faut-il concéder une radicale incapacité du droit à respecter l'identité de chaque culture, admettre qu'il opposerait à l'imaginaire des autres que nous-même une violence symbolique, voire même une logique ethnocidaire ?

Ou bien nous faut-il au contraire faire porter à nouveau l'effort sur les moyens de dégager le noyau dur du *respect du aux personnes*, en l'arrachant aux interprétations spécifiques que lui donnent des traditions différentes ?

Dans cette perspective, le programme serait au sens fort du terme anthropologique, visant à identifier ce qui dans notre vision du droit relève d'une conception commune de la nature humaine. Travail critique sur nous-même qui appellerait une démarche identique s'agissant des autres. A la recherche des formes qui permettraient de les penser comme d'autres nous-mêmes. A la recherche d'un fond commun de *dignité* qui pourrait être le socle du respect mutuel.

Situations limites enfin que revelent ces *moments tragiques de l'histoire* ou la barbarie surgit au coeur même des Lumières. Exemple paroxystique du Génocide, qui donne dans l'univers contemporain l'image d'un mal radical. Exemples plus quotidiens de la guerre qui, par sa familiarité même, semble opposer son froid réalisme à tout idéal de conjugaison de la liberté avec la paix. Exemples pourtant qui paradoxalement semblent plus que les précédents être le lieu d'émergence d'une conscience juridique universaliste.

Au-delà du crime de guerre, pouvons-nous revendiquer le droit de juger les *crimes contre l'humanité* sans prendre à témoin un homme qui soit plus que le citoyen d'un Etat, sans évoquer une identité propre à l'homme en tant que tel, transcendant les particularités nationales et les convulsions de l'histoire ?

Dans le contexte d'une éventuelle recomposition de l'ordre mondial, dans le sillage de la fin de la guerre froide et d'un consensus naissant sur les valeurs d'un droit international, pouvons-nous avancer l'idée d'un *droit d'assistance humanitaire* sans admettre un instant qu'il soit possible d'opposer à la logique glacée des puissances celle du respect accordé aux individus et des secours que nous devons aux victimes ?

Peut-on penser le droit dans une dimension universelle : on aura compris que le sens de cette interrogation tient en la volonté de confronter la force de l'idée de droit à ces situations qui semblent la faire éclater ou en tous cas sérieusement la fragiliser. Lorsqu'elle subit l'épreuve de la guerre qui paraît inlassablement reactiver un fond de déraison humaine. Lorsqu'elle affronte le problème du conflit entre personnes et entre Etats, conflit qui met à nu la particularité des cultures et des destins, l'irréductible diversité des choix. Lorsqu'elle se heurte enfin à cette détresse qui toujours s'associe au sentiment de notre finitude.



Problème du droit et de la nature conflictuelle de la société humaine. Problème de l'historicité du droit sans cesse renvoyé à la réalité empirique des conditions de son émergence, des occasions de son effectuation, de l'horizon de sa réalisation. Problème du lien énigmatique qu'incorpore l'idée même de droits de l'homme, tendue entre l'évocation d'une naturalité devenue étrange à nos yeux et la suggestion d'une an-historicité constamment démentie par la sagesse pratique. Sans avoir à céder aux schématisations les plus systématiques du tragique de l'action ou de l'histoire, pouvons-nous contourner la question de *l'historicité du droit* ? Sans nécessairement remonter aux fondements ontologiques des discussions sur la nature humaine, sans aborder directement aux rivages où surgit le problème de la finitude humaine, pouvons-nous faire l'économie d'une réflexion sur *l'humain* dégagé des particularités historiques, culturelles et ethniques de son apparition ?

Questions d'anthropologie et d'histoire, questions qui mobilisent au sein de la philosophie du droit un détour par ces lieux où s'appréhende l'homme en son existence première et son rapport au temps.

Une *anthropologie* qui serait moins le projet d'une science empirique, dont les leçons peuvent être précieuses mais dont l'horizon semble trop souvent situé dans le fait d'opposer la diversité des cultures à l'idée d'humanité, qu'une manière anti-relativiste de chercher à saisir les traces d'une identité commune déposée dans chaque visage de l'humain. Quelque chose comme cette *Anthropologie d'un point de vue pragmatique* que formulait Kant : un point de vue sur l'homme qui surplomberait ses conditions particulières pour saisir ce qui le fait être homme, fût-ce par le biais d'un détournement du regard vers une lointaine et hypothétique origine.

Une *histoire* à son tour qui saurait s'élever au dessus de la factualité qui oppose toujours de bonnes raisons à l'idéal, qui nourrit le scepticisme par la réalité de la guerre et du mensonge, de la violence et de la ruse. Au risque sans doute de céder à la fascination des ces visions synthétiques du progrès ou de la chute qui renouent les fils distendus de la naturalité et de la temporalité. Mais en cherchant toutefois à préserver cet effort qui consiste à penser l'idée d'une histoire sans la confondre avec le déroulement nécessaire de la réalité, qu'elle prenne la forme du déploiement d'une vérité ou du dévoilement d'une illusion. Une histoire comme thématization de ces catégories du passé, du présent et du futur qui sont nécessaires à notre conscience du temps et de l'action. Une histoire qui impose le lieu problématique où s'éprouvent nos conceptions du bien, du vrai et du juste. Une histoire qui s'agissant du droit comme des autres registres de l'activité humaine offre les clefs par lesquelles s'atteste la possibilité de déchiffrer un avenir que nous pouvons vouloir penser dans les catégories d'un universel.

Droit et histoire, identité naturelle de l'homme et dimension conflictuelle de l'action, nous avons besoin de guides pour entrer dans ce domaine obscur où la réflexion sur l'universalité sollicite une



représentation anthropologique de l'humain et une thématique de la conscience historique.

Parce que chacun de ces registres fait naître des paradoxes qui sont autant de butoirs ou peut venir mourir l'idée d'universalité, il faut les affronter pour pouvoir la penser. Qu'il s'agisse des paradoxes tragiques de l'action ou du paradoxe intellectuel d'une naturalité contredite par le sentiment de la diversité ou de l'évolution. Mais parce qu'il se pourrait aussi que ces dimensions soient à ce point liées que nous ne puissions démêler le possible du réel, l'idée des faits, sans devoir accepter le besoin d'une idée de l'homme pour affronter l'histoire, le besoin d'un concept d'histoire pour confronter l'idée d'un droit universel à la question de son actualisation.

Ce guide, nous pouvons le trouver dans un dialogue exemplaire de la philosophie, celui qui à quelques années de distance et par la médiation des livres réunit Rousseau et Kant. Au travers de leur discussion, nous pouvons identifier presque à leur naissance quelques-uns de ces conflits qui déchirent la conscience moderne de l'homme, du monde et du droit. Par le biais de la critique qui s'installe de l'un à l'autre, nous pouvons aussi dégager cette idée qui nous manque pour asseoir le projet d'un droit universel et lui faire traverser les épreuves qui l'attendent sur le terrain de l'histoire et de l'action, dans la réalité du temps et du conflit.

Témoignage des antinomies qui déchirent la vision moderne du monde et réceptacle d'un schéma qui permet de les affronter au travers d'une idée universelle du droit, ce dialogue présente la difficulté de confronter deux systèmes qui tout à la fois s'unifient et s'opposent. Faute de pouvoir être exhaustif dans leur exposition, tâchons d'être suggestif pour ce qui importe ici : trouver un miroir où se reflètent les idéaux et les tensions de la modernité ; un prisme qui décompose les divers horizons qu'elle ouvre sur l'homme ; une idée directrice qui permette d'orienter la réflexion sur le droit.

*A priori* tout oppose Rousseau et Kant. Par son art d'exprimer dans une langue tourmentée l'incandescence des sentiments, grâce à cette manière tour à tour riante et sombre de parler de soi pour penser le monde, Rousseau est proche de nous. Kant est à première vue plus lointain. Pratiquant une écriture visant à la limpidité, rétif aux métaphores, il semble régler le problème du lien entre les traces biographiques et le discours philosophique, mais aussi la place spéculative du sentiment, par le biais de l'aridité propre à la maxime morale, au travers d'une austère répartition géographique des choses : "la loi morale en moi et le ciel étoilé au dessus de ma tête". *A contrario*, le personnage de Rousseau semble lui avoir inspiré le portrait de l'homme mélancolique qu'on lit dans les *Observations sur le sentiment du beau et du sublime*.

Promeneur inlassable, Rousseau nous fait parcourir en tous sens les méandres de la conscience et du temps. Philosophe par accident, il se fait le penseur des extrêmes, ce dont témoigne le récit de son illumination initiale. *Les confessions* nous racontent en effet qu'allant un jour d'été torride de Paris à Vincennes visiter son ami Diderot en bastille, il fut proprement ébloui à la lecture d'une question mise au concours par l'Académie de Dijon :



"Si le progrès des sciences et les arts à contribué à corrompre ou à épurer les moeurs". Et Rousseau de commenter ainsi l'effet décisif de ce bouleversement : "à l'instant de cette lecture, *je vis un autre univers et je devins un autre homme*".

Dès le moment de cette lecture Rousseau devient philosophe, avec un enthousiasme infini qui n'aura d'égal que son désespoir ultime, avec une manière radicale de concentrer les problèmes qu'il offre à sa pensée au travers de la puissance d'expériences intérieures. Mais à cet instant même, il sait aussi qu'il s'isole du monde et de ses semblables. Il comprend qu'à défendre comme le lui dit Diderot "le parti que personne ne prendra", il s'expose à la plus cruelle des solitudes. En devenant plus sage, Rousseau devient plus solitaire et le développement de sa sagesse accompagnera inéluctablement l'approfondissement de sa solitude. Jusqu'au désespoir sur l'homme, jusqu'à ce repli ultime sur soi-même qu'attesteront les *Réveries*. Lorsque faute d'avoir pu sauver l'homme, incertain même de parvenir à éduquer le seul *Emile*, il ne lui restera plus qu'un dernier et fragile refuge dans l'introspection. Lorsque la plus extrême des solitudes ne laissera plus d'autre place à la pensée que le regard sur soi, toute autre forme de réflexion s'étant avérée vaine : "me voici donc seul sur la terre, n'ayant plus de frere, de prochain, d'ami, de société que moi-même. Le plus sociable et le plus aimant des humains en a été proscrit par un accord unanime".

Chez Kant, pas la moindre trace d'une illumination, pas le moindre signe du corps qui souffre ou de l'âme à la peine. S'il est un lien entre l'expérience et la pensée, il est réglé par le système, dans le cadre strict des catégories. S'il est besoin d'un partage entre la psychologie du philosophe et l'expérience du monde, il est tracé avec la rigueur du géomètre. Si Rousseau pour penser a besoin de rompre les amarres, au risque de la détresse, Kant s'aide pour sa part de la cohérence logique. Rousseau pense en s'éloignant du monde et il ne sait pas où il va. Kant sait d'où il part et où il veut aboutir: "j'ai déjà tracé la route que je veux suivre. Je continuerai sur ce chemin et rien ne pourra m'en détourner". Là enfin où Rousseau poursuit sa veille auprès du malheur humain jusqu'à l'insomnie, Kant en pressent le remède dès le moment où la raison s'arrache à son "sommeil dogmatique". En un mot tout oppose l'austérité raisonnable de Kant et le caractère hypocondriaque de Rousseau. Et c'est pourtant l'hypocondrie de Rousseau qui le rapproche de Kant, une fois réglé le problème de la sentimentalité de Jean-Jacques : "je dois lire Rousseau jusqu'à ce que la beauté de son expression ne me distraie plus ; alors seulement puis-je l'envisager avec raison".

Alors, d'une manière extrêmement étrange, c'est bien la raison de Rousseau qui fascine Kant, et ce précisément par le biais du "tableau hypocondriaque (grincheux) qu'il fait du genre humain". Le paradoxe attaché à ce premier jugement est trop singulier pour ne pas mériter d'être examiné. Comment Kant qui a fait de la règle et de la méthode les principes de sa vie peut-il trouver en Rousseau le frère malade dont le seul portrait selon les biographes ornait son cabinet de travail ? Si l'on admet avec Cassirer que "l'ordre, la loi, la cohérence et la rigueur sont les étoiles qui guident l'existence de Kant", comment comprendre que le philosophe de



Königsberg ait pu entendre et aimer ce Rousseau des *Confessions* qui déclare : "si la révolution n'eût fait que me rendre à moi-même, et s'arrêter là, tout était bien ; mais malheureusement elle alla plus loin, et m'emporta rapidement à l'autre extrême. Dès-lors mon âme en branle n'a plus fait que passer par la ligne de repos, et ses oscillations toujours renouvelées ne lui ont jamais permis d'y rester" ? Enfin et surtout, comment Kant a-t-il pu identifier comme thèse la plus profonde et la plus utile de Rousseau, son idée la plus radicale, ce "tableau hypocondriaque (grincheux) du genre humain" ?

Peut-être et avant tout parce qu'il se pourrait que Kant ait été touché, comme nous pouvons l'être encore, par le récit que donne Jean-Jacques de l'expérience ou s'origine sa pensée. Contenue dans une page du début des *Confessions*, celle-ci nous est familière et précieuse en ce qu'elle nous offre une expérience que nous pouvons partager, comme si une clef de l'oeuvre pouvait être livrée au travers d'un investissement biographique que chacun peut reprendre à son compte. De quoi est-il question ? Tout simplement du fait que le sentiment de la justice naît souvent de l'expérience de l'injustice.

Écoutons Rousseau nous raconter l'histoire du petit garçon heureux parmi des êtres bons et doux qui l'avaient accueilli. Un jour qu'il étudiait dans la chambre contigue à la cuisine des Lambercier, on découvrit qu'un peigne qui séchait sur le poêle avait été brisé. Personne n'étant entré dans la chambre, Jean-Jacques se vit interrogé puis rapidement soupçonné : "qu'on se figure (...) un enfant toujours gouverné par la voix de la raison, toujours traité avec douceur, équité, complaisance ; qui n'avait pas même l'idée de l'injustice, et qui, pour la première fois, en éprouve une si terrible, de la part précisément des gens qu'il chérit et qu'il respecte le plus. Quel renversement d'idée ! Quel désordre de sentiments ! Quel bouleversement dans son cœur, dans sa cervelle, dans tout ce petit être intelligent et moral".

A n'en point douter nous sommes là en présence d'un événement qui possède les caractéristiques de la scène primitive freudienne. Celle qui pointe un traumatisme qui déchire le sujet et opère un partage irréversible des temps. Celle qui identifie une blessure qui organisera à jamais un imaginaire, un rapport au monde qui devient celui d'un adulte blessé et définitivement orphelin d'une enfance sereine. Celle enfin qui précise le contenu narcissique de cette blessure qui tient à la lésion de l'image de soi comme être innocent, au clivage désormais installé entre l'image de soi-même et le regard des autres, entre la conscience et la représentation. "Là fut le terme de la sérénité de ma vie enfantine", conclura Rousseau, non sans avoir développé le sens de ce "bouleversement d'idée".

"Bouleversement", le terme est ici presque en retrait de la pensée du philosophe, ce qui est l'espèce est peu fréquent. Plutôt que de bouleversement, il faudrait parler de révolution, puisque Jean-Jacques va découvrir au même instant l'injustice et le temps, la violence et l'histoire en une expérience unique qui va signifier à la fois la perte de l'innocence, l'arrachement à un monde de transparence et de clarté, une représentation



du temps irrémédiablement scindée en un avant de bonheur qui s'éloigne et un après synonyme d'approfondissement du malheur d'être homme. Cette expérience, Rousseau la résume en une formule et la condense en un concept : "je n'avais pas encore assez de raison pour sentir combien les *apparences* me condamnaient et pour me mettre à la place des autres".

Entendons-bien ce que veut dire Rousseau cinquante ans après les faits, puisqu'il se pourrait que gise ici l'origine de sa pensée, la source de cette sagesse paradoxale reconnue par Kant. Désormais, nous dit-il, je passerai ma vie et consacrerai ma raison à comprendre pourquoi les apparences me condamnaient. Jusqu'à mon dernier souffle, je chercherai à saisir comment le monde n'est qu'apparences, pourquoi et comment, toujours et partout les apparences condamnent l'homme, afin de savoir par quel mystérieux principe l'homme est condamné au malheur aussi longtemps qu'il persiste à vivre dans le règne de l'apparence.

On peut raisonnablement penser que toute l'oeuvre de Rousseau, la forme de son problème et la trame de sa pensée, est déductible de cette scène initiale. Ainsi en est-il de ce lien permanent entre l'aventure biographique et l'expérience de la pensée, la première nourrissant inlassablement la seconde pour devenir enfin l'ultime refuge lorsque naîtra le sentiment d'échec quant à la thérapie philosophique. Ainsi en est-il aussi de cette manière si particulière de nouer en un réseau serré de significations les récits autobiographiques et le discours philosophique, tissés des mêmes thèmes et enchâssés dans des métaphores similaires. Transparence du monde de l'enfance et facticité de l'univers adulte ; immédiateté du rapport aux autres doux et bons dans l'instant intemporel de l'innocence première devenue opacité des relations sociales qui font la trame de l'histoire ; clarté de l'idéal démocratique rêvé dans les catégories de la fête oppose à l'obscurité du système représentatif enferme dans l'artifice du théâtre. Ainsi enfin de cette oscillation obsédante entre l'espoir secret d'un retour au paradis perdu et le sentiment tenace d'un irrépressible éloignement.

Ajoutons enfin que sont déjà déposé ici les ingrédients du mystère de Rousseau, ces ambiguïtés qui forment l'énigme de sa pensée et deviennent autant de dilemmes pour son interprétation. De cette opposition radicale de la nature et de l'histoire, de la transparence et de l'obstacle, peuvent découler trois schémas qui cernent les potentialités de l'oeuvre. Potentialités effleurées tour à tour par Rousseau et que des traditions concurrentes se sont appropriées unilatéralement.

Selon le premier schéma, un homme naturellement bon par indifférence aux autres serait devenu mauvais dans l'histoire et par la société : il serait alors possible de refonder radicalement le lien social, de refaire l'histoire en régénérant l'homme afin de le rendre à une liberté et un bonheur perdus. Mais Rousseau lui oppose l'idée selon laquelle "la nature humaine ne retrograde pas". Idée qui pourrait orienter la préférence vers une autre lecture, au fond conservatrice : puisque le temps de l'histoire nous éloigne irrémédiablement du paradis perdu de l'enfance et de la nature, il faudrait en arrêter le cours afin de préserver ce qui demeure d'innocence. Ce serait pourtant oublier qu'un paradoxe est au



cœur de la pensée de Rousseau : celui qui rend le progrès funeste en faisant de chacun de ses signes un artifice qui nous éloigne de la naturalité. Ainsi par exemple du langage, inconnu dans la nature et qui en apparaissant permet en même temps l'invention positive des arts et des sciences mais aussi celle de la guerre ; la découverte en d'autres termes d'une communication qui rend l'homme plus grand et maître de lui-même, mais le fait aussitôt plus apte à se détruire par la violence. En ce sens Rousseau est tout à la fois partisan du progrès et effrayé par lui, convaincu que l'homme ne devient humain qu'en s'arrachant à la nature quelque peu bestiale des premiers temps et persuadé que chaque vecteur de cet arrachement est simultanément signe d'une opacité croissante de son rapport au monde et aux autres. Ne resterait alors qu'un troisième schéma : puisqu'il est vain de prétendre revenir en arrière et illusoire d'arrêter le temps, se profile l'horizon d'une pensée qui devient celle du malheur selon la belle formule d'Alexis Philonenko.

Cette ambivalence peut toutefois se réfléchir si l'on admet avec ce dernier interprète exemplaire que la pensée de Rousseau se structure selon trois récits qui iraient successivement du certain vers l'improbable : l'histoire de l'homme telle qu'elle a été (les deux *Discours*) ; l'histoire de l'homme telle qu'elle aurait pu être (le *Contrat*) ; l'histoire de l'homme telle qu'elle pourrait être. Examinons brièvement les deux premiers, dans la mesure où ils contiennent la vision rousseauiste du droit, liée à celles de l'homme et de l'histoire. Dans la mesure aussi où c'est en eux, dans leur écart et leurs rapports, que Kant saisira tout à la fois la leçon de Rousseau et son erreur. Dans la mesure enfin où c'est par leur critique que s'éclaire le problème de l'universalité d'un droit qui en leur sein traverse les épreuves de l'histoire telle qu'elle est, puis entrevoit l'horizon du monde humain tel qu'il devrait être.

L'histoire de l'homme telle qu'elle a été : le récit met en scène les raisons qui font que dans le monde les apparences toujours condamnent l'homme. Celles qu'impose l'illumination de la route de Vincennes selon la seconde narration qu'en donne Rousseau dans une lettre à Malesherbes en 1762 : "Oh ! Monsieur, si j'avais jamais pu écrire le quart de ce que j'ai vu sous cet arbre, avec quelle force j'aurais exposé les abus de nos institutions, avec quelle simplicité j'aurais démontré que l'homme est bon naturellement et que c'est par ces institutions seules que les hommes deviennent méchants". Celles qui taraudent Rousseau inlassablement confronté au problème qu'il formule encore au début du *Contrat* : "l'homme est né libre, et partout il est dans les fers. Tel se croit maître des autres qui ne se laisse pas d'être plus esclave qu'eux. Comment ce changement s'est-il fait ?". Celles enfin qui installent Rousseau en position d'être un véritable médecin de l'homme et du monde, un médecin qui après avoir diagnostiqué le malheur lié à la maladie sociale en cherche l'étiologie dans une accumulation de preuves.

- Preuves tirées du spectacle de la société des hommes, tardivement résumé par *Rousseau juge de Jean-Jacques* : "tous cherchent leur bonheur dans le malheur des autres, et se croient la réalité. Tous croient leur être dans le paisible repos, esclaves et dupes de l'amour-propre ne vivent point pour



vivre, mais pour faire croire qu'ils on vécu". Une société factice donc, faite d'apparences, règne du mensonge, où même les plus beaux esprits se laissent piéger par les artifices, tel ce pauvre Arouet qui croit nécessaire de se dissimuler pour écrire sous le nom de Voltaire.

- Preuves fournies par l'analyse de la signification du progrès, dans le *Discours sur les sciences et les arts*, en réponse à la question de l'Académie de Dijon : "soit que l'on feuillette les annales du monde, soit que l'on supplée à des chroniques incertaines par des recherches philosophiques, on ne trouvera pas aux connaissances humaines une origine qui réponde à l'idée qu'on aime à s'en former. L'astronomie et née de la superstition, l'éloquence de l'ambition, de la haine, de la flatterie, du mensonge ; *la géométrie de l'avarice*, la physique d'une vaine curiosité ; toutes, et même la morale, de l'orgueil humain".

- Preuves enfin accumulées *a contrario*, lorsque Rousseau éloigne son regard du monde tel qu'il est devenu pour saisir l'image hypothétique de ce qu'il a été en ce moment fictif contenu dans la notion d'état de nature. On connaît le ressort de ce détour qui devient le véritable point d'Archimède de la pensée de Rousseau : puisque le monde n'est qu'apparences et artifices, puisque l'histoire telle que l'homme se la raconte entretient le mensonge et l'illusion, "*commençons donc par écarter tous les faits*". Rupture avec ce que les livres, à commencer par le Livre des livres, présentent comme la réalité de l'histoire, ce geste engage un nouveau récit, focalisé sur un autre point de repère désigné avec emphase au début du *Discours sur l'origine de l'inégalité* : "O homme, de quelque contrée que tu sois, quelles que soient tes opinions, écoutes ; Voici ton histoire telle que j'ai cru la lire, non dans les livres de tes semblables qui sont menteurs, mais dans la Nature qui ne ment jamais".

Est ici donnée la clef de la méthode de Rousseau : s'arracher par la raison au monde des apparences, s'écarter de l'univers opaque des relations sociales où le vice est devenu vertu avec la méchanceté de l'homme, où le droit n'est jamais qu'une usurpation et une force maquillée ; pour saisir un avant de l'histoire, une naturalité de l'homme tel qu'en lui-même, un moment sans localisation précise où se dessine la pureté d'un visage altéré par la société. Geste familier aux penseurs des Lumières qui l'avaient esquissé avant Rousseau, mais pour commettre à ses yeux une erreur reproduite de Hobbes à Locke : confondre l'homme civil avec l'homme naturel, prendre dans la société l'image d'un homme mauvais pour en faire l'attribut de l'homme tel qu'il sort des mains de la nature.

Reproduction par Rousseau d'une méthode symptomatique des Lumières, mais au travers d'une utilisation qui est déjà une critique interne de leur idéal, quel est donc enfin le vrai "spectacle de la nature" ? Celui d'une *innocence* tout d'abord : "l'image de la simplicité des premiers temps. C'est un beau rivage, pare des seules mains de la nature, vers lequel on tourne incessamment les yeux, et dont on se sent éloigné à regret". Celui d'une *indifférence* ensuite contenue dans une "description" qui, à quitter le statut d'hypothèse nourrit bien des contre-sens sur la pensée de Rousseau : en démultipliant ceux-ci à nos oreilles, de sorte que dans certaines écoles il a pu recevoir, de toutes les facultés artificielles, qu'il n'a pu recevoir que



par de longs progrès ; en le considérant, en un mot, tel qu'il a dû sortir des mains de la Nature, je vois un animal moins fort que les uns, moins agile que les autres, mais à tout prendre organisé le plus avantageusement de tous : je le vois se rassasiant sous un chêne, se désalterant au premier ruisseau, trouvant son lit au pied du même arbre qui lui a fourni son repas, et voilà ses besoins satisfaits".

Il faut saisir l'enjeu d'une telle vision d'un état naturel fait d'indifférence, opposée aux interprétations qu'en donnaient les théoriciens antérieurs du droit naturel. Avec elle Rousseau exprime moins la nostalgie d'un moment idyllique perdu qu'il ne martèle sa thèse première : l'homme n'est naturellement ni mauvais ni réellement bon, puisqu'il est seul, indifférent aux autres dont il n'a pas même la conscience, unique spectateur de lui-même dans le cadre d'une nature prodigue de ses bienfaits. Proposition qui fait alors signe dans deux directions. Celle d'une naturalité frugale de l'homme, réduit au fond à une existence presque animale qui contredit toute hypothèse de méchanceté en effaçant toute trace de sociabilité naturelle. Mais celle aussi d'un nécessaire dépassement de cet état par l'activation de toutes les qualités virtuelles déposées en l'homme, qualités synonymes de perfectibilité et qui feront de cet animal particulier un être proprement humain.

D'où le paradoxe et surtout son caractère dès l'origine tragique : l'homme ne peut à tout prendre demeurer à l'état naturel, sauf à ne jamais véritablement devenir homme ; mais à l'instant même où chaque progrès de son être l'accompagne vers l'humanité, il s'éloigne de l'innocence et devient méchant en devenant sociable, presque en devenant humain.

D'où aussi le fait qu'une sorte de généalogie sentimentale de l'homme peut se dessiner qui oppose en un redoutable destin le "calme des passions" qui regit l'ordre naturel à la violence de celles qui font l'homme social : "il ne faut pas confondre l'amour propre et l'amour de soi-même ; deux passions très différentes par leur nature et par leurs effets. *L'amour de soi-même* est un sentiment *naturel* qui porte tout animal à veiller à sa propre conservation et qui, dirigé dans l'homme par la raison et modifié par la pitié, produit l'humanité et la vertu. *L'amour propre* n'est qu'un sentiment relatif, *factice*, et né dans la société, qui porte chaque individu à faire plus de cas de soi que de tout autre, qui inspire aux hommes tous les maux qu'ils se font mutuellement, et qui est la véritable source de l'honneur. Ceci bien entendu, je dis que dans notre état primitif, dans le véritable état de nature, l'amour propre n'existe pas : car chaque homme en particulier se regardant lui-même *comme le seul spectateur qui l'observe*, comme le seul être dans l'univers qui prenne intérêt à lui, comme le seul juge de son propre mérite, il n'est pas possible qu'un sentiment qui prend sa source dans des comparaisons qu'il n'est pas à portée de faire, puisse germer dans son âme ; par la même raison cet homme ne saurait avoir ni haine ni désir de vengeance, passions qui ne peuvent naître que de l'opinion de quelque offense reçue".

D'où enfin cette scène originelle où vont se rassembler tous les éléments d'un monde où la nature est véritablement au centre d'un monde d'homme. Le paysage d'une nature vivante et transparente à un espace de







Autant dire alors que, cherchant à produire la bonne équation du contrat, Rousseau poursuit la pierre philosophale de la politique moderne. La formule qui transformerait le plomb de l'obéissance nécessaire pour une vie commune en l'or d'une liberté authentique, c'est-à-dire pensée comme la loi que l'on se donne à soi-même. L'opération presque magique par laquelle l'homme s'arracherait à l'histoire réelle où il meurt de se déchirer, afin de se placer sous le couvert d'une histoire hypothétique qui pourrait le rendre à la pureté de ses sentiments, à la liberté et l'égalité entrevues dans l'état de nature. La solution en d'autres termes à un problème politique qui devient presque la quadrature du cercle : "*trouver une forme d'association qui soit telle que chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant*".

De l'alchimie, ce programme à la forme, dans ce mélange de contraires qui opèrent une transformation inattendue : extériorisation et identité à soi-même, union aux autres et autonomie, aliénation totale au corps social et préservation de la capacité à se représenter comme source de la loi, mise en scène d'un après meilleur que l'avant mais pourtant authentiquement similaire à lui...

Peu importe pour un instant que Rousseau ait cru ou non à la réalisation de ce programme. Intellectuellement il sait le projet possible et en livre la clef dans un formalisme juridique esoteriquement contenu dans un formalisme mathématique. La volonté générale aura la forme d'une intégrale qui ramène une série infinie de différences infiniment petites de son point de vue à l'unité. La démocratie n'aura d'existence que directe, dépouillée de toutes les médiations qui rendent la politique opaque, reconduite à la spontanéité et à la pureté de la fête.

Peu importe aussi de savoir si Kant reprend directement en charge cet idéal après que Rousseau ait avoué désespérer de son actualisation : "s'il y avait un peuple de dieux il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes". Ce qui compte finalement, c'est ce que voit Kant dans cette pensée fébrile, c'est ce qu'il accorde au Rousseau le plus grincheux, celui qui développe le tableau hypocondriaque du genre humain.

Ce que voit Kant chez Rousseau, c'est en premier lieu le "restaurateur des droits de l'humanité". Et s'il le compare à Newton, c'est pour lui savoir gre d'avoir opéré s'agissant du droit une révolution semblable à la sienne, tout en refutant la croyance naïve entretenue quant au progrès dans le sillage de sa découverte. Avoir en d'autres termes trouvé le bon point de vue sur la nature humaine entre le pessimisme guerrier de Hobbes ("l'homme est un loup pour l'homme") et l'optimisme d'Aristote (l'homme est un animal politique) reproduit chez Locke. Si Hobbes a raison contre Aristote, Rousseau a raison contre Hobbes : un état naturel guerrier est une contradiction dans les termes. Dès-lors ce qu'accorde Kant à Rousseau, c'est la reconnaissance du statut exact qu'il faut accorder à l'homme en sa nature, à savoir l'idée d'une "insociable sociabilité".

Mais cet accord suffit-il à motiver un jugement de Kant qui paraît trop en contradiction avec son titre et sa pensée : "Souverain et sujet sont toujours liés par un lien de préférence l'état de soumission". N'est-il en instance que la



philosophe des trois critiques accrédi terait la lecture la plus désinvolte de Rousseau, donnant subrepticement des lettres de noblesse au mythe nostalgique d'un retour ? A l'évidence l'hypothèse est trop naïve pour être credible et il faut chercher ailleurs la leçon de Rousseau et l'intention de Kant.

Il faut accorder une attention plus précise à ce second jugement de Kant sur Rousseau, non sans avoir noté qu'il intervient dans un opuscule intitulé *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, lorsqu'il est même que le premier était contenu dans l'*Anthropologie du point de vue pragmatique*. Que dit exactement Kant ? "Rousseau n'avait pas tellement tort de préférer l'état des sauvages des-lors qu'on excepte cette dernière étape que notre espèce doit encore gravir. Nous sommes hautement cultivés par l'art et la science. Nous sommes civilisés *jusqu'à en être accablés*, pour ce qui est de l'urbanité et des bienséances sociales de tous ordres. Mais il s'en faut encore de beaucoup que nous puissions déjà nous tenir pour *moralisés*. (...) Tant que des États consacreront toute leurs forces à leurs visées expansionnistes vaines et violentes, tant qu'ils entraveront ainsi constamment le lent effort de formation interne du mode de pensée de leurs citoyens (...), on ne peut s'attendre à aucun résultat de ce genre ; car il faut pour cela un long travail de chaque communauté en vue de former les citoyens. Mais tout bien qui n'est pas greffé sur une intention morale n'est que *pure apparence* et faux clinquant".

Nous pouvons alors repérer ce en quoi précisément Kant suit Rousseau, et ce en quoi il le renverse. Comment il trouve chez Rousseau le socle d'un droit universel, ou encore le regard qui convient à sa saisie, tout en critiquant la solution apportée au problème par son prédécesseur.

Kant tranche s'agissant de Rousseau un problème d'interprétation, en choisissant dans son œuvre la lecture qui découle de la proposition suivante : "la nature humaine ne retrograde pas". Par ce choix il ferme la porte à toute idée d'une invitation à la nostalgie, à un voyage vers une lointaine origine perdue. Avec lui il renverse la méthode de Rousseau : "j'examine toujours ce qui se fait avant *ce qui doit se faire*". Plus précisément, il conserve la structure, mais inverse les signes : "Rousseau procède synthétiquement et commence par l'homme naturel ; je procède de façon analytique et je commence par l'homme civilisé". A la généalogie rousseauiste il préfère la démarche critique avec sa finalité plus claire : juger ce qui est en raison d'une idée de ce qui devrait être.

Mais c'est aussi parce qu'il trouve chez Rousseau cette idée d'un *devoir-être*, opposé au réel advenu par l'histoire, qu'il lui rend cet hommage. Parce qu'il revient à Rousseau d'avoir dégagé le point de vue où la pensée de Kant va désormais installer son site : la question de l'homme. Parce que Rousseau a le premier permis que soit posée la question sur l'homme qu'inlassablement travailleront les trois Critiques : comment occuper convenablement la place qui lui est assignée au sein de la création, et comment apprendre ainsi *ce que l'on doit être pour être un homme*". Par là, et enfin Rousseau a consacré à cette idée jusqu'à ses dernières forces,



pour la grâce de quelques illuminations fulgurantes, mais au prix d'un échec qu'il faut tenter de comprendre.

Au regard de Kant, l'échec de Rousseau tient finalement dans une indecision, dans une oscillation permanente entre deux statuts possibles de l'idée d'homme saisi en sa nature. Tout se passe comme si, ayant lumineusement mis à jour l'image d'une naturalité humaine, Rousseau ne savait qu'en faire, presque embarrassé par l'éclat d'une telle découverte. Doit-elle être pensée comme un *fait*, comme une expérience réelle censée avoir été vécue et donc susceptible peut-être d'être reproduite ? Ou bien doit-elle au contraire être maintenue à l'état d'*Idee*, dans ce statut précaire d'une représentation intellectuelle qui tire sa force de toute autre chose qu'une adéquation au réel ? Discussion tenue dira-t-on, mais en tous points déterminante. A prendre en effet l'état de nature pour une réalité, à vouloir donner une existence factuelle à l'innocence humaine, on se prend à rêver qu'il soit possible de les réinventer. Mais on risque aussitôt avec Rousseau lui-même de voir ce rêve se heurter au monde humain tel qu'il est, sans pouvoir se défaire de l'idée du malheur, en abimant toute capacité critique par le sentiment du désespoir.

C'est cette capacité critique que veut alors restaurer Kant. En insistant sur l'*Idee*, en affirmant avec force que la "place assignée" de l'homme n'est pas dans la nature, mais dans la capacité à s'en arracher pour inventer un monde proprement humain. En révisant aussi le statut des concepts anthropologiques et historiques de Rousseau afin de leur rendre leur puissance. L'état de nature n'est pas un fait, mais une idée, une idée pour juger les faits, une représentation idéale de l'homme conçue pour opérer un jugement critique sur le monde présent. D'où la lecture définitive de Rousseau, qui donne son sens à l'hommage, fût-ce contre Rousseau lui-même. En tranchant en tous cas le noeud des interprétations dans une perspective dont même Rousseau n'était pas assuré : "le tableau hypocondriaque (grincheux) que fait Rousseau du genre humain se risquant à sortir de l'état de nature ne doit pas être pris pour une exhortation à retourner en cet état et à revenir dans les forêts (...). Rousseau ne voulait pas foncièrement que l'homme dût revenir à l'état de nature, mais qu'il apprît, du degré où il se trouve de nos jours, à *reporter vers lui ses regards*."

Reporter ses regards vers une idée : tel est le principe du criticisme kantien. Que cette idée s'associe à l'image hypothétique de l'homme naturel, et la voici qui acquiert un contenu. L'homme possède en lui suffisamment de raison pour se forger une éthique, pour agir dans le monde en se laissant guider par la loi morale : "Agis de telle sorte que la maxime de ton action puisse devenir la loi universelle". En ce sens il découvre une "loi fondamentale de la raison pratique", qui permet encore de formuler un "impératif catégorique", fondement de toute législation universelle : "Agis de telle sorte que tu traites l'humanité dans ta personne et dans celle d'autrui toujours comme une fin, jamais comme un moyen". Avec pour conséquence que le contrat lui-même demeure une fiction et redevient une idée : "une simple idée de la raison - qui possède pourtant sa réalité (pratique) indubitable".



Reporter nos regard vers cette idée, c'est alors retenir la leçon de cette lecture critique exemplaire de Rousseau. C'est nous souvenir que son expérience à ceci d'universel qu'elle dégage le point de vue d'une anthropologie, d'une vision de l'homme en tant que tel, de sa raison et de sa capacité éthique, qui peut devenir le fondement du Droit. Mais c'est aussi ne pas oublier qu'en oscillant entre le fait et l'idée, Rousseau a pris un risque considérable. Celui de tenir la nature et le contrat pour des réalités empiriques qui viennent irrémédiablement se heurter à la *finitude* humaine. Parce que les hommes ne sont pas des Dieux. Parce que "le corps politique, aussi bien que le corps de l'homme, commence à mourir dès sa naissance et porte en lui-même les causes de sa destruction". Le risque aussi de sombrer dans un désespoir infini, qui n'a d'égal que l'enthousiasme initial, en découvrant la finitude. En constatant que ce peuple que l'on voudrait charnel, que cette liberté que l'on aimerait immédiate, ne sont que des visions fugaces, des illuminations dont la trace ne fait que nourrir la nostalgie d'un âge d'or en renforçant la solitude, le sentiment du malheur, l'angoisse d'une transparence perdue.

Reporter nos regards vers ce qui doit demeurer une Idée, c'est peut-être préférer la prudence de Kant à la témérité de Rousseau. Un Rousseau qui en portant l'idéal des Lumières à son point d'incandescence, risque de le brûler à force d'en vouloir trop attendre. Un Rousseau qui a voulu traiter des idées d'égalité et de liberté comme d'un mystère en radicalise sans doute la portée, mais en rend aussi l'accès plus fragile. Un Rousseau enfin en qui nous pouvons voir le penseur qui achève l'idéal d'autonomie des Lumières, mais au prix d'un redoutable jeu sur le sens des mots. Celui d'un achèvement comme poussée à ses extrêmes conséquences du désir de n'obéir à personne d'autre que soi-même. Mais aussi celui d'un danger de liquidation de l'idéal au moment où il se heurte au sentiment de la finitude.

Au cœur de ce dialogue, la sagesse de Kant vise à nous prémunir contre le choc des idées avec la violence des faits, à préserver l'idéal en évitant qu'il ne se brise sur l'expérience tragique de la finitude. Elle consiste à préférer à l'art des extrêmes, la patience des médiations. A rendre aux idées leur statut de principe critique de la réalité, d'étalon régulateur de sa transformation. Ainsi d'une idée d'histoire qui doit être pensée comme projet et non comme destin ; comme horizon d'attente et non comme annonce d'une fin des conflits, d'une réconciliation de l'homme avec lui-même et la nature. Ainsi de l'idée de droit universel en quoi il ne faut pas voir un programme mystérieusement réalisable par une bonne volonté ou un moment attesté du progrès humain, mais simplement un principe de jugement du droit positif, un critère grâce auquel le droit tel qu'il est demeure sous le regard critique de ce qu'il devrait être afin d'être juste.

Reporter nos regards vers l'idée d'un droit universel telle qu'elle se dégage entre Rousseau et Kant, c'est donc garder devant les yeux la vision éthique d'un monde proprement humain, afin de donner un fondement à notre sagesse pratique. C'est nous souvenir avec Rousseau de ce que nous avons besoin d'une anthropologie et d'une histoire pour penser le droit



confronté aux antinomies de l'action et à la réalité du conflit. Une anthropologie qui permette de dégager le concept d'homme nécessaire pour penser la dignité, le respect dû aux personnes, ces socles du droit situés dans une humanité commune. Une histoire aussi pour ne pas aborder démunis les expériences tragiques du siècle, pour ne pas devoir demeurer muets face à des crimes impensables, pour ne pas sortir intégralement désenchantés de la traversé d'un temps fertile en paradoxes du progrès. Une anthropologie et une histoire enfin qui seules peuvent guider la recherche d'une manière de concevoir le monde comme patrimoine commun. Afin de pouvoir le transmettre aux générations futures. Afin de fixer le sens de nos appartenances à partir de l'idée d'une communauté humaine.

Penser le droit dans une dimension universelle, ce n'est jamais attendre un moment où il deviendrait parfait, parmi nous au sein de nos nations ou dans le cadre élargi d'un Etat universel. Car ce serait encore donner le dernier mot aux faits. Ce serait soumettre le droit au tribunal de l'Histoire. Or de ce tribunal nous n'avons nul besoin et nous devons même nous défier.

Penser le droit dans une dimension universelle, c'est chercher à lui rendre sa capacité critique du monde tel qu'il est et sa fonction médiatrice de nos relations les uns aux autres. C'est admettre l'idée d'une identité commune aux hommes d'où découlent à la fois les catégories universelles de liberté puis d'égalité et des devoirs imprescriptibles de respect et de responsabilité. C'est garder devant les yeux l'idéal d'un droit juste parmi nous et d'une République universelle par delà nos nations. Non pour escompter qu'ils adviennent, mais pour affronter les obstacles qu'ils rencontrent. Non pour nous persuader qu'un jour l'homme puisse devenir définitivement bon ou les Etats effectivement sages. Mais pour simplement préserver en nous cette faculté de juger qui donne en somme un sens commun au Droit et à l'autonomie de l'homme.

**UN NOUVEL ORDRE MONDIAL**

PIERRE HASSNER

SEMINAIRE de PHILOSOPHIE

" UN NOUVEL ORDRE MONDIAL "

18 Novembre 1991

Conférence de : Pierre HASSNER.

La perplexité avec laquelle j'aborde ce sujet a une part personnelle sans doute et une autre fondée, je crois, dans les faits, je veux dire dans le moment où nous sommes.

Le thème est au carrefour de l'analyse politique - que je pratique sur les relations internationales, en particulier les relations Est-Ouest, mais mon sujet s'est dérobé sous mes pieds dans la mesure où il n'y a plus d'Est ni d'Ouest - du droit international et de la philosophie ou de la philosophie de l'histoire; domaine que j'aborde dans certains de mes cours et qui ~~touch~~ à ma formation d'origine.

Mais, cet échelon intermédiaire du droit international

me fait, en quelque sorte, défaut. Or je sais que les problèmes auxquels je touche - je le vois d'après quelques incursions dans le livre de BETTATI et de KOUCHNER ou dans le numéro récent de la revue "Stratégies et Relations Internationales" consacrés au droit d'ingérence - suscitent controverse parmi les juristes.

J'aurai voulu à la fois en savoir un peu plus et ne pas dire de "bêtises", c'est pourquoi, je suis très reconnaissant au professeur Brigitte STERN d'être à mes côtés aujourd'hui.

Je crois qu'il y a une controverse sur la nouveauté du droit d'intervention, d'assistance humanitaire, de la résolution 688 du Conseil de Sécurité, etc... Il y a aussi toute une discussion, intéressante pour moi et à laquelle on a touché l'an dernier, à propos du droit européen. Ce droit européen constitue-t-il l'esquisse de quelque chose qui, par certains aspects, rappelle le droit médiéval, - Antoine WINKLER a fait quelques articles là-dessus - dépasse le droit international classique; au fond la question qui nous préoccupe, à nos endroits respectifs, est celle-ci : sommes-nous toujours essentiellement dans l'inter-étatique ou, au contraire, sommes-nous dans une période où de nouveaux acteurs non-étatiques, où un nouvel accent sur l'individu et les droits de l'homme d'une part et les problèmes globaux de la planète d'autre part, mettent en question le rôle de l'Etat et le caractère inter-étatique des relations internationales, voire du droit international ?

Quelque soit la réponse que l'on donne à la question,



cela nous renvoie au point de départ qui est une ambiguïté, comme j'essaierai de l'indiquer. Caractère extrêmement ambigu et contradictoire de la réalité internationale telle qu'elle se fait jour depuis, à la fois, l'effondrement du bloc soviétique et la guerre du Golfe. A cet égard, j'avais fait part de mes perplexités dans un article de "Libération", paru cet été, qui a été repris dans le numéro d'octobre dernier d'"Esprit".

Cette ambiguïté de la conjoncture internationale me semble, enfin, renvoyer à une ambiguïté fondamentale où nos préoccupations peuvent se rejoindre. Il s'agit de déterminer si l'ambiguïté du consensus actuel sur la légitimité - qui contient des interrogations, tant sur l'existence d'une conception commune de la légitimité, que sur l'éventuelle substitution d'un consensus à l'opposition Est-Ouest antérieure - fait place à un consensus véritable ou, au contraire, à une légitimité contradictoire et confuse ? Et d'autre part savoir s'il y a ou non transformation de la notion de pouvoir, à supposer que nous ayons une conception de la légitimité ?

En effet, est-ce que, dans le domaine international, notamment, mais aussi dans le domaine intérieur, le pouvoir de ceux qui le détiennent - empire, Etats-Unis, Communautés Européennes, Etat national - qu'il s'agisse de l'emploi de la force militaire, des sanctions économiques, etc... se trouve affecté ou non dans sa notion même, dans sa qualité d'instrument, dans sa capacité à arrêter des combattants, voire de canaliser des forces ou des processus sociaux.

Donc, ce à quoi cela nous amène, c'est de savoir si

nous ne sommes pas - ce que certains auteurs avancent - dans une période de transition où l'ambiguïté est inévitable, un petit peu à la manière de GROTIUS, dont on a souligné l'ambiguïté du mélange de l'ancien et du nouveau; dans une de ces périodes où nous ne pouvons plus avoir la rigueur logique et déductive de la théorie du droit des XVIII et XIX ème siècles? A l'inverse, sommes-nous de nouveau dans une époque de transition où des principes contradictoires s'affrontent et se combinent.

La question n'est pas seulement théorique, elle est aussi pratique. Il me semble que tant en Europe - et connaissant surtout celle-ci, il m'est difficile d'affirmer si la notion d'ordre mondial ou de Société internationale est essentiellement occidentale ou si au contraire l'inclusion progressive de pays comme la Turquie ou encore du tiers-monde, etc... implique leur adhésion à des critères occidentaux ou, à l'inverse à une transformation de ces critères - ... donc, pour s'en tenir à la seule Europe, nous sommes certainement dans un contexte où il faudrait que nous sachions ce que nous voulons, même si nous ne pouvons l'appliquer qu'imparfaitement, parce que, comme en 1815 ou en 1918, il s'agit de reconstruire un ordre européen.

En 1945, l'existence de Staline, du bloc soviétique nous a épargné cette tâche parce que, avec ce bloc, il n'y avait rien d'autre à faire que de le contenir; parce que il y avait l'Europe occidentale à moitié détruite d'un côté et, de l'autre, les Américains, tout puissants, qui pouvaient introduire leurs institutions, le plan Marshal, etc...



Aujourd'hui, la situation me semble beaucoup plus proche de celle de 1815 ou de 1948, après une guerre ou une guerre froide, celle où l'on ne sait pas comment se reconstruira l'Europe. ~~Maeternik~~ savait ce qu'il voulait, il avait un principe de légitimité conservateur, dynastique, de s'opposer aux révolutions; Wilson savait ce qu'il voulait, il avait des principes : l'autodétermination, le principe des nationalités, mais déjà il a du faire un compromis avec le principe de l'équilibre.

Pour nous aujourd'hui il est très difficile - et c'est là que les événements tant en Yougoslavie, qu'à l'intérieur de l'ex-Union-Soviétique nous interpellent, comme l'on dit - de savoir ce qu'est un Etat. Plus précisément, nous devons nous poser de nouveau la question : qu'est-ce qu'un Etat ? qu'est-ce qu'une Nation ? Comment choisir entre le principe de l'autodétermination, le principe de l'intangibilité des frontières, le principe de la souveraineté, l'organisation internationale, etc...

~~Alors, je crois que dans ma perplexité, ou l'apparente confusion de mon exposé, entre pour une part importante une réalité que nous sommes contraints d'intégrer.~~

A cet égard, je viens de découvrir, il y a une heure à peine, un texte, que m'a adressé mon collègue Casanova; texte d'Elie HALEVY paru dans un supplément posthume de la "Revue de métaphysique et de morale" en 1938. HALEVY dit : le principe des nationalités ~~est bien~~, mais poussé à l'extrême ~~est mal~~; il faut le combiner avec le principe des frontières naturelles, avec le principe d'équilibre européen. Il n'y a pas une légitimité unique, mais un équilibre entre des

légitimités contradictoires... Je trouve très frappant ce texte parce que, avant de l'avoir lu, c'était très exactement le sens de ce que je voulais vous dire.

Partant du plus conjoncturel, de la situation telle qu'elle se présente depuis deux ans et à propos de laquelle j'ai écrit l'article dont je m'inspire, je trouve qu'en un sens la manière dont les événements se déroulent en Yougoslavie - une partie colle avec ce que je disais, une autre le dément un petit peu - nous contraignent à changer d'avis. Ce qui est sûr c'est que l'histoire hésite, que nous sommes dans un monde de paradoxes ou de faux-semblants ou encore sous le régime de la "douche écossaise". Nous avons eu l'effondrement du communisme, la détente, la coopération, puis la guerre du Moyen-Orient; c'est à cette occasion que le Président BUSH a sorti ce concept de "Nouvel ordre mondial". L'idée étant de regrouper les Nations pour faire cause commune en faveur de la paix, la sécurité, en fait la vieille idée de l'alliance des peuples contre l'agresseur ou de la sécurité collective. On remarquera qu'en France, le Président Mitterrand a insisté encore plus sur cet aspect juridique; à cet égard il est frappant d'observer que F.Mitterrand emploie depuis toujours un vocabulaire emprunté à la S.D.N, au tryptique de Briand - sécurité collective, arbitrage, désarmement - disant en substance : le droit c'est l'O.N.U, etc...

Or, à peine avons-nous eu ces deux aspects, la disparition du grand schisme idéologique et l'affirmation du primat du droit contre l'agression, qu'il a fallu déchanter. D'un côté, Sadam Hussein est toujours là, il y a des puissances

qui contreviennent tout autant au droit - ~~en participant~~ au nouveau concert - et d'un autre côté la Yougoslavie, Premier pays communiste à être hérétique, c'est aussi celui qui avait été ouvert à l'influence occidentale par le tourisme, par l'immigration de ses travailleurs, par l'économie, par une certaine liberté de la presse et de publication et c'est celui-là qui donne lieu au conflit sanglant que nous vivons; Conflit dont tout le monde se demande s'il ne préfigure pas de semblables conflits à l'intérieur de l'Union Soviétique ( C) le nouveau président des Tchétchènes menaçant d'attaquer les centrales nucléaires russes pour obtenir une reconnaissance d'indépendance).

Mais, en même temps que ces spectres, il y a , dialectiquement, à travers cela des progrès : le droit d'assistance humanitaire, la résolution 688, les couloirs de sécurité, que l'on tente de transposer en Yougaslavie.

Si Saddam Hussein est toujours là, c'est sous la tutelle des U.S.A, de l'O.N.U, de tout le monde; s'il cache ses armes nucléaires et chimiques, il se trouve contraint de les livrer petit à petit, s'il massacre comme il peut ses Kurdes ou ses Chiites, il le fait un petit peu moins que si les représentants de l'O.N.U n'étaient pas là.

Cette situation est assez extraordinaire, - et je n'ai pas assez de culture historique ou juridique pour dire si elle est sans précédent - mais on trouve à la fin de l'empire Ottoman des situations contradictoires assez ressemblantes. Saddam est toujours là, continuant d'un côté ses mêmes errements reprochables - sur le plan intérieur, des minorités -, alors que par ailleurs ce n'est plus comme avant : le voilà contraint de



rendre compte, de discuter.

De même, autre événement qui m'a beaucoup intéressé, l'échec du putsch intervenu cet été en Union-Soviétique a quelque chose d'exemplaire. Chacun s'est fait la réflexion qu'il est inutile d'être un vieux léniniste pour savoir que, lorsque l'on fait un complot, il faut commencer par couper les communications et arrêter ses adversaires. Or, je crois qu'en dépit des incertitudes, ce "putsch à moitié" a une composante internationale importante; à la fois, parce que cela se passait sous nos yeux par C.N.N. interposée, et parce que les conjurés ne pouvaient se mettre au banc de la Communauté internationale en supprimant Gorbatchev alors qu'ils avaient besoin du bailleur de fonds occidental. De même dans le conflit qui opposa les Serbes et les Slovènes - et ce n'est malheureusement plus le cas aujourd'hui avec les Croates - on avait vu, alors que l'armée serbe s'était fait piéger par son adversaire Slovène, les mères des conscrits Serbes prendre le train pour Lubljana afin de ramener leurs rejetons à la maison. Au delà de l'aspect cocasse de la situation, malgré tout, "ce petit monde" - comme je l'écrivais - et en dépit des morts de Vilnius avec Gorbatchev et Eltsine, appartenait à ceux qui disent "arrêtez-moi ou je fais un malheur". Aujourd'hui en Yougoslavie le problème est inverse. Il y a d'un côté quelqu'un qui sait vraiment ce qu'il veut et qui va jusqu'au bout pour le faire : Milosevic; de l'autre, tous les acteurs sont plus ou moins paralysés. Le résultat est à la fois d'une sauvagerie inouïe et se déroule sous l'oeil de la Communauté Internationale. Milosevic et Tadjman, aussi inséparables que Laurel et Hardy, passent leur temps à se



rencontrer de La Haye à Moscou pour bâtir des plans ou des pseudo-plans tout en continuant le massacre réciproque de leurs populations.

Il y a là , me semble-t-il, le mélange de deux réalités. Aujourd'hui ce qui prévaut c'est le sentiment de l'anarchie, de la violence, du scandale, de ce qui se passe en Europe à deux pas de nous; le sentiment que le "nouvel ordre" est plutôt un nouveau désordre où la violence est plus grande qu'avant. Mais, en même temps, il est vrai aussi qu'il y a la Conférence de Madrid, l'accord sur le Cambodge, qu'en Afrique (Angola, Afrique du Sud), en Asie, un certain nombre de conflits, sinon résolus, s'apaisent ou sont en voie de négociation en relation directe avec le déclin de la confrontation américano-soviétique.

Parallèlement, il y a un certain nombre de phénomènes - réunion des "Quatre" avec la Chine, le Japon, l'U.R.S.S, à l'initiative de James Baker sur le problème de la bombe Nord-Coréenne, les contentieux avec la Lybie - qui ont un caractère global et constituent des menaces pour tout le monde; et cela on peut l'affirmer objectivement de la bombe coréenne, du terrorisme, de la drogue. On observe que la Communauté ne se bat contre ces menaces que lorsque c'est sous la direction des Etats-Unis; par conséquent, ses interventions sont extrêmement sélectives. On voit ainsi les U.S.A se désintéresser totalement de l'affaire yougoslave, considérant que c'est la question des européens; parce qu'ils conçoivent leur rôle en termes de blocs, d'hégémonie et non pour résoudre des conflits de minorités ou des guerres civiles.

Ainsi nous savons tous que pendant que l'on mettait la Lybie en accusation, on fermait les yeux sur la Syrie ou l'Iran; de même, pour combattre la prolifération nucléaire ou pour qu'elle n'use pas de son droit de veto au Conseil de Sécurité,

Alors, comment expliquer cela, ce mélange hétérogène, disymétrique, politique, ambigu.

Il me semble qu'après la guerre froide, la bipolarité conduisait à deux visions : - l'une optimiste, celle de la sécurité collective et de la coopération;

- l'autre pessimiste, celle de la paix des cimetières - l'ordre régnait à Varsovie, mais au moins c'était prévisible - .

Maintenant que le bloc de l'Est s'est effondré, tous les conflits inter-étatiques, nationalités, minorités se donnent libre cours et l'on est de retour à la rivalité, au conflit de puissances, au monde de Sarajevo, d'avant 1914 ou encore de l'entre deux guerres.

Il me semble que ces deux réalités ont une part de vérité, mais seulement une part.

Premièrement parce qu'elles ont un aspect symétrique, or ce qui est frappant c'est le côté disymétrique, le fait qu'il y ait un centre et une périphérie; - pour emprunter à une école qui m'est étrangère : celle de la dépendance - je crois qu'il y a un centre plus ou moins prospère et intégré, même s'il y a dix-mille problèmes à l'intérieur, qui est les Etats-Unis et en



Europe, l'Europe Occidentale; l'existence de ce centre soulève le problème de ses rapports avec la périphérie ou ses périphéries extérieures, sachant que les pouvoirs de ce centre a des limites dès lors que l'on est pas dans un empire au sens classique - ce sur quoi je reviendrai - .

Mais surtout deux réalités remettent en cause les deux principes de rivalité des puissances et de sécurité collective; ce sont l'interdépendance économique à caractère transnational d'une part et d'autre part, l'agitation sociale, ethnique, culturelle, économique à caractère subnational .

Pour être familière, la notion d'Etat national, vraie ou fausse, ne s'en trouve pas moins attaquée de toutes parts, à la fois par les contraintes extérieures et la contestation intérieure. Là se situe l'un des problèmes de ces époques de transition que contient le paradoxe suivant : l'impression que l'Etat national est en baisse alors que le nationalisme - peut-être précisément en raison de cette baisse - est en hausse - peut être par réaction au sentiment de perte de contrôle où de perte de l'identité nationale et aussi l'idée - développée par un auteur anglais l'an dernier - que l'arrivée de l'Etat souverain n'est pas identique à l'arrivée de l'Etat national, parce que l'Etat souverain est le fruit d'une synthèse. Synthèse entre les deux principes de la souveraineté et du nationalisme, permettant la constitution d'Etats qui correspondent en partie, mais seulement en partie, aux nationalités. La souveraineté, les frontières de ces Etats, cela était vrai autant pour la Yougoslavie que la Tchécoslovaquie ou l'Autriche-Hongrie, reposaient sur un ordre fondé sur un compromis entre le principe

de la souveraineté étatique et celui de l'homogénéité nationale ou de l'autodétermination. Une autodétermination acceptée, mais dans le cadre des Etats tels qu'ils sont.

Dans la mesure où cela est mis en question, nous avons de l'internationalisme et du nationalisme; à la fois des tendances à la globalisation et des tendances à la fragmentation.

Ce qui est frappant - et j'aurais pu dire cela au début - c'est que finalement ce qui soudait le système c'était l'opposition Est-Ouest; dès le moment où la présence de l'Union-Soviétique a fait défaut la tendance à la fragmentation est apparue. Si l'on se replace quelques années en arrière, une guerre civile en Yougoslavie aurait terrifié tout le monde; à cette époque tous les scénarios sur la troisième guerre mondiale commençaient par cet épisode pour susciter l'intervention russe puis américaine.

Maintenant, c'est seulement au bout de trois mois que les gens commencent à se dire que la situation yougoslave est épouvantable et que cela ne peut plus durer; la crainte d'une dérive vers la troisième guerre mondiale n'effleure plus.

Il y a donc cette espèce de fragmentation et parallèlement de globalisation par le jeu des médias, de l'économie de sorte qu'en cas de survenance d'un conflit, prévaut cette impression que le mouvement de généralisation de l'escalade par la voie diplomatique - type Sarajevo - ou du jeu des alliances rivales est en diminution, alors qu'en revanche la globalisation par les phénomènes sociaux, médiatiques, culturels, les réfugiés, etc... reste très vivant.

Nous avons donc cette situation ou personnellement je



suprême, où les Etats se reconnaissent sur la base de la réciprocité de règles et d'accords divers. La question est alors de savoir si cela peut effectivement s'appliquer; l'existence d'un droit de la guerre est-il soutenable ou, au contraire, les réalités de la guerre, notamment moderne, n'en font-ils pas une plaisanterie ? C'est ce que pensaient déjà Rousseau et Kant. Mais, dans les interstices de tout cela, n'y a-t-il pas quelque chose qui émerge ?

Au delà des distinctions conceptuelles entre Communauté mondiale, Ordre international, Système international, Société internationale demeure une réalité : "structure d'activité qui soutient les buts élémentaires ou primaires de la Société des Etats ou de la Société internationale, la préservation du système de la Société elle-même, l'indépendance et la distance des Etats souverains, paix et buts communs de la vie sociale : éviter la violence, assurer la sécurité des possessions, etc ..." .

Il y a donc Société internationale lorsqu'un groupe d'Etats conscients de certains intérêts et valeurs communs forment une Société, au sens où ils se considèrent comme liés par un ensemble commun de règles dans leurs relations mutuelles, et participent au fonctionnement d'institutions communes. De même pour cette idée - très à la mode aux U.S.A - de régime de la monnaie etc... C'est un ensemble de principes, de normes, de règles et de procédures de décisions, implicites ou explicites, autour desquelles les attentes des acteurs convergent dans un domaine donné des relations internationales.

Il me semble qu'ici l'on soit assez près de notions juridiques, avec l'idée que ce qui sous-tend cela, c'est le

n'arrive pas à avoir de verdict que sous forme d'une part et d'autre part : - la puissance militaire n'est pas morte - bien que l'on ait dit les américains à la traîne, ils sont intervenus dans le golfe de manière spectaculaire technologiquement - ;

- mais cette même expérience américaine révèle que leur déficit budgétaire les obligeait à trouver un financement extérieur; l'expérience Soviétique quant à elle montre que la puissance militaire n'empêche pas l'effondrement économique et idéologique, ou peut-être l'encouragement.

L'Etat n'est sans doute pas mort, mais il est battu en brèche, comme je l'ai dit; les inégalités économiques font qu'un Etat mendiant ou candidat au club des riches ne peut guère s'abriter derrière le principe de non ingérence dans les affaires intérieures. De ce point de vue on revient d'une certaine façon au XIX<sup>ème</sup> siècle, époque où l'on se préoccupait de la manière dont les Roumains ou les Turcs traitaient leurs minorités; alors qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale on privilégiait le principe de l'égalité entre Etats.

Reprenant ce que j'écrivais, je dirais que le bilan des deux dernières années me paraît devoir être exprimé sous la forme d'un "non mais" globalement positif. Contrairement à la rhétorique de Bush et de Mitterrand, l'O.N.U ne représente pas une communauté mondiale qui incarnerait le droit. En effet, pourquoi le droit émanerait-il d'un Conseil de Sécurité dont on compte au nombre des membres permanents un pays totalitaire - la Chine - alors qu' y sont absents le Japon et l'Allemagne ? pourquoi eux seuls diraient le droit, la vérité ? Cependant, le Conseil de Sécurité, et plus encore le "G 7" incarnent un certain



concert des grandes puissances, analogue à celui issu du congrès de Vienne. Cela est probablement préférable à la guerre de tous contre tous ou à un empire universel qui ne peut fonctionner comme avant. Il n'est plus possible de décider de partager la Pologne parce que les petites Puissances, n'y trouvant pas forcément leur compte, se laissent moins partager - les insurrections, les résistances populaires sont plus efficaces -, par ailleurs, il ne suffit pas d'admettre Gorbatchev au sein du "G 7", comme les Turcs après la guerre de Crimée, pour guérir les maladies de l'U.R.S.S.

Je dis donc que les oppresseurs continuent à opprimer, les insurgés à fuir, les privilégiés à se barricader, les frontières à se multiplier d'un côté alors qu'elles s'ouvrent de l'autre. Mais la nouveauté c'est que l'ignorance et l'indifférence, l'hypocrisie et l'impunité sont devenues plus difficiles, parce que les affaires intérieures deviennent un objet légitime des négociations internationales; chacun se dit que frontière, minorité, migration sont inséparables, cela nous concerne tous. Il y donc intrusion d'un droit de regard que déjà l'on rencontre, par le truchement de la distribution de bonnes et mauvaises notes, sur le plan économique à l'O.C.D.E et sur le plan des droits de l'Homme au Conseil de l'Europe. Donc, si les Kurdes ou les Palestiniens ont souffert ou perdu, la cause de la négociation a avancé parce que ce troisième terme vient s'inscrire dans des conflits qui, pourtant, continuent.

Nous avons donc un concert - avec une certaine hégémonie américaine et, à l'intérieur de l'Europe, de la Communauté - mâtinée de multilatéralisme. Parce que les U.S.A ou

la Communauté ne peuvent agir comme un empire classique. Ils doivent se donner la garantie de l'O.N.U et de la C.S.C.E et, plus qu'à d'autres époques ils se trouvent confrontés aux limites de leurs pouvoirs, aux limites de la force militaire et même à celles des sanctions économiques.

Ici, je voudrais insister sur une double ambiguïté : celle du rôle de la force et celle du contenu de la légitimité.

Quant au rôle de la force, on observe une plus grande résistance des peuples, des petits Etats, alors qu'en face - de par la légitimité qui les fonde - la mobilisation des Etats disons "impériaux" s'avère plus difficile. Ainsi par exemple : on ne pouvait pas envoyer le contingent dans le Golfe, de même comment expliquer et justifier auprès des familles d'Europe de l'Ouest que leurs fils doivent se faire tuer pour tenter d'arrêter les combats entre Serbes et Croates. D'autant plus que s'ajoute la difficulté de contrôle liée à des situations d'anarchie, de décomposition, ce à quoi les soldats d' Eltsine se sont heurtés dans la capitale Tchétchène.

Donc la légitimité, me semble-t-il, se dédouble, d'où toutes les hésitations devant l'affaire yougoslave. Cette légitimité on la trouve comme goût de l'ordre, de l'Etat vis-à-vis duquel on était partisan du maintien du statu-quo, de l'unité de la souveraineté des Etats; cette légitimité là, on ne peut en faire bon marché pour aller arbitrer les conflits intérieurs, les guerres civiles. Mais il y a aussi cette seconde face de la légitimité qui indique qu'on ne peut plus laisser faire certaines choses. Là je ne veux pas trop empiéter sur le sujet de Mario



Bettati. Il me semble tout de même que le XX ème siècle avec ses deux grandes expériences du totalitarisme et de l'arme nucléaire montre les limites des deux logiques. Que ce soit à propos de Hitler ou de Polpot, on ne peut dire qu'il s'agit d'affaires intérieures; dire Hitler est condamnable s'il attaque la Pologne, mais pas s'il massacre les juifs à l'intérieur de ses frontières, ou Polpot, ses cambodgiens. Depuis Nüremberg, il y a eu un changement parce que la notion de crime contre l'humanité a crée une intrusion de l'individu et de l'humanité dans cette logique; et qu'en même temps personne n'a sérieusement proposé d'aller faire la guerre à Staline ou à l'U.R.S.S parce que la délivrance des peuples du totalitarisme ne pouvait risquer des millions de morts dont les nôtres. On assiste donc à une coexistence de l'équilibre des Etats et d'une conscience des individus et de l'humanité qui a amené la vogue des droits de l'Homme et dans son sillage des mouvements tels Amnesty International et Médecins sans frontières. Les orphelins du marxisme et de la réalpolitik se retrouvent dans l'idée que, quelque soient les frontières et les cas, il y a des choses que l'on ne doit pas laisser faire - faim ou torture - et au sujet desquelles il faut que les individus ou les organisations non étatiques interviennent eux-mêmes. Circonstances dont les Etats doivent tenir compte et commencent un petit peu à le faire, d'où le droit d'assistance humanitaire, ou à rendre compte même si ces Etats continuent à détenir le pouvoir.

Alors quelles conclusions tirer, devant les hésitations que procure cette situation contradictoire, au point de vue de

la théorie des relations internationales, de la philosophie politique, voire de la philosophie du droit : votre problème.

En réalité, ce dont il faut partir c'est du constat que nous ne pouvons en rester à l'opposition qui, centrale dans le livre, de mon maître Raymond Aron, "Paix et guerre entre les Nations", vient de HOBBS et de Kant. C'est-à-dire l'opposition entre l'anarchie des Etats, caractérisés à l'intérieur par des institutions et un état de droit, et l'état de nature dans lequel ces mêmes Etats se trouvent à l'extérieur : un système international par essence anarchique. La seule solution résidant alors dans un gouvernement mondial susceptible d'emprunter deux formes : - soit l'empire ou le parlementarisme mondial fondé sur une analogie avec ce qui se passe à l'intérieur des Etats, c'est l'O.N.U ou la S.D.N avec lesquelles on reconstitue une République des républiques. Donc opposition entre anarchie et organisation mondiale. Si en un sens cela est vrai, il y a toujours eu - notamment une école anglaise "The anarchical society" - pour opposer une tradition machiavélique - la lutte de tous contre tous, le réalisme -, une tradition kantienne - universalisme, cosmopolitisme, et une tradition grotienne selon laquelle s'il y bien anarchie des Etats, celle-ci, à la différence des individus, se laisse aménager : il y a une société des Etats. Société anarchique, au sens où il n'y a pas d'autorité suprême, pas de préteur - comme dit Hegel : il n'y a pas de droit international parce qu'il a toujours la forme du devoir être - pas d'autorités, pas de sanctions, etc... Tout cela relève donc plus de la morale que du droit. C'est aussi l'idée qu'il est possible de vivre avec un système pluraliste, dépourvu d'autorité



fonctionnalisme. C'est-à-dire l'idée que l'interdépendance des Etats implique que certaines fonctions ne peuvent être assurées qu'ensemble, voire en déléguant ou en admettant un droit de regard à certains organismes ou experts qui ne constituent pas des autorités supérieures.

Cette idée qu'il y a quelque chose, et que ce quelque chose fait de plus en plus une place à un élément trans-étatique ou trans-national ou encore non-étatique des autorités techniques ou spirituelles dont on ne peut ~~pas~~ ne pas tenir compte, dont on ne peut pas dire "combien de divisions le Pape a-t-il ? ". Vous vous souvenez de la formule de Staline : combien de divisions a le Pape ? et l'on peut ainsi dire, certains l'on dit, que l'effondrement du système soviétique c'était la revanche du Pape et que cela avait commencé avec la visite en Pologne en 1979.

L'essentiel, me semble-t-il c'est cette discordance, qui caractérise de plus en plus les relations internationales, c'est que les problèmes sont globaux : à la fois intérieurs et extérieurs. C'est la "décadence compétitive" qui consiste à déterminer lequel, de ceux qui rongés par les problèmes de nationalités, de dissolution sociale, va s'effondrer le plus rapidement. En un sens la question relève plus de l'"épreuve de faiblesse" que de l'épreuve de puissance. Claude Bernard définissait la vie comme l'ensemble des forces qui résistent à la mort; donc plutôt qu'une course à la puissance entre les Nations, il serait plus juste de voir une course à la résistance aux facteurs intérieurs ou transnationaux de désagrégation. Les facteurs globaux, drogue, terrorisme, environnement, prolifération nucléaire, se conjuguent donc aux faiblesses

intérieures pour ronger la structure étatique et interétatique.

Alors, dans ce contexte, parler d'un problème comme celui de la Yougoslavie, ou sur un plan plus théorique d'intégration régionale - et ce en dépit du thème mondialiste de cette conférence - représente une voie où quelque chose, me semble-t-il, peut se faire. La Communauté n'est pas, à mes yeux, une organisation internationale comme les autres, la Cour Européenne de Justice, la Cour Européenne des Droits de l'Homme prennent une valeur spécifique parce que fondées sur la réciprocité et la conditionnalité. Parce que l'on peut imposer à ceux qui prétendent être membre de ce "club" d'en respecter les règles. Si les Litvaniens, les Serbes, les Croates peuvent intégrer la Communauté, la seule appartenance historique et géographique ne suffira pas. Le Conseil de l'Europe demandera un engagement vis-à-vis du club : celui de respecter des règles du jeu tels que le pluralisme, le respect des minorités. A partir de là quelque chose peut se construire - et pour faire allusion à l'ouvrage d'Antoine WINKLER sur le droit européen et le modèle médiéval - à partir de l'économie et, de plus en plus, avec les droits de l'homme. Avec le brevet de respectabilité que donne la perspective de l'adhésion et le fait que tout le monde souhaite participer à la prospérité européenne, il y a quelque chose où l'on peut jouer.

Mais que faire lorsque, et c'est l'hypothèse yougoslave, la perspective de l'adhésion, de la prospérité en quelque sorte, a été envisagée mais qu'une minorité active donne



la primauté au rassemblement des siens ? Ce sont les Serbes disant<sup>11</sup> la prospérité c'est bien, mais le plus important pour moi c'est que tous les Serbes vivent dans un même état et je tire sur qui me dit le contraire.<sup>12</sup> Ici l'on retrouve un vieux problème philosophique et politique; toute notre expérience récente et nos valeurs actuelles font que l'on ne se bat plus pour du territoire, bien que nous ayons toujours nos Irlandais et nos Basques.

Quelque chose se passe au niveau de l'intégration régionale qui ne peut être nié; il convient de ne pas céder au pessimisme ou cynisme absolu qui ne verrait dans tout cela qu'une nouvelle formule colonialiste ou encore l'hypocrisie américaine.

Si quelque chose se passe effectivement, il ne faut pas en minimiser la fragilité. Parce qu'en dehors de l'intégration régionale, cette espèce de contrainte de la transparence - nous sommes dans une maison de verre où l'on ne peut plus être respectable ici et faire ses crimes dans son coin - a permis de petites et fragiles conquêtes qui, comme le droit d'assistance humanitaire ou le droit de regard, modifient le jeu inter-étatique. Pour moi, il est prématuré de dire si de telles modifications annoncent une nouvelle transformation, de l'ordre de celles que l'on a connue entre les XVI et XIX ème siècles, ou s'il s'agit simplement d'interstices d'un jeu qui reste celui de la rivalité des Etats.

valeurs actuelles font que l'on ne se bat plus pour du territoire, bien que nous ayons toujours nos Irlandais et nos Basques.

Quelque chose se passe au niveau de l'intégration régionale qui ne peut être nié; il convient de ne pas céder au pessimisme ou cynisme absolu qui ne verrait dans tout cela qu'une nouvelle formule colonialiste ou encore l'hypocrisie américaine.

Si quelque chose se passe effectivement, il ne faut pas en minimiser la fragilité. Parce qu'en dehors de l'intégration régionale, cette espèce de contrainte de la transparence - nous sommes dans une maison de verre où l'on ne peut plus être respectable ici et faire ses crimes dans son coin - a permis de petites et fragiles conquêtes qui, comme le droit d'assistance humanitaire ou le droit de regard, modifient le jeu inter-étatique. Pour moi, il est prématuré de dire si de telles modifications annoncent une nouvelle transformation, de l'ordre de celles que l'on a connue entre les XVI et XIX ème siècles, ou s'il s'agit simplement d'interstices d'un jeu qui reste celui de la rivalité des Etats.



# **L'ENVIRONNEMENT**

LUC FERRY

## Seminaire de Philosophie

16 Décembre 1991

## "L'environnement"

Luc FERRY

Je voudrais vous proposer une réflexion sur les débats écologiques ou écologistes en Allemagne et aux U.S.A surtout, puisqu'en France il y en a peu sauf, à être purement politicien. Alors, quel rapport avec le droit ? ...Certains d'entre vous le savent déjà, sans doute, on verra dans cet exposé que dans les différents courants de l'écologie américaine et allemande apparaissent de nouveaux sujets de droit ou le projet d'en instituer de nouveaux, cela en dehors de la personne humaine sujet de droit classique de la pensée juridique moderne. Ces nouveaux sujets de droit ce sont, en particulier, les animaux mais aussi les rochers, les îles, les vallées; et il y a des discussions très sérieuses entre les juristes sur ces questions, particulièrement aux U.S.A.

Après avoir situé cet exposé qui vise à faire une typologie des différents débats sur le droit de l'environnement, je voudrais faire une remarque préalable sur l'enjeu, tel que je le perçois, de ces débats sur l'écologie. A mes yeux, cet enjeu touche la question de la culture. Pour situer mon propos philosophiquement, je rappellerai, rapidement, qu'il y a dans la pensée moderne, c'est à dire depuis la révolution française, trois conceptions de la culture opposées les unes aux autres. Ces concepts sont évidemment en jeu dans ce débat sur l'écologie, dans la mesure où il s'agit de revenir, sinon à la nature, à des formes de culture qui seraient plus en harmonie avec la nature que la culture industrielle moderne dans laquelle nous baignons aujourd'hui.

Quelles sont ces trois conceptions de la culture qui s'affrontent dans la philosophie moderne, dans la culture moderne depuis deux ou trois siècles ?

Une première conception, héritée des Lumières, que l'on pourrait qualifier de conception révolutionnaire de la culture. Ici, ce qui est valorisé c'est l'idée qu'une oeuvre de culture est importante lorsqu'elle subvertit sa propre tradition. On a là tout un courant de la culture, qui va culminer dans les avant-garde de ce siècle, selon lequel il n'y a pas d'oeuvre qui vaille si cette oeuvre ne remet pas en question la tradition dans laquelle elle se situe, avec pour modèle la révolution française elle-même qui, par excellence, constitue la remise en question d'une tradition, celle de l'ancien régime. Cette conception révolutionnaire, au sens de la rupture avec le passé, est fondée sur l'innovation.

A l'inverse, on rencontre une seconde conception de la culture apparue après la révolution française : la conception romantique. Dans cette perspective, il n'y a pas d'oeuvre de culture -oeuvre d'art, roman ou système juridique- valable si elle n'exprime pas sa propre tradition, le génie, l'esprit



d'un peuple. Cette conception romantique, dont les racines prennent dans une tradition libérale -celle de Montesquieu-, va à l'inverse de celle de la révolution. Ces deux conceptions de la culture vont s'affronter à travers les débats entre révolutionnaires et contre-révolutionnaires. Conception romantique de la culture dans laquelle, et on le voit dans toute l'école historique du droit, la loi mais aussi l'oeuvre en général est l'expression des moeurs, du génie national, que ce dernier soit conçu sur le modèle libéral de Montesquieu ou, sur celui plus proprement romantique de l'Allemagne contre-révolutionnaire du début du XIX<sup>ème</sup> siècle.

Enfin, une troisième conception de la culture, qui va dominer l'univers anglo-saxon, que j'appellerais la conception utilitariste de la culture. Conception selon laquelle il n'y a pas d'oeuvre réussie si elle ne rencontre pas l'assentiment du public. L'oeuvre de culture est celle qui est reconnue, celle qui plaît à un public et est consommée comme telle.

A travers, notamment, ces débats sur le droit des îles, des rochers et des animaux, je voudrais montrer que certains aspects de l'écologie s'inscrivent davantage dans une conception néo-romantique de la culture que dans une conception révolutionnaire de la culture, puisque la civilisation héritée de la révolution est plutôt remise en question par la plupart des courants de l'écologie contemporaine. A cet égard, quand je dis la plupart des courants, il faut préciser les choses parce qu'elles sont complexes, au sens propre celui de la multiplicité et de la diversité des tendances de l'écologie.

Je vous proposerais deux classifications de la pensée écologique contemporaine, l'une disons philosophique, l'autre politique où il sera question, pratiquement, que de l'Allemagne et des U.S.A, puisque le débat en France n'a pas encore atteint un état embryonnaire.

Aux U.S.A, et la situation est pratiquement identique en Allemagne, on trouve trois grands courants qui s'opposent assez violemment les uns aux autres à l'intérieur des universités mais aussi à l'extérieur.

Le premier de ces courants "Deep ecology" ou écologie profonde est très mal connu en France alors qu'aux U.S.A il est extrêmement important. Ce courant qui, pour nous est le plus étrange, défend depuis les années soixante une thèse très précise : celle selon laquelle il faut enfin en finir avec l'anthropocentrisme qui a dominé toute la pensée philosophique et toute la culture juridique moderne. Autrement dit, il faut cesser de considérer que le seul sujet, la seule personne juridique est l'homme; au contraire, il faut instituer comme sujets de droit des êtres de nature, non seulement les animaux, mais encore les paysages, les vallées, les îles, c'est à dire, de manière plus générale, des territoires strictement naturels.

Cette écologie profonde est aussi appelée quelquefois "écologie radicale" au sens américain du terme, ce qui veut dire révolutionnaire. Pourquoi ?... parce-que, ce courant de l'écologie s'oppose radicalement à toute la tradition de la "West-ern civilation" -la civilisation occidentale- c'est à dire à toute la culture moderne tant industrielle que d'une façon plus générale à la culture moderne depuis la renaissance



et surtout depuis Descartes qui est systématiquement visé dans cette littérature. Cette mouvance plaide pour l'idée que l'on ne peut se contenter d'aménager le monde moderne en y injectant un petit peu de lobby écologiste ou de préoccupation écologique parce qu'il est nécessaire de rompre radicalement avec le projet de la modernité, avec le projet cartésien de se rendre maître et possesseur de la nature pour revenir à une conception de la culture qui soit en harmonie adéquate avec la nature.

Le modèle, entre autres, le plus dominant aux U.S.A ce sont les "Américains natifs" dont on trouve la trace dans le film "Danse avec les loups", prototype du film écologiste profond aux U.S.A. Il s'agit de montrer comment une civilisation perdue, celle des natifs américains, était une civilisation dans laquelle l'harmonie entre culture et nature était parfaite, alors qu'avec l'apparition des américains non natifs on commence à avoir des massacres inutiles de bisons et toutes sortes de choses qui vont conduire à la civilisation industrielle moderne et à la destruction des rapports harmonieux entre nature et culture.

Alors, en quoi cela intéresse les juristes américains ? Parce-qu'il y a eu des tentatives tout à fait sérieuses, dont vous trouverez la trace en France dans un livre -"L'homme, la nature, le droit"-, d'instituer en sujets de droit des entités naturelles. Il y a, notamment, un procès qui revêt un caractère inaugural pour le mouvement de l'écologie profonde. Par parenthèse, il faut d'ailleurs observer que ce mouvement représente depuis vingt ans des centaines de milliers d'articles; pour n'être pas encore connu en France ce mouvement ne peut être considéré comme simplement exotique. Très brièvement le procès date de 1970, il oppose le service des Eaux et Forêts américains et le Cyrat Club -club écologiste le plus puissant du monde-. Le service des Eaux et Forêts a vendu une vallée californienne entière "Minéral king" à la compagnie Disney pour y construire un parc d'attractions.

Le Cyrat dans sa mise en cause soutient que le vendeur n'a pas le droit de vendre la vallée parce-que la destruction du site porte atteinte aux écologistes -vous savez que dans le droit américains il n'y a pas de procès possible sans la lésion d'un intérêt- parce que l'intérêt du Cyrat c'est la préservation de la nature, la conservation de la beauté du paysage que menace la construction de Disneyworld. Finalement, l'action sera rejetée au motif, non pas que le service des Eaux aurait eu raison ou pas de vendre la vallée, mais simplement parce que le plaignant n'a pas d'intérêt direct suffisant à faire valoir. Sur appel de cette décision, un professeur américain de droit -Christopher Stone- aura l'idée de défendre la thèse -il a écrit un livre "Should trees have standing" Les arbres devraient-ils avoir un statut légal- originale suivante : l'idée est que si les intérêts du Cyrat Club ne sont pas vraiment lésés en revanche, ceux de Mineral king le sont gravement. Le texte de Stone énonce : "sans doute le dommage causé au Cyrat Club était-il quelque peu ténu mais, en revanche celui subit par Minéral king ne l'est pas; et si je pouvais réussir à faire en sorte que la Cour considère le parc en tant que tel, comme une personne juridique au sens où l'on peut dire que les entreprises sont des personnes juridiques, la notion d'une nature ayant des droits pourrait



bien faire une différence opératoire considérable". Ce livre a été rédigé avant que l'affaire ne vienne en appel, de manière à ce que les avocats du Cyrat Club disposent, à défaut d'un précédent juridique, très important aux U.S.A, au moins d'un précédent théorique

L'issue de cette affaire a été la suivante : les arbres perdent le procès par quatre voix contre trois; la consécration de la notion de personnalité juridique était donc très proche.

Le livre de Stone donne tous les arguments de sa thèse qui n'est pas de dire que les arbres peuvent eux-même plaider leur procès, mais que les associations écologistes peuvent représenter en justice ces nouveaux sujets juridiques que seraient les êtres naturels.

Ce premier courant défend, en dernière analyse, l'idée que le seul sujet de droit véritable c'est l'écosphère, la biosphère toute entière. Et c'est la thèse qui a été reprise, à l'insu de tous, par Michel Serres avec son idée du contrat naturel. Le plus piquant dans l'affaire tient en ce qu'on a présenté Serres comme un vieux sage humaniste, alors que les positions qu'il défend -ce qui bien sûr est son droit- sont celles de la deep ecology, c'est à dire anti humanistes. Anti humanistes au sens où il s'agit de faire la critique de l'humanisme tel qu'il a été pensé depuis Descartes. C'est à dire celui de l'anthropocentrisme ou du projet moderne d'instituer l'homme comme seul sujet de droit. Inversement, il s'agit de dire qu'à la place du contrat social, qui institue l'homme comme seul sujet de droit, il faut passer un contrat naturel ou, pour l'exprimer différemment, considérer la nature elle-même comme une personnalité juridique. Le modèle que l'on peut prendre c'est, par exemple, les parcs naturels dont des associations se portent représentantes de leur préservation. Christopher Stone, défend même l'idée, volontairement provocante, d'une représentation législative des arbres. Je pense aussi à un texte sur le droit des îles écrit par une éco-féministe qui, réécrivant le début du journal de Robinson Crusoë, nous montre combien nous serions saisis d'effroi si Robinson, devenu fou, avait décidé, avant de quitter son île, d'y mettre le feu. Simplement parce que cette destruction heurte en fait cette conscience non exprimée que nous avons de la possession de droits par les êtres naturels.

A ce premier courant s'oppose un second : l'environnementalisme, avec un sens différent de celui du français. Ici la nature est considérée simplement comme l'environnement de l'homme; l'homme reste donc l'élément central et le seul sujet de droit. S'il faut défendre la nature, c'est simplement pour protéger l'homme qui reste le centre, par opposition à la périphérie, l'environnement.

L'environnementalisme prône, en conséquence, l'écologisme militant à caractère réformiste et non révolutionnaire.

Généralement ce sont des utilitaristes qui, aux U.S.A, défendent la thèse selon laquelle l'intérêt bien compris de l'humanité est de protéger la nature. Cette seule notion d'intérêt bien compris, rapportée aux hommes, suffit à protéger efficacement la nature; au contraire, les écologistes profonds soutiennent que ce résultat passe nécessairement par l'institution de la nature en tant que sujet de droit.



Tels sont les termes du débat extrêmement vif qui oppose aux U.S.A, révolutionnaires et réformistes, tenants du rejet intégral de la civilisation occidentale et ceux qui l'acceptent en voulant l'aménager aux conditions d'une protection décente de l'écologie.

C'est donc très curieusement que Michel Serres a été perçu comme un environnementaliste, alors que sa thèse est typiquement "deep ecology" puisque son thème central est le contrat naturel.

Enfin, troisième courant extrêmement important dans tout le monde anglo-saxon, en fait surtout aux U.S.A et en Australie mais assez peu en Angleterre contrairement à ce que l'on pense en France, c'est le courant utilitariste qui insiste sur le droit des animaux.

Ce courant touche à nouveau un problème de philosophie du droit, celui de savoir s'il y a d'autres personnalités juridiques que les hommes. L'argumentation de Peter Singer, le pape du mouvement de la libération animale dont la traduction du livre "Animals liberation" va sortir prochainement en France après avoir été tiré à plusieurs centaines de milliers d'exemplaires aux U.S.A, repose sur le postulat utilitariste de base. Ce postulat énonce qu'il faut maximiser autant qu'il est possible la somme de bonheurs dans l'univers et de diminuer autant que faire se pourra la quantité de souffrance. Contrairement à l'image habituelle, la doctrine de l'utilitarisme est totalement étrangère à l'égoïsme individuel, ce que John Rawls a très bien perçu; mais une fois encore il s'agit de maximiser autant qu'il est possible la somme de bonheurs, de plaisirs dans l'univers, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les deux concepts, et de diminuer parallèlement la somme de souffrances.

Par conséquent, dans le débat que je viens d'évoquer entre "deep ecology" et "shadow ecology" les utilitaristes occupent une position intermédiaire.

Vous comprenez en effet que, partant de leurs principes, ils considèrent que l'homme n'est pas l'unique sujet de droit, puisque tous les êtres souffrants doivent être protégés par le droit. La thèse fondamentale des utilitaristes, et ce depuis Bentham, considère que les animaux ont exactement, et en principe, la même qualité de droit, la même dignité juridique que les hommes. Par principe, ce qui ne signifie pas qu'ils aient en fait les mêmes droits, parce qu'il serait absurde de donner le droit de vote à un animal. Ce principe, contenu dans l'idée qu'à quantité de souffrance égale, il doit y avoir dignité juridique égale, doit, selon les utilitaristes, être appliqué et maintenu jusqu'au bout. Pour prendre un exemple, qui a valu à Peter Singer une interdiction de parole en Allemagne, dans le choix d'une souffrance qui devrait être effectué entre un humain à l'encéphalogramme plat "un légume" et un animal en bonne santé, l'homme devrait être sacrifié.

Ce même type de réflexion nourrit tout une série de thèses sur l'euthanasie qui sont développées avec une grande cohérence, même si à mes yeux la doctrine utilitariste est tout à fait erronée.

Ce mouvement occupe une position intermédiaire entre les environnementalistes -disons les humanistes-, et les



écologistes profonds puisqu'il défend l'idée que tous les êtres souffrants sont des sujets de droit mais, bien évidemment, à l'exclusion des pierres et des rochers. Peter Singer répond à un article, lui aussi très célèbre, qui s'appelle "do rocks have rights" -est-ce que les rochers ont des droits- en disant " non les rochers n'ont pas de droits parce qu'ils ne souffrent pas" et de citer la fameuse phrase de Bentham qui à propos des animaux dit " la question n'est pas de savoir s'ils pensent, s'ils parlent, mais s'ils souffrent". Ceci est très profond, parce que après tout la thèse fondamentale du droit anglo-saxon repose sur la primauté de la notion d'intérêt par opposition à la notion d'existence du droit. Dans cette perspective, le système juridique n'est rien d'autre qu'un système de protection des intérêts. Par conséquent, Peter Singer peut démontrer de manière convaincante que les animaux ont des intérêts, par exemple, à ne pas être maltraités contrairement aux arbres ou aux pierres.

Le débat se trouve alors reporté sur la question de savoir si les animaux souffrent ou non. Or, mis à part Descartes, personne n'a jamais défendu sérieusement que les animaux ne souffraient pas. A cet égard des centaines de milliers d'articles sont, aux U.S.A, consacrés à la question de l'évaluation de la douleur des animaux; question qui dans le droit américain ne peut être évacuée d'un revers de main dès lors que si l'on admet que les animaux souffrent, cela veut dire qu'ils ont des intérêts et s'ils ont des intérêts c'est qu'ils ont des droits.

En revanche, dans une perspective qui serait celle des fondements philosophiques du droit français, cette question, à la limite, n'est pas pertinente car il ne s'agit pas de savoir si quelqu'un a des intérêts ou non -du moins n'est-ce pas l'essentiel- mais bien de déterminer s'il s'agit d'un être digne de droit ou non.

Sans développer plus avant, trois positions s'affrontent dans ce débat sur les sujets de droits : -celle des "deep ecologists" pour lesquels l'écosphère constitue le seul sujet de droit et les humains de manière dérivée;

-celle des utilitaristes qui pensent que les hommes et les animaux ont des droits;

-celle des environmentalistes, stricts anthropocentristes ou humanistes qui pensent que seuls les hommes possèdent des droits.

Tels sont les termes du débat philosophique que l'on retrouve de manière quasi identique en Allemagne.

Pour aborder la classification politique de la nébuleuse écologiste, je propose le principe de classification qui va suivre. Dans l'écologie contemporaine, toutes les tendances se trouvent confondues; depuis la question de savoir si dans le retour à la terre -les matériaux apatrides qu'évoque Antoine Waetcher- il n'y a pas des relents fascisant -et Marcel Gauchot à lancé avec énergie dans le Débat l'idée que sous



l'amour de la nature se dissimule la haine des hommes-, jusque et à l'opposé toute une tradition de l'écologie qui vient du P.S.U.

Un fil conducteur s'avère nécessaire pour se repérer dans cette nébuleuse qui va de l'extrême droite à l'extrême gauche. Dans toute l'écologie, quelque'elle soit, même celle démocratique de Brice Lalonde, on trouve une constante qui est une critique de la modernité, du monde industriel moderne et, en particulier, du libéralisme dévastateur lorsqu'il emprunte des formes sauvages.

Si l'on essaye d'établir une typologie des critiques du libéralisme dans la pensée contemporaine, on s'aperçoit, qu'en réalité, il n'y a que trois critiques possibles du libéralisme, du capitalisme ou du monde moderne, peu importe le terme employé.

1-Dans les années Trente, il y a les critiques de l'univers libéral au nom d'un passé perdu. Ce thème a alimenté pour l'essentiel la critique néo-conservatrice, fasciste et même nazie de cette époque. C'est la haine de la ploutocratie, de la démocratie au nom d'un passé perdu, d'un passé national de la Nation ou de l'individu auteur de cette critique.

2) Ensuite il y a la critique, sur le fond très proche, qui est faite au nom d'un avenir radieux, c'est la critique marxiste.

3) Enfin reste la critique interne à l'univers démocratique que l'on peut reconnaître, quoique peu pratiquée, dans les courants réformistes.

Ces critiques correspondent très bien, me semble-t-il, à ce qui se passe aujourd'hui dans l'écologie.

Si l'on revient, un instant à ce qui anime l'écologie profonde, on retrouve, de manière constante, une volonté anti humaniste; expression perpétuellement revendiquée par l'écologie profonde, puisqu'il s'agit de critiquer toute la civilisation occidentale. Or l'écologie profonde a le choix entre deux options politiques : soit la critique de l'humanisme libéral ou social démocrate au nom d'un passé perdu et on entre alors là dans une écologie d'extrême droite; soit cette critique est faite au nom d'un avenir radieux et on entre alors dans une écologie d'extrême gauche, avec aujourd'hui le problème de la référence à un modèle dès lors qu'aujourd'hui le communisme s'est effondré, sous toutes ses variantes, à l'Est comme à l'Ouest.

Selon l'analyse que propose Guattari dans ses textes sur l'écologie "Les trois écologies", dans la défense contre le capitalisme mondial intégré et le lobby politico-médiatique social démocrate on invoque la nécessité de la resingularisation des destins, c'est à dire la nécessité de revenir au local. A l'extrême droite cela se traduit par la nécessité de revenir au national et, à l'extrême gauche au local. Mais au fond, sans qu'ils s'en aperçoivent les uns et les autres, le projet est le même : c'est l'éloge de la différence, de la diversité contre le consensus social-démocrate représenté par le lobby politico-médiatique.

Dans l'écologie d'extrême gauche, comme dans celle d'extrême droite, on retrouve un même éloge de la différence. C'est à droite le discours de Bruno Mégret tendant à montrer qu'il ne faut pas mélanger les races et les nations et la



haine du métissage; à gauche on relève pareillement l'idée qu'il faut faire l'éloge du local.

L'intérêt de la discussion juridique de l'écologie profonde, qui remet en cause l'idée que l'homme serait le centre du système juridique, réside dans cette possibilité d'une double orientation vers les extrêmes soit à gauche, soit à droite.

Là, je doit mentionner l'existence, jusqu'ici méconnue, de la plus grande législation écologiste ayant jamais existé dans l'histoire de l'humanité. Je veux parler de celle que Hitler a sollicité de ses services en 1934; elle se compose de trois lois : l'une consacrée à la protection de la nature, l'autre à la protection des animaux et, la troisième porte sur la limitation de la chasse.

Ces textes qui, à ce jour, constituent l'ensemble le plus élaboré et le plus développé en cette matière, contiennent de façon omniprésente le thème de l'éloge de la diversité et, déjà très explicitement, ceux de l'écologie profonde.

Ainsi le législateur national-socialiste se félicite du fait que la loi sur la protection des animaux constitue la première loi au monde élaborée pour protéger les animaux pour eux-mêmes et non pas pour protéger les hommes.

Dans la tradition française, si l'on a bien eu la loi Grammont qui interdisait le spectacle des combats d'animaux, le fondement reste l'argument du respect de la sensibilité humaine.

Le législateur nazi vise, lui, la protection des animaux pour eux-mêmes; cela implique que la loi incrimine la cruauté à l'égard des animaux, non pas seulement publique, mais en général.

Cela dit, ce qui surprend le plus c'est l'absence totale de commentaire de ces textes dans la littérature allemande et à fortiori française.

A partir de là, vous aurez déduit que la typologie que je vous propose c'est : -une division de la "deep ecology" en deux courants l'un d'extrême gauche, l'autre d'extrême droite, avec une forte résurgence aujourd'hui d'une configuration du type années Trente;

-une troisième tendance, représentée par l'environnementalisme aux U.S.A, Génération écologie de Brice Lalonde en France qui est l'écologie humaniste ou environnementaliste. De caractère réformiste, elle part de l'idée d'une critique interne de la société démocratique.

Pour conclure je dirai qu'il y a nébuleuse écologiste parce que finalement, l'essentiel de la sensibilité écologiste relève aujourd'hui de ce que l'on peut appeler la morale de l'authenticité : celle qui fait que nous sommes chacun contre les différentes pollutions et que, par conséquent, il n'y a pas d'hostilité aux thèmes de l'écologie.

Mais en même temps, et là réside toute la difficulté de l'analyse du mouvement en France comme ailleurs, existe un paradoxe : celui aux termes duquel cette sensibilité écologique est perpétuellement tentée d'être récupérée par les discours forts -type années Trente-, ceux de l'extrême droite,

parce que dans ces discours la critique du monde moderne est la plus structurée et la plus vivement exposée.

Cette récupération constante par le discours d'extrême gauche ou d'extrême droite de cette sensibilité authenticiataire démocratique a pour conséquence d'empêcher l'écologie de parvenir à se constituer en mouvement politique.

A mon avis, il n'y a d'ailleurs aucune raison pour qu'elle le fasse ou y parvienne sans que cela s'oppose à ce que l'écologie gagne des sièges aux élections, comme partout en Europe. Si, à l'exemple de l'Allemagne, le mouvement écologiste a diminué sur le plan électoral c'est le signe d'une pénétration complète sur le plan des idées. Dans l'exemple cité de l'Allemagne, il n'y a plus aujourd'hui de justification à une représentation écologiste séparée de celle du S.P.D, du moins par rapport à sa gauche.

En France, s'il est bien banal de dire qu'une grande poussée des écologistes aura lieu en revanche, il n'est pas sûr que les enjeux que je viens d'évoquer aient été exposés et compris à travers les débats qui se sont déroulés sur ces sujets en Allemagne et aux U.S.A.

\* \*

\*



**DROIT HUMANITAIRE ET DROIT D'INGERENCE**

MARIO BETTATI

D'abord, vous le savez tous, la souveraineté de l'Etat n'a pas pour seule fonction d'interdire l'accès du territoire, mais simplement de donner à l'Etat compétent sur ce territoire l'exclusivité de la réglementation de l'accès à ce territoire de la part des étrangers. Réglementation pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'accès.

A partir de cette observation on constate que le droit humanitaire international tel qu'il existe, jusqu'à une époque récente, c'est essentiellement le droit des Conventions de Genève de 1949 et des protocoles de 1977. Leur objet essentiel est d'abord de fixer le droit des conflits armés et de régler le sort des victimes de ces conflits. Il ne concerne donc pas les victimes des catastrophes naturelles ; ensuite il concerne le droit de La Haye, qui l'a précédé plus encore, en ce qu'il détermine la manière dont doivent se comporter les combattants. Pour le juriste d'ailleurs cette articulation de normes est un petit peu choquante à première vue parce que le droit de la guerre indique, en quelque sorte, comment il faut tuer, comment s'y prendre, ce qu'il faut faire des victimes que l'on a ratées -les blessés-, ce qu'il faut faire des personnes que l'on séquestre -les prisonniers-. Du point de vue de la morale, c'est un droit tout à fait étrange; sous l'emblème de la Croix Rouge il est couvert d'une volonté éthique de générosité, mais par rapport à l'état de droit et, surtout, au regard du respect du droit à la vie, à la paix, à la libre circulation, ce droit demeure extrêmement restrictif.

Lorsque Bernard Kouchner me disait le droit international ne nous convient pas, à nous les membres des O.N.G, parce qu'il fait une trop grande place à la souveraineté, ce n'est pas tant au droit de Genève et de La Haye qu'il se référait, mais au droit international général source principale des obstacles à l'accès aux victimes des catastrophes naturelles ou des catastrophes causées par l'homme.

Ainsi les O.N.G françaises et d'autres s'étaient heurtées à la souveraineté de la Chine au moment de l'affaire de Tien An Men, à la souveraineté du Burundi, à celle du Soudan, bref d'un certain nombre de pays sur le territoire desquels on n'avait pas pu pénétrer lorsque des mesures d'urgence s'imposaient.

Fin 1986, Bernard Kouchner était convaincu de la nécessité d'un changement du droit international et me sollicitait en qualité de juriste. En réalité, la modification du droit international requise, à travers l'exigence éthique, ressortit au domaine du législateur et, en l'occurrence, du législateur international, c'est à dire de la somme des Etats.

Dans une approche pragmatique, Bernard Kouchner décide alors d'organiser en janvier 1987 un colloque destiné à sensibiliser l'Etat français à la nécessité d'une modification des règles du jeu international. Ce colloque "Droit et morale humanitaire" rassemblait d'abord des médecins membres des O.N.G, quelques universitaires professeurs de droit, ensuite il s'adressait à l'Etat. Il se trouve que par bonheur, le Président de la République et le Premier Ministre participèrent



aux travaux entrepris. Outre un état des actions menées, ce séminaire faisait le point du droit international et, en particulier, des difficultés que celui-ci pouvait poser à l'égard de l'action humanitaire d'urgence.

A l'issue de cette réunion, j'ai été conduit à rédiger un projet de résolution rassemblant les idées développées par les uns et les autres. Ce texte, après quelques modifications en cours de séance, devait être adopté à l'unanimité par les congressistes qui en saisirent le Premier Ministre -Jacques Chirac- à fin de le transmettre aux Nations Unies et de faire donner à ce texte toutes les suites possibles qu'il pourrait avoir.

Le processus enclenché, la démarche ne fut pas suivie d'effet pour de simples raisons de procédure. Peu de temps après le gouvernement changeait et Michel Rocard, devenu Premier Ministre, appelait Bernard Kouchner au Secrétariat d'Etat à l'Action Humanitaire, lequel m'appela à ses côtés en qualité de conseiller juridique. D'où une mission aux Nations Unies à New York pour relancer la proposition française. Pendant deux mois j'ai donc été amené à fréquenter ce temple de la souveraineté où les diplomates -défenseurs dans un système multilatéral des intérêts de leurs Etats- célèbrent continuellement les vertus.

Le projet de résolution présenté contient alors un certain nombre d'idées de nature à inquiéter le Souverain. Toute la négociation devait consister à le rassurer tout en lui disant qu'il ne fallait pas abuser de cette souveraineté sinon cela devient contraire à la morale. C'est le dialogue de l'éthique et du droit ou de l'éthique et de la souveraineté, de l'éthique et du pouvoir qui s'instaure alors.

Au bout de deux mois un texte de **compromis** -toujours de compromis aux Nations Unies (1) - était adopté le 8 Décembre 1988, sous un numéro désormais célèbre, la résolution 43-131.

Quel est le contenu de ce texte ?

A première lecture il apparaît assez banal comme contenant beaucoup de dispositions "cosmétiques" -pour employer le jargon onusien désignant l'ensemble des dispositions consacrées à la liturgie du rappel des grands principes-. Cependant quelques dispositions spécifiques restaient consacrées à notre sujet.

En réalité le texte contient alors quatre idées essentielles.

La première idée c'est la mise en exergue d'une exigence morale tournant autour de la notion d'urgence. Eminemment difficile à définir en droit interne et plus encore en droit international, la notion d'urgence est définie par le texte en termes quasiment biologiques et médicaux. L'urgence est la situation dans laquelle la vie ou la santé sont en péril immédiat. D'apparence banale pour un médecin, cette définition selon laquelle il y a des situations d'urgence dans lesquelles la vie et la santé des populations sont soumises à un péril

immédiat demeure essentielle pour l'articulation générale du texte. Dès lors, pour l'Assemblée Générale des Nations Unies il allait de soi que ces situations d'urgence impliquaient une riposte qui elle même devait être rapide. Si ce couple urgence/réponse rapide n'apporte rien de très nouveau pour des secouristes internationaux, cela est important car cela va servir de base au reste de l'articulation du texte.

La seconde idée de ce texte, tient dans la reconnaissance, par l'Assemblée Générale des Nations Unies, de la capacité des O.N.G à apporter dans les situations d'urgence la réponse rapide et souple attendue en cas de catastrophes naturelles et, dit le texte de la résolution, situations du même ordre. Cette seconde partie du texte est destinée à apaiser un certain nombre d'inquiétudes; d'abord celles des pays qui souhaitent exclure les catastrophes politiques et ensuite celles des pays qui voulaient les inclure. La souplesse de la formule autorise chacun à interpréter dans le sens qui lui convient.

La troisième idée : le principe fondamental du libre accès aux victimes; point qui fut le fruit d'une négociation âpre et longue. Ce principe "révolutionnaire" du libre accès aux victimes ne devait cependant pas conduire à un n'importe quoi et n'importe comment.

D'où l'idée d'un verrouillage du libre accès aux victimes: celui de ne pouvoir y recourir que lorsque la situation ne permettait pas de procéder autrement.

La quatrième et dernière idée essentielle de la résolution 43-131 c'est l'introduction du **principe de subsidiarité** au paragraphe 2. Bien connu des juristes, notamment de droit communautaire, ce principe consiste à dire qu'en cas de catastrophe le rôle premier en matière de secours appartient à l'Etat territorialement compétent. Ce ne sera qu'en cas d'impossibilité pour cet Etat de faire face à la situation que l'action internationale sera déclenchée et qu'alors le principe du libre accès aux victimes s'ouvrira. Par conséquent, en application de ce principe de subsidiarité l'action extérieure ne vient qu'en second lorsque l'Etat territorialement compétent est défaillant, soit qu'il n'ait pas pu agir, soit qu'il ne l'ait pas voulu.

Cette mission terminée et rendant compte au ministre de l'adoption de ce texte par consensus, le tremblement de terre d'Arménie allait donner à cette très récente résolution 43-131 l'occasion d'une application immédiate. A cet égard le caractère exemplaire de l'opération internationale organisée dans ce contexte sera souligné - accès sans visa, autorisations de survol orales y compris pour les appareils militaires- dans le rapport de l'U.N.D.R.O (bureau des Nations Unies chargé de la coordination des secours en cas de catastrophes.

Il ne fallait pas cependant déduire de cet exemple que la résolution 43-131 avait acquis un caractère obligatoire. D'abord parce que les résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies ne sont pas, en elles-mêmes, de nature obligatoire, à la différence des résolutions du Conseil de



Sécurité, ensuite parce qu'elle ne faisait que signifier un changement dans l'éthique, dans la morale internationale, dans l'attitude des gouvernements à l'égard de l'action humanitaire transfrontières consacrée par un texte et une pratique qui s'enclanchaient.

Toutefois cette notion de libre accès demeure une source d'inquiétude pour les gouvernements, les diplomates, les juristes qui restent attachés au principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats. Même si ce principe ne concerne que les relations de gouvernement à gouvernement ou celles des organisations internationales à gouvernement, il ne concerne pas les O.N.G. Le principe de non-ingérence reste donc très fort, d'où la nécessité de concilier le principe de libre accès aux victimes avec la souveraineté des Etats et le principe de non-ingérence qui demeure, et pour longtemps, irréductible.

Alors, comment concilier ces deux exigences contradictoires ?

C'est dans ce contexte que j'ai proposé d'essayer de transposer, de manière très prudente, à l'action humanitaire quelque chose qui existe dans le droit international de la mer : le droit de passage inoffensif, disposition codifiée par les articles 17 et 18 de la Convention de Montego Bay de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

Le droit de passage inoffensif dans la mer territoriale s'exerce dans une zone qui est soumise à la souveraineté de l'Etat. L'article 18 de la Convention de Montego Bay prévoit, dans les modalités de ce passage inoffensif, le droit pour les navires étrangers de traverser la mer territoriale et d'y mouiller, notamment, pour porter secours à des navires, à des aéronefs, et surtout aux personnes en péril ou en détresse.

Cela signifie que le droit international de la mer, en face d'un impératif humanitaire, détourne, en quelque sorte, la question de l'atteinte à la souveraineté de l'Etat dans sa mer territoriale par un aménagement de l'exercice de celle-ci

Au terme d'une procédure complexe résultant de la mise en oeuvre de la précédente résolution, la France a donc été conduite à proposer ce que j'ai appelé les "couloirs d'urgence humanitaire".

De quoi s'agit-il ? c'est un droit de passage inoffensif sur le territoire de l'Etat étranger. Ce droit s'exerce subsidiairement lorsque l'Etat victime n'a pu porter secours aux sinistrés et dans des conditions très précises d'espace, de temps, d'objet, de déontologie : celle de l'action humanitaire qui repose sur le double principe de non-discrimination et d'impartialité. C'est à dessein que l'on ne dit pas neutralité, car cette notion est purement passive.

L'adoption, le 14 Décembre 1990, de la résolution 45-100 par l'Assemblée Générale des Nations Unies va poser le principe de la mise en oeuvre des couloirs d'urgence.

Les événements vont, une fois encore, donner l'occasion d'une mise en application de ces dispositions nouvelles. D'abord au sud du Soudan où l'on s'était aperçu de

l'impossibilité de porter secours aux populations locales, encerclées dans une guérilla, sans passer par des pays voisins. Grâce à un consortium constitué de la Croix Rouge, du Haut Commissariat aux Réfugiés, du Gouvernement français, notamment, la première réalisation de couloirs d'urgence eu lieu sous le nom d'opération de "Life line".

La seconde opération de ce type a eu lieu au Kurdistan lors de la guerre du Golfe.

A cet égard, la succession des textes à inspiration éthique, que je viens de décrire, s'avère tout à fait intéressante. Il faut se souvenir en effet que lors de la guerre du Golfe le Conseil de Sécurité a pris un certain nombre de résolutions dont deux sont, du point de vue humanitaire, tout à fait notables.

Ce sont les résolutions 688 et 706 du Conseil de Sécurité. Pour le juriste, la source à son importance puisque le Conseil de Sécurité a compétence pour adopter des textes obligatoires. Or, en vertu de l'article 25 de la Charte de Nations Unies les Etats adhérents s'engagent à respecter les décisions du Conseil de Sécurité.

Dans la résolution 688, du 5 Avril 1991, le conseil de Sécurité justifie d'abord de sa compétence en rappelant que les violations des droits de l'homme qui ont eu lieu au nord de l'Irak, en pays Kurde, portent atteinte à la paix; d'où sa compétence pour intervenir. Ensuite la résolution indique que l'Irak doit accorder un libre accès aux victimes de ses mauvais traitements.

Cette résolution d'origine française pose donc le principe du libre accès aux victimes en faveur des organisations humanitaires internationales, c'est à dire que vocation à intervenir est donné tant aux organisations intergouvernementales qu'aux organisations non-gouvernementales.

Cette disposition va se traduire sur le terrain par des opérations qui seront d'abord conduites sous l'égide des gouvernements pour être ensuite relayées par les Nations Unies consécutivement à la signature d'un mémorandum d'accord par Saddrudin Aga Khan représentant du Secrétaire Général qui avait été mandaté par la résolution 688. Mémorandum signé le 18 Avril 1991 avec le ministre de Affaires Etrangères d'Irak aux termes duquel :

- 1) seraient ouverts des corridors humanitaires au nord de l'Irak afin de permettre aux réfugiés, qui avaient fui vers la Turquie, de revenir dans des conditions sûres et de recevoir l'aide humanitaire nécessaire.

- 2) Ces routes "bleues" seraient ponctuées de relais humanitaires, installations fixes d'accueil des populations, destinés à permettre, non seulement aux victimes de revenir, mais aussi aux sauveteurs d'accéder aux victimes.

- 3) Il est prévu qu'à l'intérieur des relais humanitaires et le long des routes bleues il y aurait des "gardes bleus", force de maintien de l'ordre à l'intérieur de la communauté des réfugiés, mais aussi observateurs du bon déroulement des opérations de secours. Gardes bleus à ne pas confondre avec les casques bleus qui constituent une force d'interposition.



Le troisième et dernier exemple d'application connu de corridors humanitaires est la Yougoslavie. La France et l'Unicef ont pu mettre en place des couloirs au nord à Osijek, en Bosnie-Herzégovine à Sarajevo et sur l'adriatique à Dubrovnik où les navires utilisent encore aujourd'hui ce dispositif.

Voici donc pour ce qui est de la mise en place des corridors humanitaires; en l'état rien n'autorise à affirmer qu'une pratique est instaurée, reste qu'un début de commencement de pratique a eu lieu.

Sur le plan de l'action humanitaire, un dernier texte mérite, me semble-t-il, un moment d'attention, c'est la résolution 706 du Conseil de Sécurité, en date du 15 Août 1991.

Ce texte est intéressant au regard de la notion d'ingérence. Il permet, en effet, de prélever sur le montant des ventes de pétrole, qu'effectueraient l'Irak sous embargo, une partie du prix pour le verser sur un compte séquestre sur lequel le Secrétaire Général de Nations Unies serait autorisé à prélever les fonds nécessaires à l'aide humanitaire aux populations civiles. Tous les éléments caractéristiques de l'ingérence dans les affaires intérieures se trouvent ici réunies.

Sans aller jusqu'à conclure, comme on l'a fait un peu rapidement, à l'existence d'un droit d'ingérence humanitaire, du moins peut-on dire aujourd'hui que le droit international a changé.

En réalité je crois qu'il faut être très prudent et se garder de tout triomphalisme. Car si on se livre à une analyse de technique juridique pure, on constate que s'il y a bien des textes obligatoires du Conseil de Sécurité ceux-ci restent liés à une situation conflictuelle particulière, il n'est pas dit que le Conseil adoptera demain dans d'autres conflits des textes de même nature. Demeure que s'est développé depuis quelques années une pratique constante, ou du moins de plus en plus généralisée, une opinion éthique internationale selon laquelle les victimes constituent, en quelque sorte, un patrimoine commun de l'humanité. Il n'est pas possible, à mon avis, d'en déduire l'existence d'une coutume qui serait le résultat d'une "opinio juris" et de pratiques concordantes établissant un droit d'urgence humanitaire.

A l'inverse, je ne pense pas que l'on puisse dire qu'il ne se passe rien. Parce que s'il n'y a pas coutume, cela commence à y ressembler. Si tout ces textes ne constituent pas du droit positif, ils commencent à en emprunter la forme. A cet égard, on discute déjà aux Nations Unies de l'élaboration d'un code de conduite de l'action humanitaire. Dans le long processus normatif des Nations Unies tel que nous le connaissons, en matière de droits de l'homme notamment, il y a toujours eu, au départ, des textes assez généraux suivis de codes de conduite et, parfois, de textes conventionnels ou des règles coutumières qui sont du droit positif au même titre que le droit conventionnel.

Par conséquent il me semble qu'aujourd'hui l'on ne soit plus tout à fait dans le vide qui caractérisait la fin des

années 80; des progrès substantiels ont eu lieu, la pratique et l'intérêt des Etats pour l'action humanitaire débouche nécessairement sur des règles juridiques ou des dispositions administratives.

Pour montrer l'intérêt que les Etats portent à la chose humanitaire je terminerai sur deux réalisations en ce domaine.

La première, strictement franco-française, a été la création dans l'administration du Quai d'Orsay de **deux institutions spécifiques** et durables. J'évoque, d'abord, la **cellule d'urgence** capable de répondre de manière permanente à une situation d'urgence dans n'importe quel point de la planète; parallèlement le Secrétaire d'Etat dispose d'un fonds d'urgence humanitaire. Ensuite, je pense à la création des **attachés humanitaires**; création qui suscite de la part des pays étrangers un très vif intérêt. De quoi s'agit-il ? c'est en fait un diplomate en poste dans une ambassade qui se charge bénévolement des fonctions d'attaché humanitaire. Sa mission est d'abord d'information : recensement des risques locaux, des moyens de réponse locaux en cas de catastrophe, des interlocuteurs locaux utiles et mobilisables immédiatement. Le second volet de sa mission est d'être, en cas de survenance d'un sinistre, le représentant permanent de l'action humanitaire sur place, le lien entre Paris et les autorités

locales. Cet aspect de la mission implique un rôle d'évaluation quantitatif et qualitatif déterminant qui justifie une formation spécifique des attachés

La seconde, qui interesse le plan administratif international, c'est l'adoption, il y a quelques jours, d'une nouvelle résolution de l'Assemblée Générale des nations Unies relativement à la coordination de l'aide humanitaire. Au delà de l'aspect administratif d'un texte tendant à gérer des problèmes d'intendance, on décèle le signe de l'intérêt que la communauté internationale porte à l'action humanitaire.

Il y a lieu, pour terminer, de mentionner une dernière disposition administrative internationale émanant des Communautés Européennes. Celles-ci sont en train de se doter d'une Agence Humanitaire Européenne rattachée directement à la Commission. L'ensemble de ce mécanisme, au financement spécifique et autonome sera opérationnel dans quelques mois.

En définitive, grâce à la passion éthique, morale des O.N.G, grâce au rôle considérable joué par la presse, tant de manière positive que finalement négative lorsque l'on pense aux évènements de Roumanie, les idées ont avancé.



\* \*  
\*

**P.S : Postérieurement au prononcé de cette conférence, le Conseil de Sécurité de l'O.N.U a adopté une nouvelle résolution, à l'initiative de la France, qui confirme les principes posés. C'est la résolution 733 du 23 Janvier 1992 à propos de la Somalie. Elle exige que les parties au conflit facilitent les secours aux populations qui en ont besoin.**

#### NOTE 1

Négociation et compromis constituent le mode caractéristique de fonctionnement des Institutions Internationales et plus généralement une manière de régir les relations internationales, c'est ce que l'on appelle le "bargaining system international".

L'utilité des résolutions de l'Assemblée Générale des Nations-Unies -à caractère non-obligatoire- ne réside pas dans la valeur de titre juridique de ces textes; en réalité, la force des résolutions, à l'égard des Etats qui les adoptent, résulte du simple fait qu'elles sont un produit du "bargaining system", c'est à dire le résultat d'une discussion au cours de laquelle chacun s'est battu pour en infléchir le contenu.

Par un mouvement dialectique, la résolution, en tant que produit d'une discussion, va nourrir l'argumentation en faveur d'un nouveau compromis.

**LE CRIME CONTRE L'HUMANITE**

PIERRE TRUCHE



Quelle est donc cette humanité qui peut être la victime d'un crime ?

Les trois acceptions du mot ont contribué à brouiller la définition de l'infraction.

Si, d'abord, l'humanité est un sentiment qui exprime bonté, sensibilité, bienveillance, compassion, tout crime - sauf peut être l'euthanasie - la lèse. Le traité franco-anglo-américano-soviétique du 8 août 1945 qui, pour la première fois au monde, en créant le Tribunal militaire international qui siégera à Nuremberg, incrimine le crime contre l'humanité ne vise-t-il pas tout acte "inhumain" ? Mais dire que "les nazis avaient seulement manqué de gentillesse" c'est "assurément l'euphémisme du siècle", selon l'expression d'Hannah ARENDT.

Mais l'humanité c'est aussi le genre humain, les hommes en général, le nom collectif de l'ensemble qu'ils forment, la communauté des nations. Quoi d'étonnant alors que l'Organisation des Nations Unies comme le Conseil de l'Europe aient élaboré des Conventions relatives au crime contre l'humanité et que l'O.N.U., dans une résolution du 3 décembre 1973 développant une recommandation du 13 février 1946, ait posé les principes de la coopération internationale pour le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des auteurs de ces faits auxquels le droit d'asile territorial est refusé. Chaque Etat connaît ses propres infractions contre la "chose publique" (sûreté de l'Etat, paix publique...) mais ici le crime concerne l'ensemble des Etats, quel que soit leur régime.

L'humanité, c'est encore la nature humaine, l'essence de l'homme, ce qui fait qu'il est un homme. Le crime alors atteint l'homme à deux degrés, d'abord dans son corps, sa vie (il est assassiné, exterminé) ou sa liberté (il est déporté, réduit en esclavage) mais également dans sa dignité d'homme qui le fait le semblable des autres hommes.

Apparu seulement au milieu du XXème siècle, le concept juridique de crime contre l'humanité fut évidemment la conséquence des crimes nazis et de ceux commis par les responsables japonais qui furent, eux, jugés à Tokyo par le Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient, créé par une déclaration du 19 janvier 1946.

Depuis lors, historiens, sociologues, philosophes, juristes, politiques tous concernés puisqu'il s'agit d'analyser le passé, d'en tirer les leçons et de prévenir par la loi le retour de tels crimes, multiplient les études sans que l'on puisse affirmer avoir atteint le point où l'accord se fait sur une définition incontestable du crime contre l'humanité.

Si l'on considère que de tels crimes ont traversé l'histoire, y compris après la fin de la seconde guerre mondiale, le temps presse pour faire avancer la réflexion et la traduire dans des lois claires et incontestées.

Le passé récent sera notre premier guide pour tenter de préciser les traits essentiels du crime, tels qu'ils sont apparus au cours de la guerre 1939-1945.

Sont incontestablement crimes contre l'humanité ceux commis contre les juifs et les tziganes.

Les écrits sont bien plus nombreux qui concernent les premiers ; c'est donc à eux que je me référerai pour l'analyse.

\*

\* \*

Le texte de 1945 incrimine comme actes inhumains, au premier chef, l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation.



Les juifs furent arrachés à leur milieu de vie, à leur famille, à leur travail pour être déportés dans des camps situés principalement en Europe de l'Est où, comme il fut convenu à la conférence de Wannsee en janvier 1942, ils devaient être mis au travail "avec l'encadrement voulu et des méthodes appropriées" de telle sorte que "sans aucun doute une grande partie disparaîtra par décroissance naturelle" et qu'aux autres il faudra leur appliquer "un traitement approprié", d'où les exterminations qui s'ajoutaient aux assassinats commis aussitôt après les arrestations dans le pays d'origine.

Ce fut le sort de millions de juifs. Chacun d'eux fut d'abord atteint individuellement. Ce n'est pas le nombre qui fait le crime contre l'humanité même si l'indignation qu'il a déclenchée est à l'origine de l'élaboration du texte, conséquence des protestations de gouvernements alliés les 13 janvier et 18 décembre 1942 et de la déclaration de Moscou du 12 novembre 1943 émanant de ROOSEVELT, STALINE et CHURCHILL. Il faut donc aller chercher ailleurs la raison pour laquelle il a paru indispensable de dépasser les qualifications de droit commun.

Le vocabulaire va fournir une clef. “

Au fil des pages, HITLER a écrit dans MEIN KAMPF "le juif est un ver dans le corps pourrissant, c'est une pestilence pire que la peste d'autrefois, un porteur de bacille de la pire espèce, l'éternel schizomycète de l'humanité, le fainéant qui s'infiltré dans le ventre de l'humanité, l'araignée qui suce lentement le sang du peuple à travers ses pores, une bande de rats qui se battent au sang, le parasite dans le corps des autres peuples, le type même du parasite, c'est un pique-assiette qui prolifère comme un bacille nuisible, l'éternelle sangsue, le vampire des peuples" Eberhard JÄCKEL qui rapporte cette énumération remarque que la plupart de ces expressions proviennent de la parasitologie. Le juif est réduit au monde animal ; de plus c'est le sang qui est attaqué, c'est à dire la race, au sens nazi du terme.

Selon une circulaire de 1938 " les tziganes constituent des parasites au sein de notre peuple et ne sauraient qu'y produire des dommages immenses".

Le résultat est conforme à l'annonce.

Écoutons Primo LEVI dire Auschwitz.

"Là, en effet, il ne s'agit plus seulement de mort, mais d'une foule de détails maniaques et symboliques, visant tous à prouver que les juifs, les tziganes et les slaves ne sont que bétail, boue, ordure. Qu'on pense à l'opération de tatouage d'Auschwitz par laquelle on marquait les hommes comme des boeufs, aux voyages dans des wagons à bestiaux qu'on n'ouvrait jamais afin d'obliger les déportés (hommes, femmes et enfants !) à rester des jours entiers au milieu de leurs propres excréments, au numéro matricule à la place du nom, au fait qu'on ne distribuait pas de cuillère (alors que les entrepôts d'Auschwitz, à la libération, en contenaient des quintaux), les prisonniers étant censés laper leur soupe comme des chiens ; qu'on pense enfin à l'exploitation infâme des cadavres, traités comme une quelconque matière première propre à fournir l'or des dents, les cheveux pour en faire du tissu, les cendres pour servir d'engrais, aux hommes et aux femmes ravalés au rang de cobayes sur lesquels on expérimentait des médicaments avant de les supprimer".

Ces deux textes montrent de façon saisissante la caractéristique première du crime contre l'humanité : la victime n'est pas un homme, elle n'appartient pas à l'espèce humaine. C'est là "une sinistre nouvelle" comme le dit Primo LEVI. C'est "le combat à mort entre la race aryenne et le bacille juif" promis par GOEBBELS.

De plus, "le triomphe des S.S. exige que la victime torturée se laisse menée à la potence sans protester, qu'elle se renie et s'abandonne au point de cesser d'affirmer son identité"



constatait David ROUSSET. Mais Primo LEVI apprend d'un ex-sergent de l'armée austro-hongroise cette leçon qu'il a retenue pour toujours : "Nous sommes des esclaves, certes, privés de tout droit, en but à toutes les humiliations, voire à une mort presque certaine, mais il nous reste encore une ressource et nous devons la défendre avec acharnement parce que c'est la dernière : refuser notre consentement".

Bien sûr le violeur aussi, en atteignant sa victime dans son corps en la considérant comme un objet, l'atteint également dans sa dignité et sa liberté. Il faut donc aller plus loin dans l'analyse pour rechercher ce qui du côté de ses auteurs fonde la spécificité du crime contre l'humanité:

"Peut-être que ce qui s'est passé ne peut pas être compris et même ne doit pas être compris (souligné dans le texte) dans la mesure où comprendre c'est presque justifier. En effet "comprendre" la décision ou la conduite de quelqu'un, cela veut dire (et c'est aussi le sens étymologique du mot) les mettre en soi, mettre en soi celui qui en est responsable, se mettre à sa place, s'identifier à lui. Eh bien, aucun être normal ne pourra jamais s'identifier à HITLER, à HIMMLER, à GOEBBELS, à EICHMANN, à tant d'autres encore".

Cet avertissement de Primo LEVI, s'il incite à la prudence, ne saurait dispenser de rechercher ce qui a conduit tant les responsables que les exécutants à cette négation de l'homme.

Le nazisme est une doctrine philosophique, non un parti, une doctrine, précise HITLER qui "ne peut sauvegarder son unité et son uniformité que si elle est fixée par écrit et une fois pour toutes". "Les partis politiques sont enclins à des compromissions, les doctrines philosophiques jamais. Les partis politiques composent même avec leurs adversaires, les doctrines philosophiques se proclament infaillibles... Tandis que le programme d'un simple parti politique n'est qu'une recette pour

l'issue favorable des prochaines élections, le programme d'une doctrine philosophique a la valeur d'une déclaration de guerre contre l'ordre établi, contre un état de chose existant, contre une conception pratique de l'existence. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que chacun de ceux qui combattent pour la doctrine soit complètement mis au courant ni qu'il connaisse exactement chacune des pensées du chef du mouvement. L'essentiel est qu'il soit clairement instruit de quelques principes fondamentaux, peu nombreux mais très importants".

C'est cette doctrine qui va justifier que des hommes ne doivent pas être considérés comme des hommes.

On sait ce que cette philosophie doit au darwinisme social pour lequel "la société étant un organisme soumis aux mêmes lois que les organismes vivants, la réalité humaine n'est plus qu'une lutte incessante dont l'issue naturelle est la survie du plus apte". Au nom d'une "morale sélectionniste" VACHER DE LAPOUGE énonçait que "l'homme perdant son privilège d'être à part, à l'image de Dieu, n'a pas plus de droit que tout autre mammifère. L'idée même de droit est une fiction. Il n'y a que des forces... Il n'y a pas de droit contre la force, car le droit n'est que l'état créé par la force et qu'elle maintient, latente. Tous les hommes sont frères, tous les animaux sont frères, mais être frères n'est pas de nature à empêcher qu'on se mange". Pour lui rien ne peut effacer la prédestination d'une race. Les luttes de classe sont en fait des luttes de races.

Lorsque HITLER, dans Mein Kampf, emploie exceptionnellement le mot humanité c'est pour l'écarter "Toute question de politique étrangère ne peut être considérée d'aucun autre point de vue que de celui-ci : telle solution sera-t-elle avantageuse pour notre peuple, actuellement ou dans l'avenir, ou lui causera-t-elle quelque dommage ?... On doit éliminer impitoyablement toutes considérations de politique de partis, de religion, d'humanité, bref toutes les autres considérations quelles qu'elles soient".



Arno MAYER remarque "qu'en dépit de son particularisme et de ses ambitions très peu célestes, le nazisme avait tous les caractères d'une religion" : canon des dogmes institutionnalisés dans un mouvement hiérarchisé, autorité stricte du Führer, uniformes avec emblèmes des initiés, cérémonies cultuelles parfois dans des sanctuaires et lieux sacrés pour la communauté des fidèles, rites plus secrets pour les vrais croyants, symboles, incantations, hymnes et sermons.

Le crime contre l'humanité est donc la négation de l'humanité chez des membres d'un groupe d'hommes en application d'une doctrine. Ce n'est pas un crime d'homme à homme mais la mise à exécution d'un programme arrêté, d'un plan concerté pour écarter des hommes de la communauté des hommes.

Autrement dit, selon la Cour de Cassation dans son arrêt du 20 décembre 1985, c'est agir "de façon systématique ... au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique" : il faut une idéologie, c'est à dire un système constituant une doctrine philosophique et conditionnant les comportements, une idéologie ayant pour fondement et objectif une hégémonie, soit la suprématie d'un groupe sur un autre, et traduite dans une politique.

Faute de ce dernier élément, on resterait dans le domaine des idées, celui du darwinisme social ou de NIETZSCHE lorsqu'il écrit "l'importance d'un "progrès" se mesure même à la masse des sacrifices qui doivent lui être faits ; l'humanité dans sa masse, sacrifiée à la prospérité d'une seule espèce d'homme plus forte, voilà qui serait un progrès".

Or le nazisme, accédant au pouvoir est passé du conditionnel au présent mettant en pratique ses idées et obtenant le concours d'exécutants. Et ce dans un Etat où la loi écrite sanctionnait l'assassinat. Comment expliquer alors que des millions de personnes ont pu être exterminées impunément par des hommes qui tombaient sous le coup de la loi ? Comment comprendre

cette hiérarchie des normes qui place la doctrine d'Etat au dessus de la loi ? HITLER encore : "Quand la race est en danger d'être opprimée ou même éliminée, la question de la légalité ne joue plus qu'un rôle secondaire".

L'exécutant endoctriné avait certes retenu que sa victime n'était pas un homme, qu'il lui était inférieur. Mais un autre article primordial de la doctrine, réglait ce problème de la hiérarchie des normes : le Führerprinzip, le principe du chef, qui dominait de la manière la plus absolue l'organisation interne du parti. Tout chef avait le droit de gouverner, d'administrer ou de prendre des décisions sans être soumis à un contrôle de quelque sorte qu'il fût.

EICHMANN pouvait dire "les paroles du Führer avaient force de loi."

Pour l'exécutant "Befehl ist Befehl", l'ordre c'est l'ordre.

Mais c'est celui-ci - et non ses chefs - qui sera au contact physique de la victime.

Ecoutons encore Primo LEVI rapportant son interrogatoire à Auschwitz par le Doktor PANWITZ chargé de vérifier ses connaissances en chimie. "Car son regard ne fut pas celui d'un homme à un autre homme ; et si je pouvais expliquer à fond la nature de ce regard, échangé comme à travers la vitre d'un aquarium entre deux êtres appartenant à deux mondes différents, j'aurais expliqué du même coup l'essence de la grande folie du Troisième Reich".

Primo LEVI sait qu'il a en face de lui un homme mais l'autre non.

Pour arriver à ce résultat, le langage a un rôle. Il n'est pas question de nommer assassinat un assassinat, ni



extermination, la "solution finale". Les termes sont codés, le chiffre étant réservé aux initiés, ce qui a un double but : écarter les protestations extérieures, rassurer les exécutants tout en renforçant leur sentiment d'appartenir à un groupe d'initiés, une élite qui détient le pouvoir.

La "normalité" de la situation apparaît encore dans sa bureaucratisation. Raul HILBERG a décrit comment les frais de transfert en wagons à bestiaux des déportés étrangers furent réglés par les autorités ou la communauté juive du pays d'origine sur la base du tarif 3ème classe avec réduction pour les enfants et prix de groupe à partir de 400.

Enfin, tout est fait pour séparer bourreaux et victimes. Ainsi, les kapos n'appartenant pas au cercle d'initiés pour faire respecter la discipline dans les camps. D'où aussi, les efforts pour donner la mort sans voir la victime. Il y a sans doute un lien entre HIMMLER, "au bord de l'évanouissement, blême, flageolant sur ses jambes" alors qu'il assistait en août 1941 à l'exécution d'une centaine de juifs non loin de Minsk et la mise en place de chambres à gaz baptisées "douches" où la mort survient hors la vue du bourreau. "

"Ce que les gazages apportent de neuf, c'est l'anonymat des bourreaux face à l'anonymat des victimes et, en dernière analyse, leur INNOCENCE" constate Pierre VIDAL-NAQUET.

Hannah ARENDT relève dans la plaidoirie de Maître SERVATIUS pour EICHMANN qu'il dit de la mort par le gaz que "c'était un acte médical puisque des médecins l'avaient mis au point. C'était un procédé destiné à tuer ; tuer est aussi un procédé médical".

Au milieu des combats d'une violence inouïe de la seconde guerre mondiale qui vit le nombre des victimes civiles supérieur à celui des combattants morts, il y avait donc place pour une médicalisation de la mort pour, en quelque sorte, la

faire admettre comme naturelle.

C'est "la terrible, l'indicible, l'impensable banalité du mal" dans laquelle "il est impossible à l'exécutant de savoir ou de sentir qu'il fait le mal" écrit Hannah ARENDT, ou encore "dans le Troisième Reich, le mal avait perdu cet attribut par lequel on le reconnaît généralement : celui de la tentation".

Le génocide devient anonyme, selon le mot de M. DUBOST, Procureur adjoint à Nuremberg.

Combien de temps faut-il à une personne ordinaire pour vaincre sa répugnance innée du crime ? interroge Hannah ARENDT

Le S.S. a prêté à Adolf HITLER serment de fidélité, de vaillance et d'obéissance jusqu'à la mort. GOEBBELS attend de ses hommes qu'ils soient "surhumainement inhumains" et en cela ils resteront "corrects".

Comment s'étonner alors qu'EICHMANN, lorsque arrive la fin de la guerre confesse : "je pressentais qu'il me faudrait vivre une vie individuelle, difficile, sans chefs ; que je ne recevrai plus d'ordre, que je n'en donnerais plus, que je n'aurais plus d'ordonnance à consulter - bref que je devrais mener une vie jusque là inconnue de moi".

Mais gardons nous de ce qui serait la pire des perversions dans le crime contre l'humanité : il y aurait deux groupes, celui des victimes privées de leur dignité d'homme et celui des exécutants anonymes obéissant aux ordres, dépersonnalisés.

Le traité du 6 août 1945 a fait justice de toute tentative d'assimilation.

D'une part, le Tribunal de Nuremberg fut autorisé à déclarer criminelles un certain nombre d'organisations, ce qu'il



fit pour le corps des chefs du parti nazi, la gestapo et le S.D., les S.S. ; cela entraînait pour les autorités signataires de l'accord le droit de poursuivre tout membre du groupe.

D'autre part, était posée la règle que l'obéissance aux instructions ne dégageait pas la responsabilité et ne pouvait être considérée, si la justice l'exigeait et sauf pour les hauts fonctionnaires, que comme un motif de diminution de peine.

L'essence du crime contre l'humanité apparaît donc, lors de la seconde guerre mondiale, comme l'affirmation doctrinale par un groupe dominant que les membres d'un autre groupe lui sont inférieurs et que, comme tels, ils peuvent impunément être persécutés, asservis, exterminés.

Mais on est pas arrivé à la solution finale tout de suite. De la rédaction de MEIN KANFF en 1924 à la conférence de Wannsee en 1942 les étapes se succédèrent. L'exemple de la France est éclairant.

Lors du procès de Philippe PETAIN, qui se déroulait au moment de la signature du traité créant les crimes contre l'humanité, il n'a été que rarement question des lois raciales signées par le Chef de l'Etat. Dans l'arrêt de condamnation on indique sobrement à charge "que la France adoptait bientôt une législation raciale calquée sur celle de l'Allemagne" alors que l'on sait incontestablement maintenant que notre pays, par des lois qui ne lui étaient pas imposées par l'occupant, a créé pour une catégorie de ses citoyens - les juifs qui n'avaient commis aucune infraction - un statut de seconde zone leur interdisent, à peine de sanctions pénales, d'occuper "certaines fonctions sociales, d'autorité, de gestion, de formation des consciences" puis restreignant la libre disposition des biens, le tout accompagné de mesures de police : déclaration en préfecture, création de l'Union générale des Israélites de France pour les encadrer, recensement des juifs entrés en France depuis le 1er janvier 1936, annulation des décrets ayant changé les noms,

assignation à résidence des juifs étrangers, apposition du mot juif sur les cartes d'identité et d'alimentation.

Il y avait là incontestablement des persécutions.

Leur gravité ne peut être contestée car c'est parce qu'ils avaient été marqués et parqués que les juifs ont pu être traqués.

Les hommes ne sont plus "libres et égaux en droit" ; un n'est plus égal à un. Dans un premier temps, ces hommes sont considérés comme inférieurs à un ; ils sont privés de l'exercice des droits fondamentaux. Puis l'évolution conduit à les réduire à zéro : ce ne sont plus des hommes et donc leur extermination ne saurait être un assassinat. Ces crimes initiaux - des attentats à la liberté au sens de l'article 114 du Code Pénal français - sont-ils pour autant des crimes contre l'humanité lorsqu'ils sont perpétrés au nom d'une doctrine d'Etat et visent à faire d'un groupe d'hommes des hommes inférieurs à un, qui ne sont pas les semblables de ceux qui les dominent? Le risque pourrait être de banaliser le crime mais ne serait-ce pas de bonne politique criminologique d'incriminer la première étape du crime, celle qui crée la discrimination ? Car déjà les hommes ne sont plus égaux. Et non seulement leur liberté est réduite mais ils sont atteints dans leur dignité, seul droit reconnu internationalement qui ne doit souffrir aucune restriction, comme l'a montré Mireille DELMAS-MARTY.

Le droit international apporte une réponse. L'ONU par sa convention du 30 novembre 1973 range l'apartheid dans les crimes contre l'humanité :

Dans ce texte on trouve d'abord des faits de génocide mais également des mesures tendant à la persécution et à la ségrégation.

Il s'agit alors d'empêcher un groupe de participer à



la vie politique, sociale, économique ou culturelle du pays, ou de créer des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe, ou encore de prendre des mesures visant à diviser la population selon des critères raciaux.

Les droits politiques sont énumérés très largement ce qui explique que cette convention n'ait pas été ratifiée par la France. La généralité et le flou des situations visées ne sauraient, en effet, être retenues pour caractériser le crime contre l'humanité qui, selon les termes employés par la Convention du 26 novembre 1968, doit rester un des crimes "les plus graves". Si par exemple, le refus du droit de former un syndicat ou de choisir sa résidence fait obstacle au plein développement des membres d'un groupe, ce n'est pas pour autant que celui qui impose ces règles commet un crime contre l'humanité.

Quel degré de persécutions les fait basculer dans le crime contre l'humanité ?

Remarquons d'abord que le traité du 8 août 1945 vise expressément les persécutions sans autrement les définir que par les motifs qui les inspirent et qui doivent être politiques, raciaux ou religieux.

Le premier caractère de la persécution est la stigmatisation du groupe visé. La ségrégation est publique ; elle s'impose aux victimes comme au reste de la population dont on attend qu'il adhère à la doctrine et contribue efficacement à l'isolement de l'autre, de celui qui est différent, dans le sens d'inférieur. Nulle compassion n'est permise.

Ensuite la persécution doit installer les victimes dans une vie précaire. Le présent est rétréci, l'avenir fermé. La persécution se traduit par une privation des droits fondamentaux. Limité dans l'espace par les frontières du ghetto, isolé des autres, le groupe n'est autorisé à pratiquer qu'un nombre limité

de tâches principalement matérielles. La privation d'un seul droit ne saurait suffire. Il faut un ensemble efficace destiné à rendre inoffensifs les membres du groupe.

Pour cela, enfin, la persécution ne laisse de choix à ses victimes qu'à se soumettre, ou subir des sanctions rigoureuses.

En définitive, les persécutions, qui sont en droit commun des atteintes à la liberté, deviennent des crimes contre l'humanité lorsque, pratiquées par idéologie, elles conduisent les membres du groupe stigmatisé, dont la dignité est niée, à une vie précaire de non-citoyens et de sous-hommes.

Chemin faisant, on commence à voir apparaître, à la fois, l'impossibilité de ranger dans une catégorie unique les actes constitutifs du crime contre l'humanité mais aussi leur dénominateur commun :

Le crime de lèse-humanité relève du sacrilège, comme le relève Mireille DELMAS-MARTY pour qui l'humanité est "une pluralité d'êtres uniques" à l'égard desquels deux principes s'imposent : la singularité et l'égale appartenance à la communauté humaine de chaque homme.

\*

\* \* \*

Si les crimes nazis ont provoqué la naissance de l'incrimination de crime contre l'humanité encore faut-il, pour en approfondir la portée, rechercher s'il s'agit là d'une situation sans précédents, sans analogies et sans développements prévisibles. Le martyre de millions de juifs est-il un moment unique de l'histoire du monde ?



La notion juridique n'a pas surgi brusquement en 1945.

Déjà à l'issue du premier conflit mondial une "Commission des Quinze" avait été chargée de préparer la comparution en justice de ceux qui pouvaient être retenus "comme auteur de la guerre et comme ayant commis pendant cette guerre des délits en violation des lois de la guerre et de celles de l'humanité".

Les travaux demeurèrent sur le terrain des violations des lois et coutumes de la guerre.

De même, le 18 mai 1915 les gouvernements de France, de la Grande-Bretagne et de la Russie faisaient "savoir publiquement à la Sublime Porte qu'ils tiendront personnellement responsables des crimes de la Turquie (contre l'humanité et la civilisation) tous les membres du gouvernement ottoman ainsi que ceux de ses agents qui se trouvaient impliqués dans de pareils massacres".

Quant aux crimes eux-mêmes, Arno MAYER cite comme précédents la première croisade (1095-1099) et les bains de sang atteignant les musulmans à Jérusalem et les juifs sur le chemin, la croisade contre les albigeois notamment en 1209 et la guerre de trente ans (1618-1648) qui vit s'opposer catholiques et protestants dans un climat de crise et de guerre généralisées.

Comment ne pas évoquer également les conséquences de la découverte de l'Amérique : les massacres d'indiens et la déportation en vue de l'esclavage des noirs à l'Afrique ?

Bartolomé de LAS CASAS écrit en 1552 au Prince des Asturies pour qu'il intervienne auprès de l'Empereur Charles-Quint, son père, "les espagnols, oubliant qu'ils étaient hommes, ont traité ces innocentes créatures avec une cruauté digne des loups, des tigres et des lions affamés. Ils n'ont cessé depuis quarante deux ans de les poursuivre, de les opprimer, de les

détruire avec tous les moyens déjà inventés par la méchanceté humaine, et par d'autres que ces tyrans sont parvenus à imaginer".

"On est arrivé à ces affreux résultats (quinze millions de victimes hommes, femmes et enfants selon ses estimations) de deux manières : l'une a été de poursuivre des guerres aussi cruelles qu'injustes ; l'autre de maltraiter les naturels après la conquête, et de faire mourir les seigneurs du pays, les caciques et les hommes adultes, jeunes et robustes, pendant qu'on exerçait sur le reste des habitants une oppression si dure et si barbare qu'elle eût été insupportable même pour les brutes". Il évoque par exemple, le travail forcé meurtrier dans les mines. C'était déjà la recherche de l'espace vital et de ses richesses (le Lebensraum des nazis).

Les motifs de ces actes conduisaient déjà à nier l'humanité des victimes. "On dit encore - rapporte LAS CASAS - que les indiens sont des bêtes déraisonnables, indignes du nom d'hommes, incapables d'instruction, et à peine en état d'être employés comme des animaux." "Les espagnols les ont calomniés en leur imputant plusieurs crimes énormes, inconnus même chez les juifs, et qui, n'ayant été commis que très rarement, ne peuvent être imputés avec justice à des peuplades, encore moins à des nations entières. Le premier de ces crimes est la sodomie ... Le second crime est de se nourrir de chair humaine ... De plus, ils sont idolâtres".

Quant à l'esclavage des noirs, pratiqué dès 1525, il fut légalisé en France par le Code noir qui, après avoir ordonné dans son article 1er de "chasser hors de nos îles tous les juifs" et interdit dans son article 2 "tout exercice public d'une religion autre que la catholique" règlemente le régime auquel sont soumis les esclaves quant à leur mariage et concubinage, leur inhumation, leurs allées et venues, leur nourriture, leur habillement, leur incapacité à acquérir une propriété, leur incapacité juridique, leur responsabilité pénale, leur fuite, les



sanctions corporelles que peuvent infliger les maîtres."

L'article 44 ("Déclarons les esclaves être meubles...") fait de l'esclave une marchandise. Et pas besoin ici de clandestinité et de langage codé, comme sous le nazisme : le texte est officiel et public.

Contemporain et allié du nazisme, le totalitarisme japonais, sûr de sa supériorité raciale, et pour étendre son empire à tout l'extrême orient s'est également engagé dans des guerres d'agression accompagnées d'assassinats, de réduction en esclavage, de traitements inhumains visant les populations civiles des territoires conquis.

La Charte du Tribunal Militaire International pour l'extrême orient, approuvée le 19 janvier 1946 par le commandant en chef suprême pour les puissances alliées, le général Mac Arthur, vise également dans son article 5 c les crimes contre l'humanité. Après plus de deux années de procès à TOKYO, 25 condamnations dont 7 à la peine capitale furent prononcées le 12 novembre 1948. Sept autres nations se sont jointes aux quatre présentes à NUREMBERG : la Chine, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Inde, les Philippines, le Canada, les Pays-Bas. Les juges représentaient plus de la moitié des habitants de la Terre, comme le rappelle le réquisitoire.

Passée la seconde guerre mondiale qui pourrait affirmer que toute trace de crime contre l'humanité a disparu de la surface de la terre, qu'il n'y a plus eu de génocide ?

Et que ne sont pas apparus des agissements nouveaux pouvant être qualifiés de crimes contre l'humanité?

Ainsi, pour prévenir le renouvellement d'agissements criminels qu'a connus l'Amérique Latine, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies met en chantier un projet de déclaration qualifiant d'infraction de l'ordre du crime contre

l'humanité la pratique systématique des disparitions forcées, effectuée, autorisée ou tolérée par un gouvernement. Le projet de code pénal français en cours d'examen vise également cette situation.

Mais ne nous contentons pas de projeter le passé dans l'avenir car comme le dit Claude LOMBERS, "l'horreur, l'inimaginable n'a pas de droit pénal". Il n'est pas possible d'imaginer aujourd'hui ce que sera demain et que les lois ne sauraient prévenir pas plus que les gouvernements du monde entier n'avaient su, à partir de MEIN KAMPF, envisager les camps d'extermination.

Qui dira aujourd'hui à quelles dérives atteignant la singularité de l'homme peuvent conduire les découvertes génétiques ?

On doit au nazisme la réalisation sur une grande échelle d'une politique d'eugénisme négatif avec la stérilisation des tziganes, l'euthanasie des malades incurables qui sous le code T4 devait faire des dizaines de milliers de victimes entre octobre 1940 et août 1941, les expérimentations médicales et l'extermination dans les camps.

Mais l'évolution de la génétique pourrait conduire plus loin : implantation d'embryons ayant fait l'objet d'une expérimentation lors de la fécondation in vitro, reproduction d'individus à l'identique (clonage), croisement entre espèces (hybridation), reproduction sans fécondation à partir d'un seul patrimoine génétique (parthénogénèse).

Les manipulations génétiques peuvent avoir une fin thérapeutique mais aussi demain créer des chimères, des monstres sur-hommes ou sous-hommes pour servir d'esclaves. La "pérénité de l'espèce humaine", selon la formule de Noëlle LENOIR ne serait plus assurée.



Pour Edgar MORIN "Comme l'avenir est incertain, il peut naître dans le prochain siècle un nouveau totalitarisme, dont je ne saurais imaginer les formes, qui saura s'appuyer sur des possibilités manipulatoires sans précédent". Il ne s'agira plus alors de ces deux totalitarismes morts dont nous avons la chance qu'ils se "fondaient sur une science bidon : pour le nazisme, la biologie raciale ; pour le marxisme, la science marxiste-léniniste".

L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 1982 énonce dans une résolution que "les droits à la vie et à la dignité humaine... impliquent le droit d'hériter de caractéristiques génétiques n'ayant subi aucune mutation". C'est le droit à la diversité, à la différence.

S'il devait y être porté atteinte, en exécution d'un plan concerté, ce serait demain une nouvelle forme de crime contre l'humanité.

\*

\*            \*

Ayant relu le passé lointain ou récent et tenté d'explorer l'avenir on discerne ce qui singularise le crime contre l'humanité des autres crimes : il est commis systématiquement en application d'une idéologie refusant par la contrainte à un groupe d'hommes le droit de vivre sa différence, qu'elle soit originelle ou acquise, atteignant par la même la dignité de chacun de ses membres et ce qui est de l'essence du genre humain.

Traitée sans humanité, comme dans tout crime, la victime se voit en plus contestée dans sa nature humaine et rejetée de la communauté des hommes.

Cette singularité du crime entraîne-t'elle une singularité du droit ?

Rappelons d'abord que l'apparition en droit de la notion de crime contre l'humanité est postérieure aux faits qu'elle entend réprimer de telle sorte que l'on a pu parler de rétroactivité d'une loi pénale d'incrimination. D'où les réticences à Nuremberg comme à Tokyo pour retenir cette notion nouvelle, étant observé que les faits poursuivis tombaient lors de leur commission, sous le coup de la loi pénale de droit commun. Il s'agissait d'assassinats, d'empoisonnements, d'enlèvements de mineurs, de séquestrations en violation des droits et coutumes de la guerre.

L'ajout de la qualification de crime contre l'humanité a une double conséquence, d'abord symboliquement de donner aux faits une dimension internationale, ensuite de les soumettre à un régime particulier de procédure.

En droit français, dans un arrêt TOUVIER du 6 février 1975, la Cour de Cassation a posé le principe que le crime contre l'humanité est un crime de droit commun, principe réaffirmé le 29 novembre 1988. Il est donc jugé selon la procédure ordinaire par une Cour d'Assises.

Une seule disposition lui confère un régime particulier : il est imprescriptible c'est-à-dire que ses auteurs peuvent être poursuivis jusqu'au dernier jour de leur vie.

Pourquoi ?

Le temps d'abord, ne s'accompagne pas du dépérissement des preuves. Certes, le cas des nazis poursuivis rappelle qu'on ne peut généralement pas escompter des aveux ; de plus, les victimes qui peuvent encore témoigner sont peu nombreuses. Mais s'agissant de crimes commis en exécution d'un plan concerté l'essentiel des preuves est fourni par l'analyse des documents qui, avec le temps, loin de disparaître, peuvent être complétés et mieux compris.



Le temps, ensuite, n'a pas éteint le scandale, et aussi l'indignation.

L'oubli ne parvient pas à s'établir. On peut même constater que la mémoire se transmet dans les générations ; ainsi le vingtième siècle a vu les descendants des esclaves noirs, des indiens, des arméniens rechercher l'officialisation des crimes dont leurs ancêtres ont été les victimes. Il ne s'agit plus de jugement mais de reconnaître que leur dignité d'homme a été niée. Du vivant des auteurs des crimes, le jugement a cette fonction même si, comme le rappelle Hannah ARENDT, le tribunal a un "unique devoir" : prononcer un verdict contre l'accusé. Pour les victimes, comme le dit Claude LOMBOIS, il y a "le malheur qui coupe une vie en deux, la césure qui fait que jusqu'à la mort, il y aura dans l'histoire individuelle de la victime, un "avant" et un "après".... L'authentification par jugement reconnaît la personne en ce qu'elle est maintenant : mutilée". Les victimes ne pouvant oublier, l'oubli n'est pas permis aux criminels.

D'autant plus, enfin, que le temps - l'exemple nazi le prouve - n'incite pas les responsables à la contrition. Qui a adhéré de tout son être à une philosophie en garde à vie l'empreinte. L'arrogance d'une telle attitude justifie la poursuite, même longtemps après les faits.

D'où l'imprescriptibilité : que jamais le souvenir d'un tel crime ne s'efface ! Mais cela suppose qu'on puisse le poursuivre même longtemps après les faits.

Or le moment où l'on sera en mesure de juger un crime contre l'humanité peut être éloigné du temps de sa commission. Ce sera le cas - qui n'est pas d'école - des dirigeants restés au pouvoir longtemps après le génocide qu'ils ont perpétré. Il n'y a eu de jugement à NUREMBERG et TOKYO que parce qu'allemands et japonais ont été vaincus sur le champ de bataille, d'où la tentation de dire que seule la loi du vainqueur est prise en considération. L'innovation était la création d'une juridiction

internationale mais les juges étaient ceux des seules nations victorieuses.

Faut-il aller plus loin et prévoir, sous l'égide des Nations Unies, une juridiction internationale permanente habilitée à instruire et juger les crimes qui viennent de se commettre ?

La mise en oeuvre se heurte à de grandes difficultés: abandon de souveraineté par les Etats, définition commune des crimes, procédure, recherche des preuves, choix des sanctions et régime de leur exécution, voies de recours. Sans oublier qu'à Tokyo, comme l'indique dans une opinion dissidente le juge français, M. BERNARD, il n'y a pas eu de délibéré en commun mais seulement discussion sur un projet de jugement rédigé à part par sept juges. La question est cependant d'actualité. Le 25 octobre 1982, la France avait proposé sans succès à la Conférence des Ministres des Communautés Européennes la création d'une Cour pénale européenne dans un cadre particulier : le jugement des crimes les plus graves en cas de refus d'extradition. L'association internationale de droit pénal élabore un projet attribuant à un tribunal international une large compétence qui va du génocide au faux-monnayage et à l'atteinte aux câbles sous-marins.

Le 8ème Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des délinquants (août, septembre 1990) s'est emparé du sujet.

En France la Commission Nationale consultative des droits de l'homme a adopté le 4 juillet 1991 un avis proposant au gouvernement de prendre toute initiative en vue de la création d'une Cour pénale internationale compétente pour juger les crimes contre la paix, de guerre et contre l'humanité.



"L'établissement d'un nouvel ordre mondial fondé en particulier sur le respect des droits de l'homme" justifie, pour la commission, cette création.

N'est-il pas illogique de juger localement ce qui atteint tous les hommes? Et si l'on veut prévenir de tels crimes ne le fera-t-on pas plus efficacement en intervenant rapidement?

Même en prenant comme règle l'imprescriptibilité n'est-il pas anormal d'attendre pour juger qu'une guerre extérieure ou intérieure ait entraîné la déchéance des dirigeants coupables?

C'est de l'évolution de la coopération internationale que dépend la solution du problème. Il faudrait passer d'un devoir d'assistance à un groupe en danger qui n'est pas unanimement admis à un droit d'ingérence et de sanction.

Les Nations Unies ont franchi un premier pas avec la résolution du 3 décembre 1973 posant les principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. "Il faut par des "mesures nationales et internationales indispensables" "faire cesser et prévenir" de tels crimes. Les Etats se prêtent leur concours en vue du "dépistage, de l'arrestation et de la mise en jugement", ils coopèrent pour "tout ce qui touche à l'extradition" ainsi que pour "la collecte des renseignements". Ils n'accordent pas l'asile à ceux qui sont soupçonnés.

Les Etats du monde doivent donc participer activement à l'instruction de l'affaire mais c'est, actuellement, la justice d'un seul de ces Etats qui jugera selon les lois internes.

Le vingtième siècle qui a vu naître la notion juridique de crime contre l'humanité, verra t-il l'évolution conduite à son terme par l'instauration d'une juridiction internationale? On ne peut que l'espérer.

\* \* \*

Mais, pour arriver à un accord international, encore faut-il que l'on s'entende sur la définition du crime.

L'équivoque s'est installée dès NUREMBERG.

Selon le mot de DONNEDIEU de VABRES, le juge français, "entrée par la petite porte ... enfermée dans les plus étroites limites" la qualification de crime contre l'humanité s'est "volatilisée dans le jugement". C'est que l'article 6c du traité prévoyait expressément que les actes constitutifs d'un tel crime devaient avoir été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal ou en liaison avec le crime (contre la paix et de guerre).

Dans le jugement, seules deux pages (contre vingt huit pour les crimes de guerre) étaient consacrées aux crimes contre l'humanité. Point de définition mais cette affirmation : "Depuis le déclenchement des hostilités, on a vu se commettre sur une vaste échelle des actes présentant le double caractère de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. D'autres actes, également postérieurs au début de la guerre et visés par l'acte d'accusation ne sont pas à proprement parler des crimes de guerre. Mais le fait qu'ils furent perpétrés à la suite d'une guerre d'agression ou en rapport avec celle-ci permet de voir en eux des crimes contre l'humanité".

Ne furent condamnés que pour crimes contre l'humanité VON SCHIRACH, Gauleiter de Vienne, pour avoir déporté des juifs connaissant le sort qui leur était réservé et STREICHER pour avoir incité à l'élimination des juifs dans le Sturmer.



La confusion a été encore plus grande à TOKYO. Ici des opinions divergentes furent exprimées sur divers points par quatre juges dont le juge français M. BERNARD qui ne s'est pas associé à la sentence. L'acte d'accusation met en avant le complot d'un petit nombre d'hommes qui "ont déclaré la guerre à l'humanité" et traité "volontairement des êtres humains comme s'il s'était agi de bétail ou de pièces d'un échiquier" mais il n'est question que de violation des droits et coutumes de la guerre. L'essentiel est de condamner ces guerres d'agression : "Une autre guerre signifiera indiscutablement la destruction de la civilisation...Le développement de l'art de détruire a atteint un degré tel que le monde ne peut attendre des discussions sur des futilités légales". Relatant les meurtres, des marches de la mort sans nourriture, eau et repos suffisants, des travaux forcés pour la construction d'un chemin de fer, des tortures physiques par l'eau, le feu, l'électricité, la pendaison, ou morales, des vivisections et du cannibalisme. Le jugement utilise le mot "inhumanities" et se réfère aux "principes généraux de droit qui existent indépendamment des conventions qui ne font que réaffirmer des droits préexistants". Pas plus qu'à NUREMBERG la notion de crime contre l'humanité n'a une existence autonome.

La même confusion persiste en France.

Dans notre pays, comme à NUREMBERG, les crimes de guerre ont d'abord absorbé le crime contre l'humanité puisque dans la France libérée, les poursuites tant contre les allemands que les français collaborateurs se firent en application d'une ordonnance du 28 août 1944 antérieure donc au Traité du 6 août 1945.

Le temps passant, le problème va s'inverser. En effet la loi française du 26 décembre 1964 a constaté l'imprescriptibilité des seuls crimes contre l'humanité. Remarquons au passage que si les parlementaires ont été unanimes pour voter le texte, la définition du crime varie avec les orateurs.

Si l'on veut donc aujourd'hui poursuivre des acteurs de la dernière guerre il faut prouver à leur charge des crimes contre l'humanité et non des crimes de guerre qui sont eux prescrits.

Il s'agit là d'une distinction que ne connaissent pas les anglo-saxons, ni d'ailleurs le droit international.

En effet, la Convention des Nations Unies du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité - non ratifiée par la France - dispose que les deux sortes de crime connaissent le même régime. Une solution analogue est prévue par la Convention Européenne du 25 janvier 1974 que notre pays n'a pas davantage ratifiée.

Le débat s'est ouvert en France à l'occasion de l'instruction du procès de Klaus BARBIE. Fallait-il considérer comme crime contre l'humanité, à la fois, le cas de l'enfant qui ne savait pas encore ce que c'est que d'être juif mais qui, parce qu'il était né dans cette religion, avait été déporté à Auschwitz où il avait trouvé la mort dès son arrivée, et celui du résistant qui avait choisi la lutte armée contre l'occupant et en avait accepté les risques mais qui, arrêté, avait été déporté dans un camp de concentration pour y être soumis à un esclavage inhumain et souvent y trouver la mort?

Si l'incrimination de crime contre l'humanité s'appliquait incontestablement à l'enfant, comme à ses parents qui ne s'étaient jamais soulevés contre l'occupant, parce qu'ils appartenaient à la "population civile" comme l'exige l'article 6c du traité, le cas du résistant revendiquant le statut de combattant, ne relevait-il pas de l'article 6b incriminant comme crime de guerre l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ?



La Cour de Cassation en a jugé autrement le 20 décembre 1985 ; pour elle les actes inhumains dont les résistants avaient été les victimes en camp de concentration caractérisent le crime contre l'humanité, la forme de leur opposition à la politique d'hégémonie idéologique n'étant pas à prendre en compte.

Cette solution est loin de faire l'unanimité. André FROSSARD comme Alain FINKIELKRAUT l'ont condamnée. Celui-là a une belle formule : dans le crime contre l'humanité on veut atteindre un homme "sous le prétexte qu'il est né".

Les juristes n'estiment pas la question tranchée. Claude LOMBOIS note, entre autres, que l'exigence que les victimes soient des populations civiles a été "totalement escamotée". Michel MASSE a pu parler de "l'insoutenable légèreté de la notion".

La confusion naît de l'imprescriptibilité. Il faut nécessairement qualifier crime contre l'humanité ce que l'on veut poursuivre tardivement faisant perdre alors au terme sa puissance évocatrice. Il faut se méfier de la force magique des mots car la tentation est grande alors de les utiliser abusivement pour accentuer la gravité d'une situation (un responsable d'association ne parlait-il pas récemment du génocide des hémophiles contaminés lors de transfusions sanguines ? D'autres veulent qualifier ainsi un acte terroriste).

Pour en sortir, il faudrait affirmer qu'il n'y a pas qu'un crime qui soit imprescriptible. La France a certes eu raison de ne pas ratifier la Convention déclarant imprescriptibles les crimes de guerre car la violation des lois de la guerre par un groupe de combattants isolés dans un contexte violent mais en opposition avec les ordres reçus, devrait pouvoir être couverte par la prescription mais la politique du commandement prescrivant la réduction en esclavage ou l'extermination des adversaires capturés est une infraction qui devrait être imprescriptible, sans être pour autant qualifiée de

crimes contre l'humanité.

L'assemblée des Nations Unies range le génocide dans une catégorie plus large : les crimes du "droit des gens". Ce sont de tels crimes qui doivent être déclarés imprescriptibles.

“

Le crime contre l'humanité est un crime de droit des gens mais ce n'est pas le seul. C'est dans ce cadre général qu'il trouve sa véritable nature faute de quoi, en se diluant, il perd de sa force.

Mais comment faire entrer dans un texte sans l'affaiblir ou le diluer le crime contre l'humanité ?

Il y a eu deux démarches l'une internationale, l'autre nationale avec le projet de nouveau code pénal en discussion devant le Parlement. Mais toutes deux ont en commun la méthode : il s'agit d'énumérer des situations et des les classer dans des sous-ensembles (génocide, apartheid...)

Tantôt le droit est vague (tout "acte inhumain", "persécutions" selon l'accord de Londres) tantôt il est précis mais l'énumération est trop large (l'apartheid). Certaines situations sont acceptées par des pays et refusées par d'autres (apartheid).

Par strates successives, le droit réagit aux situations passées (nazisme - disparitions en Amérique Latine...) pour dresser un catalogue des faits les plus graves sans que l'on puisse affirmer que la liste est désormais complète. Aucune allusion n'est faite aux manipulations génétiques.

Lorsqu'il s'agit de caractériser le groupe dans lequel les victimes sont nées ou auxquelles elles ont ultérieurement adhéré, les textes - qui ne sont pas toujours en harmonie - visent sa nature nationale, ethnique, raciale, religieuse, philosophique, politique. Or certains termes sont susceptibles



d'interprétations plus ou moins large ; la référence à la race n'a pas de valeur scientifique, disent les généticiens, mais demeure dans la loi car, chargée d'histoire, elle conserve un sens très fort dans l'imaginaire collectif. Les lois nazies de Nuremberg ne définissaient-elles pas déjà le juif par sa religion et non son appartenance à une race ?

La lisibilité des textes tant nationaux qu'internationaux qui traitent du crime contre l'humanité n'est donc pas évidente. L'origine anglo-saxonne du premier texte y est sans doute pour quelque chose mais surtout l'intérêt protégé ne se laisse pas définir aisément.

Or, le plus important n'est pas de prévoir un inventaire des manifestations du crime contre l'humanité comme le font les traités et les lois, car l'imprévisible, l'inimaginable peuvent se produire, mais de cerner ce qu'est sa nature qui se laisse difficilement enfermer dans une définition générale.

Les atrocités de la guerre 1939-1945 ont eu pour conséquence directe, le 10 décembre 1948, la proclamation par l'assemblée générale des Nations Unies de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui affirme dans son article 1er "tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits".

Ces deux mots, d'une part, les droits seuls visés dans la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, et, d'autre part, la dignité sont à la source de deux conceptions différentes du crime.

L'une, se référant à l'humanité définie comme genre humain, veut incriminer tous les dirigeants qui, au mépris de leurs devoirs, systématiquement exterminent ou réduisent à l'impuissance leurs adversaires intérieurs ou extérieurs en cas

d'occupation. Ils ne contestent pas la qualité d'hommes à leurs opposants mais entendent les neutraliser par tous les moyens possibles, y compris les plus extrêmes. Cette conception prévaut dans les délibérations internationales actuelles lorsque, par exemple, il s'agit de retenir comme infraction "de l'ordre" du crime contre l'humanité les disparitions forcées. C'est aussi l'interprétation de la Cour de Cassation.

L'autre définit l'humanité comme l'essence de l'homme et le crime n'apparaît que lorsque sa dignité - valeur la plus absolue - est niée. Ce qui ne signifie pas que les autres crimes des Etats ne doivent pas être déclarés imprescriptibles mais sous une autre qualification, celle de "crimes de guerre civile".

Cela ne veut pas davantage signifier que l'aspect universel est négligé :

Refuser le droit à l'existence à des groupes humains entiers "bouleverse la conscience humaine, implique de grandes pertes à l'humanité", qui se trouve ainsi privée des apports culturels ou autres de ces groupes, et est contraire à la loi morale ainsi qu'à l'esprit et aux fins des Nations Unies comme le déclarait le 11 décembre 1946 l'Assemblée Générale de l'Organisation.

"L'extermination de groupes ethniques entiers, juifs, polonais, ou tziganes constituait plus qu'un crime contre le peuple juif, le peuple polonais, le peuple tzigane... l'ordre international et l'humanité toute entière s'en trouvent gravement atteints et menacés". (Hannah ARENDT).

Mais, de surcroît, on se trouve alors au cœur du mystère de l'homme.

Pour des gouvernants, dire d'un homme qu'en raison de son classement dans un groupe déterminé il n'est qu'un objet dont on peut devenir le propriétaire, ou qu'il est un sous-homme privé



de ses droits fondamentaux de citoyens et réduit à une vie précaire sans avenir ou, enfin, qu'il n'appartient pas à l'espèce humaine et peut être impunément exterminé, constitue une profanation de cet homme, un sacrilège - comme le dit Mireille DELMAS-MARTY -, un crime contre l'humanité.

Cette recherche de ce qui constitue la dignité de l'homme ne saurait être l'apanage des seuls juristes mais ceux-ci seront-ils en mesure de traduire dans des textes ce formidable enjeu ?

\*\*\*\*\*

## REFERENCES

Claire AMBROSELI - L'éthique médicale - P.U.F. 1988

Hannah ARENDT - EICHMANN à Jérusalem - Gallimard 1966

Colloque de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales

"L'Allemagne nazie et le génocide juif"

Gallimard le Seuil 1985

notamment :

Raul HILBERG Le bilan démographique du génocide

Eberhard JÄCKEL L'élimination des juifs dans le programme  
de HITLER

Zeev STERNHELL Anthropologie et politique : les avatars  
du darwinisme social au tournant du siècle

Mireille DELMAS-MARTY 26ème congrès de l'association  
française de criminologie - Lyon 12-  
13 octobre 1990

Alain FINKIELKRAUT La mémoire vaine du crime contre  
l'humanité - Gallimard 1989

André FROSSARD Le crime contre l'humanité  
R. Laffont 1987

Bartolomé de LAS CASAS Deux mémoires dans "la conquête de la  
Nouvelle Espagne"  
Rencontre-Lausanne 1962

Noëlle LENOIR Aux frontières de la vie = pour une  
démarche française en matière d'éthique  
biomédicale 1991.

Primo LEVI Si c'est un homme  
Julliard 1987

Claude LOMBOIS Un crime international en droit positif  
français - Mélanges Vitu - Cujas 1989



Michel MASSE	Les crimes contre l'humanité - Revue Actes, septembre 1989 et 26ème Congrès de l'association française de criminologie Lyon 12 - 13 octobre 1990
Arno MAYER	La "Solution Finale" dans l'histoire - La Découverte 1990
Edgar MORIN	Le Monde du 26 novembre 1991
David ROUSSET	Les jours de notre mort - Editions du, Pavois 1947
Louis SALA-MOLINS	Le code noir ou le calvaire de Canaan PUF 1987
Pierre VIDAL-NAQUET	Préface à l'ouvrage d'Arno MAYER

## TEXTES

### - Article 6c du statut du Tribunal Militaire International (accord de Londres du 8 août 1945)

"Les crimes contre l'humanité : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux, ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime".

### - Article 5c de la Charte du Tribunal Militaire International pour l'Extrême-Orient (19 janvier 1946)

Même définition sauf : meurtre remplace assassinat et le motif religieux des persécutions disparaît.

### - Article 2 de la Convention des Nations-Unies sur le génocide du 9 décembre 1948.

"Dans la présente convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe



c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle

d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe

e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

**- Article 7a de la Convention supplémentaire des Nations Unies sur l'esclavage (7 septembre 1946)**

"L'esclavage, tel qu'il est défini dans la convention de 1926 est l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exerce les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux et l'esclave est l'individu qui a ce statut ou cette condition."

**- Article 2 de la Convention sur l'apartheid du 30 novembre 1973**

"Aux fins de la présente convention, l'expression crime d'apartheid, qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe, désigne les actes inhumains indiqués ci-après, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci :

a) Refuser à un membre ou à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux le droit à la vie et à la liberté de la personne :

i) En otant la vie à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux.

ii) En portant gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la liberté ou à la dignité des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, ou en les soumettant à la torture ou à des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants ;

iii) En arrêtant arbitrairement et en emprisonnant illégalement les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux ;

b) Imposer délibérément à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux des conditions de vie destinées à entraîner leur destruction physique totale ou partielle.

c) Prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique ou culturelle du pays et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe ou des groupes considérés, en particulier en privant les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux des libertés et des droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit du travail, le droit de former des syndicats reconnus, le droit à l'éducation, le droit de quitter son pays et d'y revenir, le droit à une nationalité, le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, le droit à la liberté d'opinion et d'expression, et le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques.

d) Prendre des mesures y compris des mesures législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en interdisant les mariages entre personnes appartenant à des groupes raciaux



différents, et en expropriant les biens - fonds appartenant à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux ou à des membres de ces groupes.

e) Exploiter le travail des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en particulier en les soumettant au travail forcé.

f) Persécuter des organisations ou des personnes, en les privant des libertés et droits fondamentaux, parce qu'elles s'opposent à l'apartheid.

**- Arrêt de la Cour de Cassation du 6 février 1975**

Les crimes contre l'humanité "sont des crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit".

**- Arrêt de la Cour de Cassation du 20 décembre 1985**

"Constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité, au sens de l'article 6c du Statut du Tribunal Militaire International de NUREMBERG, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 - alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre selon l'article 6 b de ce texte - les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition".

**- Projet de nouveau code pénal**

Texte adopté en deuxième lecture au Sénat et en cours d'examen à l'Assemblée Nationale.

"Livre II - Des crimes et délits contre les personnes

Titre I - Des crimes contre l'humanité

Article 211-1- Le génocide est constitué par l'un quelconque des actes énumérés ci-après, commis dans l'intention de détruire en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- atteinte volontaire à la vie
- atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique
- soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe
- mesures visant à entraver les naissances
- Tranfert forcé d'enfants

Le génocide est puni de la réclusion criminelle à perpétuité...

Article 221-2 - La déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirés par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées à l'encontre d'un groupe de population civile ou contre ceux qui combattaient ces actes et ces mobiles sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité".

\*\*\*\*\*



**LE MONDE COMME PATRIMOINE COMMUN**

**PIERRE BOURETZ**

# SEMINAIRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

20 JANVIER 1992

## "LE MONDE"

Synthèse :

### "LE MONDE COMME PATRIMOINE COMMUN"

Pierre BOURETZ

Les sources sur lesquelles je vais revenir aujourd'hui, pas directement en tant que telles mais au travers de thèmes que nous allons balayer, ont trait plus directement à la question de l'histoire. On pourrait résumer la manière dont elles s'articulent à cette problématique de l'histoire en disant que, selon qu'il s'agit de ce que nous ont dit Pierre Hassner, Pierre Truche, Mario Bettati ou Luc Ferry, il s'agissait, au fond, d'esquisser cette idée, ou d'essayer de poursuivre l'émergence d'une conscience universaliste du droit telle qu'elle trouve un certain nombre de manifestations dans une histoire récente, celle des cinquante dernières années.

Esquisse de l'émergence d'une conscience universaliste du droit, -premièrement par l'examen de l'hypothèse selon laquelle s'ébaucherait une sorte de nouvel ordre politique mondial régi par des règles nouvelles de coexistence entre les Nations; -deuxièmement, émergence d'une conscience universaliste du droit par le biais de l'interprétation donnée par Pierre Truche du sens que peut et doit avoir la recherche d'une notion de crime contre l'humanité et le projet de pouvoir juger des-dits crimes et, aussi émergence de cette conscience universelle du droit au travers de la manière dont Mario Bettati avait interrogé la problématique du droit d'assistance.

-émergence enfin d'une conscience universaliste du droit au travers de l'analyse de Pierre Hassner qui a esquissé ce qu'il a appelé la dialectique de la transformation du monde contemporain. Dialectique selon laquelle un nouveau monde s'inventerait mais probablement au travers de la décomposition d'un monde ancien.



Ce dont je partirais aujourd'hui et, ce que je voudrais faire apparaître c'est que, si émergence d'une conscience universelle du droit il y a dans le monde contemporain, cette émergence reste à tous égards problématique.

Problématique en premier lieu pour la raison qu'au travers des différents thèmes traités ici, cette émergence se fait par le biais d'une sorte de détermination négative de l'idée de droit universel.

Détermination négative de cette idée d'abord parce que c'est au travers de la guerre, de la catastrophe naturelle qu'est née parmi nous l'idée de la nécessité d'un devoir d'assistance aux victimes des catastrophes naturelles ou des guerres et, ce au prix de l'altération d'un certain nombre de principes familiers comme, par exemple, ceux de l'inviolabilité des frontières ou de la souveraineté absolue des Etats sur leurs populations.

Détermination négative de l'idée de droit en deuxième lieu quand il semble falloir -et c'est ce qui ressortait des travaux de Pierre Truche- que la barbarie atteigne un seuil absolument inouï, celui du projet impensable de l'extermination d'un peuple en tant que tel, dont ce 20 janvier est la date anniversaire de la conférence de Wannsee au cours de laquelle, en 1942, furent définies les conditions du projet.

Comme s'il fallait que la barbarie humaine atteigne un point impensable pour que puisse entrer dans nos catégories d'analyses et nos catégories juridiques l'idée utopiste que ce droit échappe à l'emprise des Etats, qu'au delà du sujet de droit tel qu'il est défini par l'appartenance à une communauté juridique donnée, une place soit faite à un sujet humain presque transcendant -serait-on tenté de dire- ou en tout cas transcendant les limitations d'espace, de frontières et de sang. Un sujet humain tellement brisé -comme le rappelait Pierre Truche à travers les analyses d'Anna Arendt et de Primo Levi- par le projet d'extermination que, au fond, la volonté ou le souci de juger les crimes contre l'humanité essaye plus de le préserver, d'en restaurer l'identité par le biais de la symbolique juridique, à défaut de pouvoir le faire autrement.

Détermination négative en troisième lieu de l'idée universaliste de droit en ce que c'est par le biais de la menace d'une destruction de la planète, par épuisement de ses richesses ou par altération profonde de ses équilibres écologiques que se fait jour l'exigence selon laquelle il faudrait prendre en compte -comme Luc Ferry l'a mis à jour en décryptant les logiques des discours écologiques dans leurs diverses formes- l'idée de l'homme à venir et la nécessité d'étendre la responsabilité que nous avons à l'égard des autres à la notion de générations futures. Générations futures auxquelles nous aurions à léguer un patrimoine qui est autre, qui est quelque chose de plus que celui que nous avons en commun au moment de notre existence. Mais patrimoine commun



dont il faudrait étendre les "frontières temporelles", au delà de notre propre existence, pour nos descendants.

Détermination négative enfin de cette idée de droit universel puisque c'est au travers d'une sorte de dialectique de l'ordre et du désordre, de la décomposition des empires et de la renaissance des Nations que se nourrissait -dans le discours de Pierre Hassner- l'idée d'un nouveau mode de coexistence entre Etats. Comme si ,là encore, seule la réalité d'une histoire qui, par une figure assez étrange, se fait en se défaisant pouvait donner prise à l'idée selon laquelle, peut-être un jour, la guerre pourrait ne plus être le tribunal unique de l'histoire des hommes.

Donc première série de remarques pour insister sur le caractère problématique de l'émergence de cette conscience universaliste du droit

Deuxième registre ou série de remarques, pour aller dans le même sens mais selon une autre approche, il me semble qu'au travers des différents thèmes traités ici est apparue une deuxième dimension à ce caractère problématique. Elle tiendrait au fait que la conscience d'une dimension universaliste du droit mettrait à jour, presque quelque chose comme, des antinomies internes au projet des modernes, celui des philosophes depuis environ deux siècles de notre histoire.

Le point sur lequel cela apparaît probablement le mieux, c'est la question de l'écologie. De l'analyse qu'a fait Luc Ferry du schéma commun qui se dégagait des différents discours écologistes, tout semble se passer comme si, s'agissant du rapport de l'homme à la nature, le souci actuel de préservation de l'environnement -celui de léguer aux générations futures une planète qui, non seulement, existe mais soit encore vivable pour nos successeurs- entraine en contradiction -jusqu'à un certain point et avec toute la gradation des intensités propres aux différents courants- avec le projet moderne conçu comme l'arrachement de l'homme à la détermination naturelle de son existence. Je veux dire par là que, depuis Descartes, le projet des Lumières pense la nature non pas au travers de l'idée d'une proximité, d'un milieu protecteur, familial, d'une sorte de cocon qui nous protège et nous aide à vivre mais, au contraire, d'une manière tendancielle, comme une problématique de l'arrachement et de l'émancipation.

Le projet des Lumières est dominé par la représentation du devenir humain de l'homme au travers de l'idée d'une capacité croissante à se rendre maître de la nature pour satisfaire ses besoins primitifs -se nourrir, se vêtir, se loger, bref survivre- et dans un degré plus élevé de civilisation pour assurer des besoins d'une autre nature ou secondaires sur le plan économique : la culture, les arts, les loisirs, le luxe, etc.

Au fond, aujourd'hui tout se passe comme si la problématique écologique -assez largement vécue comme un



sursaut, un réveil par rapport à une sorte d'endormissement de la conscience humaine- met ou veut mettre à jour, avec une intensité croissante selon que l'on va des environmentalistes à l'écologie radicale, une contradiction.

Contradiction qui s'exprime dans les termes suivants : à force de se prétendre et de se vouloir maître et possesseur de la nature -comme le disait Descartes- l'homme moderne finirait par traiter la nature comme une sorte de matériau humain, comme un matériau disponible, appropriable, manipulable à merci, c'est à dire comme une chose purement inerte. Et c'est là que la problématique écologiste devient militante. Parce que c'est ici que l'homme risque de se traiter lui-même comme une chose, qu'il risque d'être finalement maîtrisé par une technique, inventée pour manipuler la nature, qui se retournerait contre lui comme dans la fable de l'apprenti sorcier.

Premier point dans lequel cette idée selon laquelle la conscience d'une dimension universaliste du droit -de l'idée qu'il y a des problèmes et donc des règles qui doivent dépasser les frontières des Etats et les législations particulières propres aux différentes Nations- fait apparaître ou met le doigt sur ce qui pourrait être une contradiction entre deux composantes du projet de l'an dernier.

Bien qu'elle apparaisse de manière un petit peu moins visible et que son affleurement soit moins sensible, il me semble qu'une difficulté du même ordre pourrait se faire jour dans un autre registre qui est celui des catégories juridico-politiques de notre modernité.

Je veux dire que là encore, il se pourrait qu'au travers du parcours rapide que nous avons fait des événements contemporains, se mette en place ou se réveille quelque chose qui pourrait prendre la forme d'une contradiction entre différentes composantes du projet contenu dans le système des catégories courantes de notre vision juridique et politique du monde.

En bref, ce système repose largement sur l'idée qu'il est possible de transposer ou de translater, dans le registre des relations entre Etats en particulier, le principe d'autonomie découvert s'agissant du sujet humain individuel.

De même que la liberté du sujet humain consiste à pouvoir agir sans être déterminé par quelqu'un d'autre que soi-même, en respectant toutefois la même capacité chez autrui, l'autonomie des peuples s'accrocherait à la capacité de réaliser leur souveraineté sur un territoire donné en respectant la souveraineté des autres peuples sur leur territoire.

Selon une doctrine généralement attachée au nom du Président Wilson, qui l'avait formulée au lendemain de la première guerre mondiale, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes suffirait à définir le principe instituant des communautés politiques, -ce qui fait que légitimement un peuple peut se reconnaître comme peuple et avoir de la Communauté Internationale la reconnaissance d'une garantie de cette institution en tant que peuple- alors même que la



reconnaissance réciproque de souveraineté par les Etats serait un critère régulateur des relations entre les-dits Etats.

Le problème est que cet échafaudage conceptuel, qui a pour corollaire d'une part l'intangibilité des frontières et d'autre part une forme d'équivalence entre tous les types de régimes politiques, risque bien lui aussi d'entrer en contradiction avec les principes nécessaires pour accueillir l'idée -défendue ici par Mario Bettati- selon laquelle il y a une part de l'homme, différente de celle contenue au travers de l'idée de l'appartenance à la citoyenneté d'un Etat, qui est sollicitée lorsque, par exemple, est mis en place le principe ou l'exigence du secours aux victimes d'une guerre.

Pour le dire autrement, même tempérée par le principe de subsidiarité, comme l'a montré Mario Bettati, l'idée de l'assistance humanitaire suppose qu'il y a bien une part de l'humain dans l'homme qui échappe à la souveraineté de l'Etat.

De la même manière, même réservée à des actes méticuleusement qualifiés -et vous vous souvenez de la précision avec laquelle Pierre Truche a essayé d'effectuer cette qualification devant nous- la notion de crime contre l'humanité évoque nécessairement quelque chose qui est de l'ordre d'un partage du licite et de l'illicite, dépassant, excédant ce que la guerre autorise au nom de l'affirmation de la puissance souveraine des Etats et même, ce que la politique admet pour réaliser le projet de l'indépendance des Nations.

Bref, le principe de souveraineté qui vient au jour dans le sillage de l'affirmation du sujet humain pour penser l'identité des peuples et leurs modes de coexistence, deviendrait -à un certain point du raisonnement, mais aussi du processus historique- antinomique avec cet autre idéal qui est celui dû aux personnes, quelque soit le contexte, quelque soit la situation ou quelque soit les problèmes rencontrés.

En définitive, vous percevez qu'au terme de ce que je viens de dire jusqu'à présent -c'est à dire d'une part la mise à jour d'éventuelles structures antinomiques au sein des composantes du projet moderne et d'autre part le trouble qui peut-être associé au sentiment que l'idée universaliste du droit se déterminerait négativement- au travers de ces deux éléments il y a bien des traces, voire même des preuves du caractère hautement problématique de cette notion d'universalisme. Caractère problématique que j'avais rappelé lors de la séance inaugurale de ce séminaire.

Nous nous trouvons donc devant un problème dont les termes ne sont pas étrangers à ceux qui ont suivi le séminaire de l'an dernier dont "La Force du droit" rassemble le contenu de la discussion.

L'essentiel de notre propos avait été d'essayer de justifier philosophiquement l'idée d'un droit universel. Essai fondé sur un dialogue, le plus neutre, le plus maîtrisé possible, avec les grands auteurs de la tradition et les penseurs contemporains du droit.

Essai tendant à examiner cette idée selon laquelle il y a bien une composante qui est supérieure ou antérieure au droit positif des Etats. Essai tendant encore à penser ou à réfléchir sur ce que Paul Ricoeur appelle le "**trajet de la justification**" ou de la "**fondation**", c'est à dire ce trajet



qui, dans le raisonnement, part d'une idée à priori de l'homme et la découpe jusqu'à la perfection ou la construction de ce que devrait être l'humanité pour être conforme à cette idée à priori de l'homme.

Le problème qui nous est posé aujourd'hui -pour reprendre les catégories de Paul Ricoeur- c'est celui du "trajet inverse". C'est à dire celui qui va non plus d'une idée pure à la construction de l'échafaudage de ce qui découle de cette idée pure, mais le trajet de l'effectuation de cette idée, c'est à dire celui de l'inscription de cette idée dans l'histoire avec au fond cet éternel problème -et pardon de le reprendre en tant que tel y compris avec ce qu'il a d'éternel- qui est celui de l'articulation entre cette idée et la réalité et le problème de l'actualité, des conditions de possibilité de l'effectuation d'une telle idée.

Au fond deux thèses pourraient s'affronter, l'une de type hegelien consisterait à rendre l'hommage le plus appuyé à cette idée -saluons sa beauté, saluons le caractère de pureté absolue qu'elle peut avoir ou la beauté intellectuelle et esthétique qu'elle peut avoir- pour aussitôt la ranger dans l'accessoire.

Parce que dès qu'il s'agit de penser le réel on est confronté à ce que Hegel appelle, par opposition aux plaisanteries des philosophes, le sérieux de l'histoire.

Or ce sérieux de l'histoire c'est évidemment la dimension tragique de l'histoire qui à tout instant et à tous égards vient contrecarrer l'idée même d'une réalisation ou de l'effectuation de cette idée dans la trame controversée, brutale et violente de l'existence historique quotidienne des individus ou des peuples.

Je ne développerais pas cette première thèse, en revanche celle que je voudrais défendre -en m'appuyant une fois encore sur les discussions du matériau que forment les propos développés par les intervenants qui m'ont précédé- c'est que peut-être l'occasion nous est donnée aujourd'hui - au sens présent et par le caractère exceptionnellement riche de l'histoire que nous sommes en train de vivre- de saisir, au contraire de la thèse hegelienne, les chances de quelque chose comme le début d'actualisation de cette idée d'universalisme du droit.

Sans écarter les différentes objections déjà surgies ou ressurgies des différents terrains matériels qui, en définitive, continuent d'attester du caractère problématique de cette idée mais sans non plus céder à ce qui me paraît être -depuis le début- le projet de ce séminaire, c'est à dire le crédit accordé à l'idée même d'une philosophie du droit et du "créneau" qu'elle occupe parmi d'autres disciplines attachées au droit.

C'est à dire l'idée que la philosophie du droit cherche toujours à penser le monde tel qu'il est en référence à une idée du monde tel qu'il devrait être tout en gardant cette position philosophique, que j'avais essayé de dégager lors de la séance inaugurale au travers du dialogue recomposé entre Rousseau et Kant, qui consistait à se tenir à une "juste distance" entre les faits et les idées.



Juste distance qui d'un côté refusait l'attitude rousseauiste extrapolant les idées jusqu'à un point d'incandescence tel qu'au dernier moment on finit par désespérer de la finitude humaine et parce que le réel est irrémédiablement conforme à ce qu'il peut présenter comme son visage le pire, et d'autre part se tenir à juste distance des idées pour ne jamais oublier que dans l'affrontement -avec une posture ou une position philosophique- du visage du monde, il vaut mieux être armé d'une représentation de ce qu'il pourrait être différent de ce qu'il est dans la réalité de l'histoire.

Pour le dire autrement, pour aborder les antinomies de l'action historique -dont parlait Paul Ricoeur- il vaut mieux avoir le regard tourné vers une idée de l'humanité et donc poser la question suivante : le monde qui change devant nous jour après jour donne-t-il une actualité nouvelle à l'idée du monde comme patrimoine commun et aussi à l'idée du monde comme éventuel univers de paix entre les Nations ?

De ces deux hypothèses je ne traiterais réellement que cette seconde dimension ou perspective consacrée à la question d'aujourd'hui, c'est à dire celle des deux hypothèses qui est la plus directement confrontée à l'épreuve des faits.

Celle qui est le plus directement en prise sur la turbulence de l'histoire que nous vivons, c'est à dire pour reformuler la question : est-ce-que le Monde qui change devant nous donne quelque actualité à l'idée, formulée par les philosophes du XVIIIème siècle, d'un projet de paix entre les Nations, voire même, le projet de paix perpétuel tel que Kant pouvait l'esquisser.

Partons donc du fait qu'on ne peut difficilement nier que le Monde autour de nous change, qu'il change avec une rapidité dont il est probablement peu d'exemples dans l'histoire, c'est à dire dans le passé.

Comment nier que les deux dernières décennies aient apporté une somme assez considérable de relativement bonnes nouvelles.

Pour faire ce parcours très rapidement on relève qu'en vingt ans s'est opérée la transition relativement réussie à la démocratie d'un certain nombre de Nations qui, au coeur même de l'Europe -je pense à la Grèce, au Portugal et à l'Espagne-, subissaient encore des dictatures fascistes; que dans ce même temps s'est levée cette sorte de presque fatalité qui semblait vouer un certain nombre de pays d'Amérique Centrale et Latine à osciller entre des dictatures militaires et des régimes autoritaires de toutes formes, y compris populistes, sans que jamais la démocratie puisse être pour ces pays autre chose qu'une expérience épisodique purement transitoire.

Que dans cette même période, dans une temporalité encore plus restreinte, celle des deux années écoulées, s'est opéré l'abandon sous pression internationale -et j'insiste sur le terme- de l'apartheid en Afrique du Sud; que c'est encore opérée au Cambodge la restauration, sous tutelle internationale, d'un état de droit ou en tout cas de conditions propices à son rétablissement



Que s'est opéré enfin sous égide internationale un dialogue au Proche-Orient, déchiré depuis vingt ans par la guerre.

Enfin, dernier point sur lequel j'insisterai le plus, c'est l'effondrement, intervenu ces dernières années, du communisme soviétique et de ses régimes satellites.

Effondrement qui a eu pour effet de ramener dans l'histoire commune de l'Europe à peu près la moitié de sa population.

C'est sur le sens de ce dernier évènement, qui a valeur de paradigme, que je voudrai m'arrêter.

Pourquoi ? pour une raison qui vous paraîtra peut-être un peu lointaine par rapport aux préoccupations directement attribuées à la notion de droit.

Parce que, tout simplement, nous risquons d'oublier -pris que nous sommes par le flot des conséquences, parfois un peu inquiétantes, qui en résultent- le sens profond et historique de cette décomposition et de cet effondrement.

N'oublions pas trop vite, par exemple, ce que signifie le fait que, avec l'effondrement du régime communiste en Union-Soviétique, a sauté un verrou qui s'opposait de manière extraordinairement profonde à la démocratie, ceci à deux points de vue.

D'abord du point de vue d'une idéologie politique et d'une vision des liens politiques entre les individus et ensuite du point de vue des relations internationales.

Je veux dire qu'il ne faut ne pas négliger que comme idéologie ou comme vision du Monde, le communisme -de la même manière d'ailleurs que le nazisme jadis- opposait à la démocratie non pas, une objection tactique, une sorte d'indifférence simplement politique mais, une critique que l'on pourrait dire ontologique.

Je veux dire par là que l'opposition de ces régimes à la liberté formelle -qu'ils appelaient la liberté bourgeoise- ou à l'état de droit n'était pas fondée sur une réfutation de la capacité de ces libertés ou de cet Etat à assumer la dimension de l'émancipation humaine mais, sur un rejet profond -philosophique disons-le et pourtant je parlais d'ontologie tout à l'heure parce que liée à une idée de l'homme et de destination finale de l'homme- et ontologique du projet des Lumières tel qu'il se conçoit au travers de l'idée d'autonomie.

Ce rejet ontologique reposait sur une vision de l'histoire qui **opposait** au schéma -commun à tous les philosophes des XVIII et XIX ème siècles- suivant lequel l'histoire humaine est décrite par la capacité croissante d'arrachement de l'homme à sa détermination naturelle et par sa capacité croissante à s'orienter lui-même dans le monde, **l'idée** que l'histoire humaine était profondément déterminée par des choses qui ne sont pas humaines -qui sont hors de portée de l'homme, hors de sa volonté, de sa conscience et de sa manipulation- que sont les lois de la biologie raciale d'un côté et, de l'autre les lois de la matérialité sociale ou économique. Tout ceci a été parfaitement mis à jour par les analyses du phénomène totalitaire d'Anna Arendt, par exemple.

En ce sens, et il y a lieu d'insister sur ce point, **le succès de ces régimes** -car succès il y eu et il convient



de se souvenir que le régime nazi est arrivé au pouvoir par les voies de la légalité formelle- **s'appuyait** -avant même qu'ils ne tiennent plus qu'à l'usage de la pure force et à leur capacité à casser le dynamisme des sociétés civiles- **sur** leur aptitude à apporter une réponse à ce que Claude Lefort a appelé **l'indétermination démocratique**. C'est à dire la capacité de ces régimes à apporter une sorte de réponse à ce que la démocratie, pour le meilleur ou pour le pire, véhicule d'incertitude.

Pour l'exprimer différemment, -en s'appuyant sur les analyses de Claude Lefort- la démocratie, entendue au sens de forme du bien social plutôt qu'à celui plus étroit de régime politique, a pour caractéristique qu'elle efface dans les sociétés humaines les repères de certitudes qui peuvent être attachés aux trois dimensions essentielles de l'existence que sont : la dimension du savoir, la dimension du pouvoir et la dimension -qui nous intéresse plus directement- de la loi ou du droit.

Par opposition au monde ancien, dans lequel ces trois instances sont assurées et garanties par l'instance du joug, le monde moderne, le monde démocratique les arrache à cette transcendance, arase tous les socles sur lesquels s'attestaient des certitudes concernant le savoir, la vérité, la science, concernant le pouvoir, la légitimité de l'obéissance et concernant la loi, c'est à dire la norme.

Elle arase tout socle de références et elle livre ces questions à une perpétuelle interrogation, à ce dont finalement ce séminaire n'est que la métaphore. C'est à dire que, par essence et ceci est constitutif de l'identité même du monde démocratique moderne, toutes ces questions sont vouées à un perpétuel questionnement que ne va plus jamais venir trancher une voix autorisée qui viendrait dire : là est le savoir et la vérité, là est la loi juste, là est le pouvoir légitime.

Cette problématique est vécue dans une partie du monde moderne comme une problématique de l'amputation, comme quelque chose d'une aventure extraordinaire qui consiste à s'arracher à un nombre infini de tutelles qui sont celles de la religion ou en tout cas de la tradition, du préjugé et, problématique qui est vécue comme l'émancipation, l'accès à la liberté, comme le passage -pour emprunter une métaphore kantienne- d'un état de minorité où l'on est orienté par un autre, à l'état de majorité où l'on est capable de s'orienter par soi-même.

Reste que cette problématique de l'arasement des transcendances, de l'effondrement des certitudes est aussi vécue dans d'autres parties du monde moderne d'une manière qui en accentue le vertige par son association avec l'effacement des repères, la disparition des certitudes et des références, des socles qui attestent le juste, le bon .

Cet arasement est donc ressenti comme une perte, comme quelque chose qui menace au plus profond la cohésion et l'identité des sociétés humaines. La force des analyses du totalitarisme qu'a développées Claude Lefort, en partie dans le sillage d'Anna Arendt, c'est de mettre l'accent sur ce point essentiel qui est que finalement l'essence du totalitarisme, ce sur quoi repose son succès, c'est cette capacité à apporter une réponse à cette indétermination du



monde moderne . C'est à dire d'opposer à ces sentiments de vertige, de peur et de perte un réinvestissement de certitudes, un discours qui renvoie à quelque chose d'autre que la fragile recherche de l'accord des volontés humaines, c'est à dire aux critères du savoir, du pouvoir et du juste et du bien.

La force de ces régimes a été de prétendre construire à la fois "le pain" et quelque chose qui est de l'ordre du salut ou de l'ordre de la représentation d'un sens de la vie en commun qui dépasse la somme du sens particulier que chaque individu particulier peut donner à ses actions particulières.

Bref la capacité à promettre à la fois du pain, c'est à dire le bien-être matériel et social, mais aussi quelque chose qui relève de la capacité de l'homme à donner sens à sa vie.

On sait ce qu'il est advenu de la promesse du pain, et c'est probablement sur ce terrain là qu'ont raison ceux qui, comme Francis Fukuyama, annoncent le triomphe du libéralisme. Dans cette composante là, celle du marché, de l'économie capitaliste, le triomphe est probablement assuré. Mais, il faudrait sans doute se garder d'omettre la seconde dimension, celle qui tient au sens de l'existence ou, pour reprendre une expression de certains philosophes, la question du "sens du sens", c'est à dire la question de savoir si, au delà du sens au jour le jour de chacune des actions particulières que nous pouvons accomplir, nos existences acquièrent un sens qui dépasse les actions quotidiennes et les relations que nous entretenons quotidiennement les uns avec les autres.

Souvenons-nous de cela, mais pareillement n'oublions pas aussi la chance que représente le fait qu'ait sauté ce verrou que représentait l'idéologie communiste, au sens où elle opposait à l'idéal démocratique une vision messianique,.....du monde.

Une vision qui opposait à la démocratie non seulement la capacité de réaliser le même programme que le sien -donner à manger et une forme de liberté aux individus- mais qui promettait "un plus" en termes de sens et de capacité à assumer une dimension spirituelle à l'existence.

Le deuxième changement, le deuxième verrou qui a sauté avec la chute du communisme -perceptible au travers de l'intervention de Pierre Hassner notamment- c'est celui qui s'attache à l'échec de la puissance soviétique, à la décomposition de son empire, c'est à dire à la disparition de l'un des deux Grands de la scène internationale; en bref, tout ce qui gravite autour de l'idée de la fin de la guerre froide.

Rappelons-nous que depuis la naissance des organisations internationales, S.D.N puis O.N.U, jusqu'à une date extraordinairement récente, la logique d'une gestion internationale des conflits -en tant qu'elle suppose au minimum et avant toute autre chose un accord sur des règles du jeu communes qui n'interdisent pas de se disputer, voire de se faire la guerre, sans altérer cette reconnaissance minimum-était interdite.



Elle était interdite avant guerre par le discours stratégique d'une Union-Soviétique capable à quelque temps de distance de manipuler les mouvements anti-fascistes et de signer le pacte Ribbentrop-Staline et, elle était interdite ensuite pendant toute la période de la guerre froide puisque, au fond, cette logique était barrée par le fait que le tout fonctionnait de manière telle que -par affrontement idéologique- dès que l'une des deux grandes puissances exprimait un avis, l'autre énonçait quasi-systématiquement le contraire.

C'est donc dans le sillage de cet effondrement de la guerre froide qu'il faut, à mon sens, revenir sur les éléments de diagnostic qui ont été réunis par Pierre Hassner et essayer de décrypter les signes ou les significations propres à l'histoire récente et notamment propre à ce qui s'est passé au moment de la guerre du Golfe, au sens philosophique du terme, c'est à dire au sens où cet événement historique a probablement des significations qui rayonnent dans toute une série de directions.

Laissant de côté toute une série d'aspects développés par Pierre Hassner je ne retiendrai de la fresque qu'il dessinait que l'idée qu'il défendait : celle d'une dialectique de transformation de l'histoire.

Partant du constat que le monde change et relevant les événements plutôt favorables de ce changement historique, Pierre Hassner nous expliquait que le moteur de ces transformations historiques résidait dans une juxtaposition d'éléments positifs et négatifs : un mouvement dialectique.

L'hypothèse que je voudrais avancer, plutôt qu'une dialectique, serait celle d'une turbulence qui aurait un point d'archimède.

La dialectique me parait en effet poser un problème intellectuel redoutable qui tient à ce que la dialectique plutôt qu'elle n'apporte un mode de résolution soit positif, soit négatif reste tendue vers l'idée qu'"in fine" se réaliserait soit la part positive du projet une fois éliminée toutes ses composantes négatives soit, au contraire dans une vision de chute de l'histoire, se terminerait dans la réalisation de toutes les composantes négatives du projet et une dissolution progressive de ses composantes positives.

Parce que cette thèse de la dialectique me semble finalement avoir pour limite de rester trop focalisée sur le déroulement du jeu de l'histoire sans essayer d'aller plus loin, c'est à dire d'essayer de savoir si cela débouche sur quelque chose.

C'est pourquoi je propose, plutôt que l'image de la logique des contraires, d'une dialectique, l'idée d'une turbulence.

Turbulence c'est à dire idée d'une succession d'évènements qui ont des significations et des logiques divergentes mais, qui ont en commun d'être tendus vers quelque chose qui pourrait se révéler comme leur point d'équilibre; ce que en physique on nomme un "point d'archimède".

Point lointain, invisible qui, pour ce qui est le fond de ma thèse, demeurera probablement inatteignable en tant que tel et en tant que point réel mais un point où s'esquisse quelque chose comme un endroit où ces différentes logiques



sont focalisées sur la même chose, ont un sens commun qu'il reste toutefois à définir.

Vous aurez compris que le point d'archimède de cette succession de turbulences de l'histoire est contenu dans une idée familière à la culture philosophique moderne : c'est l'idée de paix entre les Nations.

C'est dans Kant que l'on trouve l'expression philosophique la plus précise de cette idée, dans son "Projet de paix perpétuel entre les Nations" qui entre comme synthèse et conclusion d'un débat très ancien dans lequel sont intervenus des gens aussi éminents que Jean-Jacques Rousseau.

Quelle est cette thèse formulée de la manière la plus pure par Kant mais, déjà présente chez Rousseau et avant lui chez Dante par exemple, quel est le contenu ultime de ce débat ?

Il est d'une grande simplicité, il consiste à dire que l'humanité pourrait se penser elle-même et penser son devenir au travers du projet d'un état de paix entre les Nations, projet qui serait formulé sur le modèle de l'état de paix entre les citoyens d'un Etat de droit. L'humanité pourrait se représenter et agir son histoire au travers de la poursuite de l'idéal d'un état de paix entre les personnes morales ou les personnalités collectives que sont les Etats ou les Nations sur le modèle de l'état de paix qui règne dans une société policée entre des individus.

Cette représentation dit en substance Kant, repose sur une argumentation qui requiert au minimum deux choses :

-**la première** c'est que la constitution civile de chacun des Etats doit être républicaine.

Le projet n'a quelque chance de se réaliser qu'à la condition que les différents Etats à la surface de la planète aient en commun une forme politique commune. Par là, Kant exclut de concevoir cette idée au travers d'un paradygme, d'une sorte de "realpolitik" qui consisterait à penser la paix à n'importe quel prix ou la paix avec des dictatures plutôt que l'absence de paix.

Cette clause de la forme républicaine ou démocratique du gouvernement n'est donc pas une valeur relative ou accidentelle, elle constitue une forme politique à penser comme universelle. Dans ce schéma les arguments de ceux qui, au nom d'une critique de l'universalisme abstrait et d'un relativisme culturaliste, défendent l'idée que les peuples du tiers-monde pourraient avoir besoin d'autre chose que de la démocratie risqueraient bien de contrarier la cause qu'il prétendent défendre.

-**la seconde** est contenue dans la nécessité de fonder le "droit public" -pour nous aujourd'hui le droit international- sur une fédération d'Etats libres. Cela implique que chaque Etat reconnaisse au-dessus de sa volonté particulière -celle qui découle de la volonté instituant une législation adaptée à l'identité de chaque Etat particulier- la prééminence de ce que Kant appelle un "droit cosmopolite".

Qu'est-ce que ce droit cosmopolitique ? Cela veut dire que pour qu'il y ait une possibilité de coexistence pacifique entre les Nations, il faut que d'un point de vue juridique chaque Etat accepte que, au-dessus de ce qui relève de sa souveraineté, il y a un minimum de principes communs



nécessaires pour que l'on puisse co-exister, au sens étymologique du terme.

La question qui se pose est donc de savoir si, à travers le panorama, trop rapide, que je retrace de l'histoire récente, une quelconque chance est laissée à une "actualisation" de cette idée de paix entre les Nations; et c'est à dessein que j'emploie le terme d'actualisation, pour ne pas parler de chances de "réalisation" et encore moins dire "réaliser".

En quoi pourrait-on dire que l'histoire récente donne quelque crédit à l'idée de "chance d'actualisation" ?

A première vue, l'évènement qui donnerait la plus grande opportunité est probablement la levée de l'hypothèque communiste. Cela au sens où le communisme était plus qu'un affrontement entre deux conceptions, à égalité de niveau, du bien public et de la fin de la société, mais s'opposait ontologiquement à la démocratie.

De ce point de vue on peut dire, sans risque de se tromper vraiment, que cette opposition ontologique s'est éteinte par épuisement des deux adversaires. Cela signifie-t-il que nous ayons atteint la fin de l'histoire, comme le soutient Francis Fukuyama ?

Est-ce que cela veut dire, comme le suggère Jean-François Revel dans son dernier livre, que puisque le terrain est dégagé par l'effondrement d'un des deux adversaires, la fin de l'histoire est proche et identifiée au triomphe de la démocratie ?

Il faut, me semble-t-il, nuancer très fortement cette thèse parce que un certain nombre d'exemples historiques précis -je pense aux élections en Algérie- nous montrent que des paradoxes vont surgir, qui ne sont pas ceux que l'on attendait, posant des défis à la démocratie et des questions à ses penseurs.

Pour l'Algérie, le paradoxe c'est : comment penser, comment comprendre, comment analyser, comment sortir d'une fatalité qui consiste en ce qu'un peuple qui, tenu pendant un siècle sous le système colonial, pendant trente ans sous un régime dictatorial, a pour la première fois accès à l'exercice de la souveraineté par l'élection -donc au mécanisme de la démocratie- utilise cette capacité pour choisir un parti qui pour le moins exprime une opposition quasi-métaphysique à ladite démocratie.

Je laisse le paradoxe et le signale simplement pour dire que la thèse que je vais défendre ici n'est certainement pas que la démocratie est en passe de triompher partout!

C'est plutôt l'idée que désormais, sans autre adversaire qu'elle-même, on se doit d'être attentif à la démocratie et que l'on apprenne à en donner une définition plus subtile que celle abrupte et simplificatrice dont on a pu se contenter tant que subsistait un affrontement avec des régimes tels que ceux du totalitarisme.

Il faut donc reprendre les questions du type : est-ce que le principe majoritaire est le critère ultime de la démocratie, est-ce que le principe de la décision populaire constitue le critère ultime, sans au-delà, de la démocratie ? Ce que je veux dire c'est que, de la même manière que l'histoire récente donne probablement une occasion d'actualisation à cette première clause décrite par Kant -



selon laquelle il faut que les gouvernements soient républicains- simultanément à cette affirmation il convient de poser deux conditions :

- la première est d'être capable de donner un contenu précis et relativement subtil à ladite notion de république;
- la seconde tient à ce que nous soyons prêts à affronter un certain nombre de paradoxes historiques qui prendraient la forme, ou d'autres éventuellement, du paradoxe algérien.

Le deuxième article énoncé par Kant concerne, non plus la république ou la démocratie, l'avenir et les chances d'actualité de la forme républicaine comme forme supérieure du gouvernement humain mais, le contenu exact qu'il faut donner à cette idée de paix perpétuelle entre les Nations. C'est là sans doute que les choses sont plus étonnantes qu'il n'y paraît.

Très rapidement elles sont les suivantes : le contenu de ce droit cosmopolitique Kant le découvre de deux manières.

La première définition que Kant donne, bizarrement, de ce que devrait être ce droit cosmopolite -qui devrait être le droit apte à permettre la paix perpétuelle entre les Nations- c'est la définition de ce que doit être le droit de la guerre. Ce droit de la guerre tient dans la définition d'un comportement qui, même dans une guerre, serait de nature à altérer la confiance réciproque lorsqu'il sera question de paix; c'est l'affirmation de la nécessité que demeure même là une sorte de confiance dans des principes - ceux de l'O.N.U- sans lesquels aucune paix ne pourrait jamais être construite, sans lesquels les hostilités dégèneraient dans une guerre d'outrance ou d'extermination -selon la manière dont on traduit les termes allemands- une guerre d'outrance, continue Kant, pouvant entraîner la destruction des deux parties à la fois, avec l'annéantissement de tout droit, une outrance qui ne permettrait la conclusion de la paix éternelle que dans le vaste cimetière de l'espèce humaine.

Première étrangeté, Kant nous fait aborder l'idée de la paix perpétuelle entre les Nations au travers du comportement que devraient avoir les Etats et les individus dans les situations contraires à la paix, c'est à dire la guerre.

Là encore le monde contemporain donne des raisons de prendre au sérieux **et** l'hypothèse kantienne d'une destruction de l'espèce humaine par elle-même -la guerre d'extermination- **et** éventuellement aussi le fait qu'il soit possible d'envisager quelque chose sur la manière dont on se fait la guerre.

Mais le plus important n'est pas là, il réside dans le **partage**, dans la très fine scission entre des principes différents qu'opère Kant, partage qui va évoquer quelque chose pour nous. Parce que , quelle est la signification de cet article du projet de paix perpétuelle ?

Ce que nous dit cet article c'est qu'aussi longtemps que l'on admet par défaut que la guerre soit possible entre les Nations, il faut faire en sorte qu'elle soit relativement supportable. Cela signifie donc que le conflit entre les



Nations, ultime illégitimité reconnue, ne rend pas acceptable toutes violences.

En conséquence, cela veut dire enfin, et c'est le plus important, que le critère de ce partage entre l'acceptable et l'inacceptable -au sein même de ce qui à priori apparaît inacceptable : la guerre entre les peuples- c'est la **reconnaissance**.

Cette reconnaissance consiste dans le conflit, la guerre à traiter l'autre non pas comme quelque chose d'essentiellement différent de soi-même mais, de le traiter -y compris dans cette situation là- comme un être humain.

Vous saisissez que ce qui est en jeu ici n'est autre que le soubassement philosophique susceptible de donner son assise au travail méticuleux accompli pour nous par Pierre Truche; celui qui consistait à essayer de reprendre et de requalifier en les réarticulant les différentes catégories de crimes liés ou découlant de la guerre.

Travail réalisé en énonçant d'abord que c'est la non-reconnaissance de l'adversaire comme un homme qui fait de l'acte de guerre un crime qu'il n'est pas par essence; et qu'ensuite il y a, à l'intérieur même de cette qualification, une gradation croissante en intensité de la non-reconnaissance de l'autre comme être humain d'où, la proposition de Pierre Truche de retenir la qualification intermédiaire de "crime de guerre aggravé" entre le crime de guerre et le crime contre l'humanité.

Enfin ce critère de la reconnaissance est celui qui in fine donne son sens intellectuel et philosophique à l'homme, celui qui est visé dans le crime contre l'humanité, au sens où, dans la logique de ce raisonnement, le crime contre l'humanité est celui qui, très précisément et très exactement, pousse la logique guerrière -au sens germanique de destruction- jusqu'à la négation dans l'autre de la qualité, de l'identité d'être humain.

Dernier point sur le contenu que donne Kant à cette idée de paix perpétuelle : c'est la condition concrète à quoi serait attaché ce droit cosmopolitique appelé à en être le support.

Dans une deuxième clause précisant ce que doit être le droit cosmopolitique, Kant énonce que ce droit doit se borner aux conditions de l'hospitalité humaine. Le terme de "borner" n'est pas mis au hasard, parce que le fait de borner, de limiter le droit cosmopolitique à cette chose qui nous paraît être le minimum d'un droit international, plutôt qu'un maximum, constitue une forme d'étrangeté. Et Kant continue en disant : il s'agit dans cet article du droit et non de philosophie, hospitalité signifie donc uniquement le droit qu'a chaque étranger de ne pas être traité en ennemi dans le pays où il arrive.

Dernier point pour renforcer encore notre sentiment d'étrangeté, Kant énonce, pour définir les raisons qui fondent le droit universel à l'hospitalité, que ce droit est fondé sur celui de la possession commune de la surface de la terre dont la forme sphérique oblige les hommes à se supporter les uns à côté des autres parce qu'ils ne sauraient se disperser à l'infini et parce que "originellement" l'un n'a pas plus de droit que l'autre sur une contrée.



Toute la subtilité du raisonnement consiste donc à dire qu'il faut essayer de jouer avec les deux idées -celle de la reconnaissance d'un côté et de l'autre -celle d'hospitalité.

Jouer entre ces deux idées cela veut dire quoi ? au fond, cela signifie que l'on a là la manière de renouer les réflexions qui avaient été dégagées de la discussion sur le crime contre l'humanité et celles dégagées de la discussion sur le droit d'assistance humanitaire.

C'est à dire que de même que l'exigence de reconnaissance dans autrui de la part d'humanité qui y est déposée permet de réorganiser la qualifications des crimes attachés à la guerre, de la même manière, la liaison entre l'idée de reconnaissance et l'idée d'hospitalité permet de reconstruire la maille tressée par Mario Bettati.

En nous montrant qu'il fallait distinguer **entre** ce que l'hospitalité et la reconnaissance impose aux Etats quand il s'agit de traitement humain de leurs populations ou de leurs prisonniers, **et** dans deuxième temps, par utilisation du principe de subsidiarité qui fait que le premier principe épuisé s'impose aux Etats un droit d'accès humanitaire aux victimes -principe devenu supérieur aux principes de l'intangibilité des frontières et de la souveraineté absolue de l'Etat sur ses populations- Mario Bettati développait une idée, finalement, très exactement inscrite dans le texte de Kant.

L'idée de couloir humanitaire correspond en effet à l'idée que la terre n'appartenant à personne, il y a une légitimité à tracer à la surface d'un monde déchiré par la guerre et du territoire limité par les frontières d'un Etat souverain un territoire humanitaire qui matérialiserait cette idée que le droit d'accès aux victimes c'est le fait de faire jouer cette idée d'hospitalité universelle.

\*

\* \*

Pour conclure, je dirais que pour des raisons, peut-être étrangères à Kant ou du moins à ce qu'il pouvait avoir à l'esprit, nous vivons peut-être dans un monde qui actualise cette idée kantienne selon laquelle, je cite, : "les liaisons plus ou moins étroites qui se sont établies entre des peuples ayant été portées au point où une violation des droits commis en un lieu est ressentie par tous, l'idée d'un droit cosmopolite ne pourra plus passer pour une exagération fantastique du droit."

Une fois encore cette idée n'est pas actuelle, au sens de réalisée, ni même probablement réalisable à horizon historique défini et prévisible. Mais elle est aujourd'hui, dans le monde tel qu'il est par ses transformations, "actualisable" parce que, pour terminer sur un concept qui nous est familier, on est pour la première fois dans les conditions d'un espace public international.

Espace public international qui passe par le fait que Kant a eu raison pour des raisons qu'il ne pouvait imaginer

lorsqu'il dit qu'aujourd'hui la violation de droits de l'homme commise à un point de la planète peut-être ressentie à l'autre bout de la planète en temps presque réel, mais aussi pour des raisons plus profondes qui sont que enfin peuvent être réunies les conditions minimales d'un espace public.

C'est à dire tout simplement le fait que sans avoir besoin d'être en accord sur tout, en admettant le désaccord et que celui-ci puisse aller jusqu'à la guerre, il y a au moins un accord sur la manière de mener cette discussion -y compris jusqu'au moyen de la guerre- en préservant l'essentiel, c'est à dire la reconnaissance dans soi-même et les autres d'une commune identité humaine.



**MAL D'ENFANCE**

OLIVIER MONGIN

## Mal d'enfance

Olivier Mongin\*

**Au moment où on accorde aux enfants des droits inédits, et alors que chartes et conventions destinées à les défendre se multiplient, on prend simultanément conscience de la disparition des attitudes et de l'évanouissement des comportements qui contribuaient il y a encore peu au respect d'un « monde » propre à l'enfance.**

Ce paradoxe peut être formulé autrement : tandis que la société se préoccupe plus que jamais de l'enfant — une préoccupation qui s'étend du plan médical au plan économique — on a la fâcheuse impression que l'enfance en tant que période spécifique de la vie est de moins en moins prise en considération, et qu'elle est de plus en plus dépourvue de contenu, en perte de substance. D'où cette interrogation inquiète : les droits de l'enfant ne désignent-ils pas la beauté du mort, n'orchestrent-ils pas avec plus ou moins d'innocence le chant du cygne de l'enfance ?

Dès lors comment interpréter les ressorts d'une telle situation ? Y a-t-il un lien inéluctable entre l'intérêt croissant pour l'enfant et la disparition de l'enfance entendue selon l'historien Philippe Ariès comme une « culture spécifique », c'est-à-dire comme une relation au monde originale qui ne se confond pas avec celle de l'adulte ?

Plus encore : si les droits de l'enfant sont la contrepartie d'une disparition du monde de l'enfance, pourquoi s'évertuer à parler de droits de l'enfant ? En effet ceux-ci n'ont de sens et de valeur qu'en

---

\* Version remaniée d'une intervention prononcée — dont j'ai cependant conservé le style oral — en novembre 1990 dans le cadre du premier colloque européen des droits de l'enfant.



MESSAGE

8/12/92  
10h

ÉLÉPHONIQUE :   
ISITE

URGENT

DATE  
et HEURE

e :

Pour :

PL

DRESSE :

Rappelez correspondant

Correspondant rappellera

Suite à votre appel

Demande rendez-vous

ÉLÉPHONE :

POSTE :

Reçu par :

OBJET :

Francis Baillieu  
le téléphone. Il espère  
à ses frais en fin de  
cette année ou cette après-midi

NOTE A DONNER :

référence à l'existence d'une culture de l'enfance. Autrement ils représentent une variante des droits de l'homme.

Dans les remarques qui suivent, j'aimerais suggérer que la dénonciation des droits de l'enfant risque cependant d'être en porte à faux si elle s'acharne à dénoncer l'âge de l'enfant-roi, une consécration démagogique des petits adultes, alors que ceux-ci sont d'abord les victimes d'un déni d'enfance qui n'est pas sans éclairer en retour le mal souterrain de la société démocratique. Philippe Ariès avait anticipé avec sa lucidité d'historien ce glissement de l'enfant-roi à l'enfant-victime : « Nous passons de l'ère de l'enfant-roi à celle de l'enfant-victime auquel on cherche des antécédents historiques... Pour dire les choses un peu brutalement [...] j'ai l'impression que les enfants commencent à devenir un peu intolérables, peut-être parce qu'on les a trop tolérés les années précédentes<sup>1</sup>. »

### *La victimisation de l'enfant*

Cette image de l'enfant-victime ne devrait pas surprendre au prime abord puisqu'elle est à l'origine de la reconnaissance des droits de l'enfant et du combat d'institutions internationales comme l'Unicef.

Effectivement, c'est d'abord contre les abus touchant l'organisation du travail que la protection des droits de l'enfant est invoquée à juste titre. Plus largement celle-ci renvoie à la dénonciation des diverses formes de déchéance sociale qui affectent l'enfant dans nombre de pays du Sud : le spectacle des enfants de Bogota livrés à eux-mêmes et soumis aux exactions des escadrons de la mort émeut les consciences. Qui en disconviendrait ? La défense de l'enfant-victime est naturelle : l'enfant provoque une prodigieuse capacité d'émotion<sup>2</sup>. Et ne se penche-t-on pas plus facilement sur le sort d'enfants victimes du sida dans les mouiroirs roumains que sur celui des vieillards oubliés dans les hospices en France ? Par ailleurs, l'augmentation du nombre d'adoptions d'enfants en provenance de pays du Sud par des couples français témoigne de l'intensité et de l'universalité du sentiment de compassion envers les enfants.

Un deuxième combat relatif aux droits de l'enfant concerne les abus corporels (coups et blessures, sévices sexuels) dont ils peuvent là encore être les victimes. Si la pédophilie fait l'objet d'une législation, ce n'est pas le cas des coups dont l'enfant peut faire l'objet dans l'enceinte familiale protégée du regard extérieur. Alors que la famille dont on

1. In *Enfances et cultures*, n° 2, juin 1979.

2. Voir Marcel Conche, « La souffrance des enfants comme mal absolu », in *Orientation philosophique*, PUF, 1990.



chante les vertus ne sait plus trop sur quel pied danser, c'est-à-dire en fonction de quelles valeurs éduquer les enfants, on observe avec surprise que les enfants peuvent y être soumis à des actes d'une violence insoupçonnée. « Les enfants du XIX<sup>e</sup> siècle, raconte Philippe Ariès, n'étaient pas toujours "battus comme plâtre", fouettés jusqu'au sang, mais ils étaient élevés à coup de calotte à la maison [...]. Les jeunes parents d'aujourd'hui n'ont pas vécu dans une société du corps à corps, ils n'ont pas l'expérience de leurs forces, et, quand il leur arrive de battre un enfant, ils peuvent bien le tuer un soir comme on tue une mouche... Le père ne frappe plus parce qu'il ne s'agit plus ni de punir, ni de frapper, ou alors, il blesse ou il tue<sup>3</sup>. » Chaque année en France, d'après le ministère des Affaires sanitaires et sociales, 40 à 50 000 enfants sont victimes de violences, de privations de soins ou d'aliments, d'abus sexuels (300 à 600 en meurent). En 1986, 551 condamnations pour coups et mauvais traitements à enfants ont été prononcées par les tribunaux correctionnels<sup>4</sup>.

Mais une fois admis le bien-fondé de cette défense de l'enfant-victime, n'est-on pas conduit logiquement à dénoncer l'extension illégitime des droits qui sont spontanément accordés à celui qu'on appelle l'enfant-roi pour mieux les distinguer ? Il est aisé d'observer que le discours sur les droits de l'enfant-victime peut être détourné de son sens quand il glisse d'une conception simplement défensive de l'enfant à une extension indéfinie de ses droits. A tel point que celui-ci est en passe de devenir cet « adulte-miniature » dont parle le juriste Pierre Legendre.

Tout en saluant la progression des droits de l'enfant sur le plan international et le combat mené par les institutions internationales dont le rôle est de protéger les enfants, il faut alors se demander quels sont les ressorts du mouvement juridique d'extension indéfinie des droits de l'enfant. D'autant que celui-ci survalorise en apparence l'enfant au point d'entretenir l'illusion qu'il est en droit de bénéficier des mêmes droits que l'adulte, et de lui laisser croire qu'il n'est pas un mineur mais déjà un majeur. Pourquoi cette majoration du mineur ?

### *Enfance, égalité et démocratie*

Depuis que nous connaissons mieux les ressorts de nos sociétés démocratiques et les effets pervers de l'esprit égalitaire qui les anime, il est plus facile de comprendre le mouvement qui tend à rapprocher l'enfant de l'adulte au point de les assimiler l'un à l'autre. Alors qu'une société hiérarchique distingue naturellement les classes d'âge en affec-

3. In *la Nouvelle Revue de psychanalyse*, « L'enfant », n° 19, printemps 1979, Gallimard.

4. Voir aussi le livre de Syvie Péju, *Chroniques de la mort violente. Une année de faits divers criminels*, Plon, 1990.

tant à chacun une place déterminée correspondant à son statut, une société démocratique qui voit dans tout individu « un égal » affaiblit progressivement l'aptitude collective à discriminer entre le mineur et le majeur, et elle devient en apparence de plus en plus indifférente à la hiérarchie des âges. La matrice individualiste propre à nos sociétés contribue ainsi à diffuser l'idée délicate d'un droit de l'enfant potentiellement analogue à celui de tout individu d'âge mûr. Et cela d'autant plus que la fiction individualiste par excellence, celle que traduisent les robinsonnades, évoque un retour à l'enfance, à la société première, à la fiction d'un monde sans autrui où je peux rêver dans une île déserte.

Que l'enfant soit bien l'égal de l'adulte, qu'il doive être considéré comme un être humain à part entière et non plus comme un barbare qu'il faut ramener à la raison conduit inéluctablement à croire que les frontières entre l'enfant et l'adulte sont vouées à la disparition. Cette illusion est le noyau des polémiques relatives à l'extension des droits de l'enfant : le respect du principe égalitaire consacrant l'enfant comme un humain à part entière a en effet vite fait de laisser croire que celui-ci n'est plus un mineur, un faible, un être vulnérable — tant sur le plan physique qu'affectif — qui demande à pris en charge par des adultes. L'enfant a aussi le droit d'être un enfant : le droit de ne pas être un individu responsable, de se soustraire à la responsabilité du citoyen, le droit de ne pas être attentif aux autres, de rêver. Bref, il a également le droit de demeurer un enfant. Il a droit à cette enfance dont il est progressivement dépossédé.

Dans cette perspective, les procès intentés aux grands enfants qui auraient la prétention de se parer des masques du monde adulte sont fort injustes : il est en effet délicat d'exiger des enfants d'être responsables de la situation évoquée ci-dessus et d'innocenter les adultes, devenus subitement les pauvres victimes éplorées de la tyrannie de l'enfance. D'où le malaise et la maladresse des discours qui critiquent les jeunes générations pour leur absence de valeurs, leur médiocrité, leur pauvreté spirituelle, leur sexualité sans passion : c'est le cas, un exemple parmi d'autres, du psychanalyste Tony Anatrella dans son dernier ouvrage *le Sexe oublié*<sup>5</sup>. Dans celui-ci, la dénonciation des « adultes-miniatures » débouche instantanément sur une critique d'un monde adulte qui a d'autant plus renoncé aux vertus familiales d'hier qu'il capitule devant les enfants.

Ce malaise témoigne au prime abord du caractère fallacieux de la rhétorique de l'enfant-roi. En dépit du bien-fondé de la critique de l'extension indéfinie des droits de l'enfant, il ne faut pas se tromper : si l'enfant est mis dans la situation délirante de devenir le plus vite

---

5. Flammarion, 1990.



possible un « adulte-miniature », il est bien plus une victime qu'un enfant-roi. En effet la victimisation de l'enfant — qui ne correspond plus ici à l'enfant victime de conditions de travail surannées ou d'abus corporels — accompagne désormais la disparition du temps de l'enfance. L'invocation des droits de l'enfant intervient dans un climat fort différent sur le plan historique de celui de l'enfant-roi qui s'est prolongé du XVIII<sup>e</sup> siècle au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, et exigeait alors le maintien d'une relation substantielle entre l'enfance et le monde adulte. Ce lien aujourd'hui rompu au profit d'une indistinction enfant-adulte.

Philippe Ariès, qui avait décrit mieux que personne l'âge de l'enfant-roi avait anticipé à plusieurs reprises le climat contemporain d'une victimisation de l'enfant. Le surcroît d'intérêt pour l'enfant ne correspond plus à l'âge de l'enfant-roi mais à celui de l'enfant « adulte miniature » qui est désormais la victime d'un déni d'enfance. « Tout se passe, écrit Ariès, comme si notre société cessait d'être *child-oriented* comme elle l'avait été seulement depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle. Cela ne signifie pas que nous revenons à des mentalités qui admettaient ou toléraient un homicide moins honteux. Cela signifie que l'enfant est en train de perdre un monopole tardif et qu'il revient à une place moins privilégiée » (*op. cit.*).

Si l'on suit Philippe Ariès et qu'on admet avec lui que l'enfant-victime s'est substitué à l'enfant-roi, on est donc amené à ne plus considérer l'enfant comme un roitelet qui abuserait de son pouvoir, et à prendre en compte les deux versions de la victimisation : la version traditionnelle (conditions de travail, abus corporels) mais aussi celle qui accompagne la mort de l'enfance. L'enfant adulte-miniature est aujourd'hui la victime d'un irrespect profond de l'enfance dont l'extension des droits de l'enfant sont la contrepartie implicite. Paradoxalement ce refoulement de l'enfance se manifeste surtout dans les domaines d'activités qui s'intéressent directement à l'enfant : dans les cas du marché, de l'enseignement, ou bien de la psychologie on voit que l'intérêt pour l'enfant contribue à « normer » l'enfance au point d'en détruire le tissu physique et affectif. Mille études ont tiré la sonnette d'alarme à ce propos, on évoquera brièvement les points les plus évidents<sup>6</sup>.

Cela est clair comme de l'eau de roche dans le cas du marché de l'enfance : celui-ci ne se confond pas avec la seule industrie du jouet qui se développe de façon vertigineuse depuis la dernière guerre, il renvoie à toute une série de sollicitations dans l'ordre des loisirs, du sport, de

---

6. Voir deux ouvrages qui ont le mérite de réfléchir à ces difficultés criantes dans le cadre de l'institution scolaire : Philippe Raynaud et Paul Thibaud, *la Fin de l'école républicaine*, Calmann-Lévy, 1990 ; L. Cornu, J.-C. Pompougnac, J. Roman, *le Barbare et l'écolier*, Calmann-Lévy, 1990.

l'argent, en vue de créer des besoins inutiles chez l'enfant qui est par excellence un consommateur peu raisonnable. La société de consommation apprécie particulièrement celui qui n'a guère le sens de la modération. Loin d'être un roi, l'enfant est ici la victime privilégiée d'un marché qui mise sur le caractère illimité de ses désirs.

Pour sa part, l'audio-visuel tient l'enfant en otage doublement : s'il le convoque rituellement d'un côté à des émissions spécialisées pour la jeunesse qui rassurent les parents, il l'invite de l'autre à partager un grand nombre d'heures d'antenne en commun avec les adultes. C'est pourquoi le débat sur la consommation inflationniste de la télévision par les enfants s'accompagne du constat selon lequel l'enfant partage *de facto* la même culture que ses parents. Là encore, c'est la culture de l'enfance qui est aspirée au profit d'une culture kitsch qui s'adresse à toutes les générations.

Non sans un lien avec le mouvement de démocratisation de l'école dont témoigne le slogan du bac pour 80 % de la classe d'âge — dont Bertrand Girod de l'Ain a montré que c'était une manière de reculer l'échec — les critères de sélection des jeunes sont devenus plus redoutables et interviennent de plus en plus tôt. Dans ces circonstances, l'institution scolaire est de plus en plus soumise à la loi de la réussite et aliénée au modèle de la culture entrepreneuriale. Le système français exige de l'enfant de réussir le plus vite possible en raison même de la démocratisation de l'école. Là encore c'est le temps de l'enfance qui est considérablement écourté : la classe n'est plus le microcosme qui protégeait l'enfant du macrocosme, du monde adulte qui impose aujourd'hui la seule loi de la réussite et le culte de la concurrence au sein de la classe.

De même que l'école n'est plus cette institution susceptible de protéger l'enfant contre la société adulte, la famille, guère assurée de ses propres valeurs, est peu apte à prendre en charge l'enfant. Se met en place sous nos yeux une grande famille un peu molle où tous les partenaires jouent leur rôle en dehors de tout fonctionnement hiérarchique<sup>7</sup>. On observe dans ce cas un double phénomène : d'une part, l'enfant devient le noyau dur de la famille, le membre qui en assure la permanence quand les partenaires se succèdent rapidement. D'autre part, la famille devient le modèle de référence, l'étalon par excellence pour une vie publique (politique, entreprise, loisirs...) qui n'est plus capable d'éduquer et d'assumer des valeurs susceptibles de faire autorité sur l'enfant. On est alors en pleine fiction, en plein roman puisque chaque institution (famille, école, politique...) attend d'une

7. Voir « La "grande famille" ou l'auberge espagnole », article publié dans ce numéro d'*Esprit*.



## Mal d'enfance

autre de remplir la tâche qu'elle n'est plus capable de mener à bien pour sa part.

Dernier élément à prendre considération : la psychologie. Dans ses diverses variantes, la « psy » manifeste avant tout une fascination de l'origine (on remonte de plus en plus loin dans la connaissance de l'enfant sur le plan physique et affectif) qui revêt une véritable signification théologique, comme l'a bien vu Jean-Baptiste Pontalis : « Ce n'est plus l'adulte qui institue l'enfant, mais l'enfant qui désigne l'adulte... Aucune culture ne peut se passer d'un mythe de ses origines qui sert à expliquer l'organisation de son monde. La nôtre le chercherait-elle dans l'enfant réel ? [...] La pédagogie est devenue notre théologie<sup>8</sup>. » C'est tout le paradoxe : il faut saisir de concert la mort de l'enfance et la fascination qu'exerce l'enfant condamné à représenter le mythe des origines pour les adultes (voir *infra*).

A travers cet enchaînement d'exemples, on saisit à vif que l'enfant est victime d'un surcroît d'intérêt dont l'ambition cachée est de le normer, de le traiter au plus vite comme un acteur à part entière, au détriment de l'enfance.

## *Enfance et histoire*

Que signifie alors de la part de la société adulte son double regard porté sur l'enfant : d'une part cette volonté indéniable de le coloniser, de l'assimiler le plus vite possible, de le normer et d'autre part son désir de le défendre, de lui donner des droits ? N'y a-t-il pas justement dans cette attitude ambivalente le pressentiment d'une disparition lente et progressive du temps de l'enfance, celle que nous avons déjà évoquée ? N'y a-t-il pas là le sentiment que le plus faible des individus, celui qui est justement sans défense, l'individu vulnérable par excellence, n'a plus guère le droit de vivre au rythme de sa fragilité naturelle, et qu'il doit correspondre au plus vite au type d'homme qui incarne aujourd'hui la réussite, la normalité ?

Cette interrogation peut être formulée autrement : si l'enfant-victime (victime effective ou adulte miniature) est bien l'incarnation de la faiblesse, de la vulnérabilité, de la minorité, de la fragilité qui suscite un réflexe de défense ou de honte de la part de la société (d'où les droits de l'enfant), celle-ci n'en rejette pas moins l'enfance sur ses bords. Car c'est bien l'image de la faiblesse, et plus généralement de la souffrance, qu'il faut oublier<sup>9</sup> : les images de l'enfance favorisent les comportements iconoclastes. Ce qui ne va pas sans paradoxe : la mise en scène

---

8. In la *Nouvelle Revue de psychanalyse*, *op. cit.*

9. Cette question n'est bien entendu pas sans lien avec la question sociale, qui renvoie à des situations de vulnérabilité : pauvreté affective ou économique, situation de faiblesse radicale.

## Mal d'enfance

de la réussite et du succès orchestre en effet une relation au temps dont le rythme est proprement infantin. Le règne de l'instant, la loi du présent témoignent d'une incapacité d'inscrire l'histoire dans une temporalité aimantée par un passé et un avenir. Il y a un lien entre le refoulement de la part d'enfance, la peur de la fragilité et l'inaptitude à sentir l'histoire qui est la nôtre. Nos sociétés profondément désincarnées sont enfantines.

Que voulait justement dire Philippe Ariès, quand il affirmait que notre monde n'est plus orienté par l'enfant, et qu'il n'y a plus de culture de l'enfance ? Avant tout que le refoulement de l'enfance accompagne le déficit du sentiment historique : s'il n'y a plus une histoire qui distingue le temps de l'enfance et l'âge adulte, il y a tout simplement évanouissement de la sensibilité à l'histoire. L'incapacité de raconter des histoires témoigne bien de cette perte de sensibilité de nos sociétés à leur propre histoire. C'est parce que notre société ne parvient plus à se se mettre en scène au rythme d'une histoire propre qu'elle en rompt le fil ténu et ne parvient plus à instituer des seuils entre enfants et adultes, des balises entre les âges. Il suggère également que le refoulement de la part d'enfance traduit une hantise de la fragilité, de la vulnérabilité, et qu'une chape de plomb recouvre toutes les zones d'ombre et de souffrance au profit d'un discours hypocrite sur la réussite et le succès.

### *La fascination de l'origine*

Paradoxalement la disparition de l'enfance — c'est-à-dire, si l'on me suit, de l'acceptation de la vulnérabilité, de la fragilité et de la souffrance — provoque en retour une fascination de l'enfant qui est spontanément associée à la figure de l'origine. Arrimée à un présent qui recommence à tous les instants, notre société déteste la mort et la souffrance qu'elle cherche à contrôler, à cacher, à masquer. D'où sa fascination pour l'origine, pour l'enfant qui incarne physiquement l'origine, pour l'enfant virginal qui exprime la perfection, la pureté absolue. C'est le double calvaire de l'enfant d'être à la fois brimé, bridé comme un adulte miniature et adulé comme celui qui n'a pas encore pris les coups de l'histoire, comme celui qui est épargné par les blessures du temps.

On saisit mieux alors le double mouvement qu'entretient la société avec l'enfant : d'une part elle l'idéalise comme la figure de la perfection, comme une forme parfaite, sans histoire ; d'autre part elle refoule tout ce que l'enfance draine comme vulnérabilité : c'est parce que la fragilité est insupportable, et que la souffrance est refoulée en profondeur dans notre monde, que l'enfance disparaît au profit d'un enfant idyllique, véritable héros mythique qui ne doit pas vieillir et n'a d'autre avenir que



de se soustraire aux affres de l'histoire. Plus encore, cette éviction de la fragilité se traduit finalement par un double refoulement de l'enfance et du troisième âge : l'origine est d'autant plus valorisée que l'enfance est sous contrôle tandis que vieillards et mourants sont condamnés à la plus haute des solitudes<sup>10</sup>.

Cet enfant idéalisé se pare de masques qui font oublier la passion, la vulnérabilité, l'impuissance, la faiblesse sans lesquelles l'appartenance à l'enfance se désagrège. Autant de sentiments qu'un cinéaste comme François Truffaut montrait admirablement : l'enfant toujours présent dans ses films n'est pas le surdoué, le petit génie dont un écrivain comme Le Clezio aime raconter les histoires, l'enfant de Truffaut est *l'Enfant sauvage*. C'est bien sûr Victor de l'Aveyron que le docteur Itard accueille pour l'entendre, lui apprendre à parler et l'éduquer, mais c'est aussi le petit délinquant des *400 Coups* et les élèves de *l'Argent de poche*. C'est toujours un bâtard, un individu qui connaît mal son histoire, celle d'hier comme celle de demain. Pour Truffaut, l'enfant arrive au monde chargé de passions et de sauvagerie, c'est un observateur impitoyable dont le héros du film de Kanevsky, *Bouge pas, meurs, ressuscite* est le dernier avatar, et c'est en raison même de cette faiblesse congénitale qu'il cherche un monde qui l'accueille.

Mais à en rester à cette analyse, on écrit un roman d'éducation sympathique. Truffaut va beaucoup plus loin pour sa part : il montre que la société adulte dont les institutions calment et assagissent les passions sauvages de l'enfant n'y parviendront que si elles ne rompent pas avec la passion de l'enfance, si elle en gardent le goût, bref si elles aiment l'enfant avec ses plaies, avec sa violence et sa fragilité qui ne disparaîtront jamais définitivement. Pourtant, les plaies qui perdurent et les blessures qui deviennent purulentes sont mal supportées par la société contemporaine. On vit dans la peur de la mort, de la catastrophe et on s'illusionne avec un enfant en mal d'enfance, cette source d'énergie vierge qui fait merveilleusement oublier les souffrances et les scories. L'enfant est un élixir de jouvence.

Dans le *Principe-responsabilité*<sup>11</sup>, Hans Jonas propose implicitement de prendre le contrepied de cette situation. Il invite en effet à ne pas dissocier l'enfant, le sentiment de fragilité, et la sensibilité à l'histoire. Au moins pour deux raisons : si la société technologique et nucléaire a désormais les moyens de ruiner l'humanité, de l'exterminer, notre responsabilité est de prémunir l'humanité contre sa propre disparition, c'est-à-dire de protéger l'enfant, le nouveau-né contre la mort, contre la

---

10. Voir Norbert Elias, *la Solitude des mourants*, C. Bourgois éd., 1987. Sur Norbert Elias, voir l'article de F. Giraud, *Esprit*, décembre 1990.

11. Sur cet ouvrage (Cerf, 1990), voir l'article de Bernard Sève, *Esprit*, octobre 1990. *Esprit* publiera prochainement un entretien inédit avec H. Jonas.

dégénération de l'humanité. Cette prise de conscience de la vulnérabilité du genre humain se redouble dans celle que le nouveau-né incarne l'avenir du genre humain vis-à-vis duquel tout homme est responsable.

L'enfant redevient alors une figure centrale en dehors de toute appréhension mythique : il représente d'autant plus l'avenir qu'il incarne simultanément la vulnérabilité absolue. Il associe l'avenir et la fragilité, il incarne la fragilité du temps et prend à revers celui qui voit dans l'enfant un petit adulte sans échardes ni blessures.

Un individu totalement imaginaire si l'on en juge par les silhouettes d'adolescents et d'adolescentes que nous propose le cinéma, à commencer par la fugue tragique de *la Désenchantée* — le dernier film de Benoît Jacquot — qui essaie de vivre entre un jeune frère, une mère malade et des adultes pervers. Les adolescents rêvés n'ont jamais été aussi tristes mais ce n'est plus le spleen d'hier : l'heure est plutôt à la démarche suicidaire, celle que l'on retrouve dans les films de Luc Besson ou dans *Noce blanche*. Le vol de l'enfance se traduit par un monde sans histoire : ces enfants en mal d'enfance n'ont en effet plus rien à raconter à des adultes en mal d'histoire.

#### *En mal d'histoire*

Dans un ouvrage récemment traduit, *Enfance et histoire*<sup>12</sup>, le philosophe italien Giorgio Agamben met en relation l'évanouissement du monde de l'enfance et le sentiment de ne plus appartenir à une communauté historique. Pour lui, l'enfance subit les mêmes avaries que l'histoire, ce qui n'est guère surprenant si l'enfance exige la représentation d'un monde adulte. Une société qui a une histoire est d'abord une société capable d'en raconter : et d'en raconter aux enfants qui inventeront ensuite les leurs. Dans une biographie récente de l'écrivain William Faulkner<sup>13</sup>, on apprend que celui-ci s'est nourri de l'art du récit romanesque en écoutant les vieux de son village qui se réunissaient sur la place pour se raconter des histoires, autant de légendes qui animaient l'esprit de l'enfant. Aujourd'hui, des écrivains comme Michel Tournier ou Le Clezio écrivent de fort beaux récits pour les enfants, Walter Benjamin qui s'inquiétait de notre inaptitude progressive à narrer des histoires rédigeait lui-même des récits pour les enfants à la radio berlinoise.

Ce fil du récit est peut-être le fil d'Ariane d'une enfance condamnée à se taire quand on ne lui raconte plus d'histoires, parce que la société obsédée par le présent, ployant sous l'emprise de l'éphémère, ne parvient plus à en raconter. Entre l'enfance et le sentiment d'appartenir

12. Payot, 1990.

13. *William Faulkner*, par David Minter, Balland, 1984.



## Mal d'enfance

à une communauté historique, il y a une relation congénitale : raconter des histoires aux enfants exige des adultes qu'ils aient le sentiment d'entretenir un lien avec l'histoire. Pour Agamben, qui est un disciple de Heidegger, cette tendance est irréversible : l'enfance est condamnée à s'évanouir au fil du temps, à disparaître dans nos sociétés tyrannisées par la technique.

Je veux croire pour ma part que la polémique relative aux droits de l'enfant exprime plutôt le souci de renouer avec un temps de l'enfance. D'une part le prix est trop lourd à payer pour les enfants, d'autre part il est indéniable que l'avenir de l'enfance sera liée aux conversions profondes qui viendront affecter l'esprit de l'homme moderne. Nous avons évoqué des secteurs comme l'audio-visuel, le marché ou l'école : pourquoi faudrait-il admettre une fois pour toutes que nous ne pouvons pas corriger les erreurs commises dont les enfants font les frais et paient les pots cassés ? Avons-nous renoncé à ce point à l'action politique, à une amélioration de la vie au sein de la cité qui passe avant tout par le respect de l'enfance ?

La disparition de l'enfance est un phénomène d'autant plus grave qu'il engage le devenir de la société dans son ensemble : elle traduit en effet une peur devant la faiblesse et la vulnérabilité. Celle de l'enfant, mais aussi celle de l'adulte, celui qui est affaibli psychologiquement ou socialement. Le débat sur l'enfance est inséparable de la question sociale, le respect du faible renvoyant à la part de rêve sans laquelle il n'y a plus aucun sens de l'avenir !

Olivier Mongin

**NOUVEAUX DROITS DE L'ENFANT,  
LA POTION MAGIQUE ?**

IRENE THERY



## Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique ?

Irène Théry\*

**SUR FOND** de langueur politique, de militance à l'étiage et de basses eaux de l'imagination démocratique, la signature de la convention de l'ONU sur les droits de l'enfant s'est accompagnée, en France tout particulièrement, d'une campagne enthousiaste<sup>1</sup>. Depuis le début de 1989, sous l'égide du secrétariat à la Famille d'Hélène Dorlhac qui en fit son axe prioritaire, travaux, commissions et colloques ont scandé une intense activité des professionnels de l'enfance. La gauche et la droite en oublient leurs querelles et communient dans la ferveur lyrique. C'est que l'enjeu, nous dit-on, est imposant : « étape historique », « révolution mentale », « approche totalement nouvelle de l'enfant », la convention bouleverse les esprits et porte haut les cœurs.

Alors, certes, il y eut des excès : un peu trop de mots ronflants, de formules-slogans, de simplisme outrancier. Une certaine gêne de l'auditoire, parfois, devant les ténors du parti de l'enfance drapés de probité, érigeant l'anathème en pensée et le frisson en analyse. N'a-t-on pas dit, et jusqu'à plus soif, que les enfants de notre pays n'étaient encore que des objets, des sous-êtres, des choses qu'il serait temps de considérer « enfin » comme des personnes ? Un peu éberlués tout de même du déferlement démagogique, un peu gênés de tant de vertu, se disant à part eux que la situation n'était peut-être

---

\* Chargée de recherche au CNRS, sociologie du droit.

1. Je remercie particulièrement Antoine Garapon de sa lecture attentive d'une première version de ce texte, et de ses critiques et suggestions éclairantes.

## Nouveaux droits de l'enfant

pas si noire, les spécialistes de l'enfance ont laissé passer la vague. Après tout elle était belle, grande et généreuse, et une grande cause ne négocie pas sur le lexique. La classe politique, avec sans doute plus de cynisme, a applaudi et ratifié des deux mains, sans débat.

On pourrait s'en tenir là. Le temps fait son œuvre, qui épuise le goût des tirades, et l'heure est à présent aux modifications de notre droit : deux raisons de penser que le consensus sentimental orchestré autour de la signature puis de la ratification de la convention<sup>2</sup> va laisser place à des débats précis, et dans l'ensemble à plus de modération. Ce que l'on sous-estime, c'est l'effort qui sera nécessaire pour que le droit-spectacle cède la place au droit.

Il est indéniable que la campagne sur les droits de l'enfant a eu dans l'opinion française un impact considérable. Qui ne souhaiterait améliorer encore et toujours le sort des enfants ? Qui ne voit que certains d'entre eux subissent dans notre pays des situations scandaleuses ? Qui ne connaît, surtout, les impasses dans lesquelles nous demeurons face à certaines situations sociales, malgré un système juridique de protection de l'enfance reconnu par tous comme plutôt remarquable (même si perfectible) ? Ces inquiétudes, ces impasses ont fourni le terrain d'une réceptivité.

On peut cependant s'interroger sur l'opportunité, dans un tel contexte, de la mobilisation précisément sur « les droits de l'enfant ». Il s'agit d'une option : celle de considérer que la question est d'abord juridique, que notre droit est dans l'ensemble à repenser, que ce sont donc non pas les enfants, dans la diversité de leurs destins sociaux, mais l'enfance comme minorité qu'il faut prendre comme terrain prioritaire de réflexion et d'action. Soyons plus précis : la campagne ne portait pas sur la protection légale de l'enfant, mais sur ses « nouveaux droits ». Après tout, aucun de ces choix ne va de soi. S'en tenir là, ce serait s'interdire de prendre la mesure de la confusion dans laquelle nous ont plongés trois ans de promotion médiatique d'un texte pour le moins ambigu.

---

2. En 1979, l'ONU adopte une résolution pour l'élaboration d'une convention internationale. Les travaux sont très longs, les désaccords nombreux. Finalement, ce n'est que le 20 novembre 1989 que le texte est adopté par l'Assemblée générale. Elle est ouverte à la signature le 26 janvier 1990. Son entrée en vigueur suppose vingt ratifications. La France ratifie le 2 juillet 1990 avec une réserve sur l'article 30 et deux déclarations interprétatives. Sur ces points très importants, cf. le rapport de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi autorisant la ratification (n° 1350), annexe au procès-verbal de la séance du 12 juin 1990, Assemblée nationale. La convention entre en vigueur le 6 septembre 1990.



*Les deux lectures de la convention*

Qu'est-ce que les « droits de l'enfant » ? On ne sait pas assez que l'expression a deux sens non seulement différents, mais contradictoires, rattachés à deux traditions antagonistes.

Dans la tradition de la protection, qui se réclame de la philosophie des droits de l'homme – en particulier de Kant et de Condorcet –, l'idée fondamentale est celle d'éducation et d'instruction. Si l'homme est par essence un être libre, il ne le devient véritablement qu'en accomplissant le processus éducatif qui le fait accéder à l'autonomie et la responsabilité. Juridiquement, la référence aux droits de l'homme implique d'abord de tirer toutes les conséquences de la spécificité de l'enfance. La minorité ne maintient pas l'enfant dans le non-droit, elle signifie que s'il est titulaire de droits dès sa naissance, il ne saurait être sommé de les exercer immédiatement lui-même, et désigne ceux qui ont le pouvoir et le devoir de veiller au respect de ses droits fondamentaux. En outre, ce qui différencie l'enfance de l'état adulte justifie de concevoir pour elle des droits particuliers, spécifiques, dérivant de son besoin propre de protection : les droits des mineurs. En ce sens, les droits de l'enfant sont ceux d'êtres humains particulièrement vulnérables, parce que encore non autonomes. L'incapacité juridique n'est rien d'autre que le droit à l'irresponsabilité, c'est-à-dire à n'être pas soumis aux devoirs qu'implique la capacité. C'est cette acception protectrice du terme qui préside à la convention de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant, ainsi qu'à la Déclaration des droits de l'enfant de l'ONU de 1959<sup>3</sup>.

Cette conception a toujours été critiquée par les partisans de l'autodétermination des enfants. Cette tradition, qui s'est surtout développée dans le monde anglo-saxon, dénonce la protection de l'enfance comme la forme moderne d'une oppression séculaire : les petits d'hommes, quoi qu'on en dise, restent considérés seulement comme des projets d'êtres humains, et ce faisant c'est leur appartenance à la commune humanité qui est déniée. Il faut « libérer » les enfants de la domination adulte, non seulement pour eux-mêmes, mais pour l'humanité tout entière, car les enfants ont à nous apprendre ce qu'il y a de plus pur et de plus vrai en elle. Les *kiddy-libbers*<sup>4</sup> se sont longtemps peu intéressés au droit, et pour cause : à cette expression achevée de

3. Pour une présentation de ces textes, cf. *Droits de l'enfance et de la famille*, n° 29, spécial convention internationale des droits de l'enfant, Centre de formation et d'études de la protection judiciaire de la jeunesse, 1990.

4. Voir R. Mnookin et J. E. Coons, 1977, "Toward a Theory of Children's Rights", *Harvard Law Bulletin*, vol. 28, n° 3. Rodgers et Wrightsman, 1978, "Attitudes Towards Children's Rights in Nurture or Self Determination", *Journal of Social Issues*, vol. 34, n° 2. M. King, 1982, "Children's Rights in Education: more than a slogan?", *Educational Studies*, vol. 8, n° 3.

l'organisation adulte du monde, ils ont opposé la subversion en actes. De Summerhill à Christiania, les droits de l'enfant, c'est l'utopie d'un monde où l'enfant serait maître de sa destinée. Ce courant, dont les *Children's Liberationists* sont les plus extrémistes<sup>5</sup>, a aujourd'hui trouvé un renouveau dans la lutte contre la discrimination juridique, et sur la revendication de droits civils exercés par les enfants. Se réclamant eux aussi des droits de l'homme, les « libérationnistes » appellent l'avènement des « droits de l'homme de l'enfant ». Autrement dit, pour eux les droits de l'enfant, loin d'être des droits spécifiques, sont à l'inverse les droits dés-spécifiés. De ces deux logiques antagoniques, de ces deux définitions des « droits de l'enfant », quelle est celle qui fonde la récente convention de l'ONU ?

Le texte, c'est évident, ne relève entièrement ni de l'une, ni de l'autre. Tout d'abord, il faut le souligner, la convention entend « enfant » strictement au sens de « mineur », et ne remet donc absolument pas en cause la notion de « minorité juridique<sup>6</sup> ». En un sens, donc, elle emploie « droit de l'enfant » au sens de la convention de Genève de 1924, et de la Déclaration de l'ONU de 1959 : son préambule, ainsi que de nombreux articles, définissent clairement les droits de l'enfant comme droits à « une protection spéciale<sup>7</sup> » et ceux-ci sont réaffirmés avec beaucoup de force. Mais par ailleurs, l'on ajoute désormais à ces droits à la protection d'autres types de droits, des droits qui n'ont de sens qu'exercés par leur bénéficiaire : les droits à la liberté d'opinion (art. 12), à la liberté d'expression (art. 13), à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 14), à la liberté d'association (art. 15), bref des droits qui supposent la capacité juridique, c'est-à-dire la responsabilité.

Le texte de la convention ne propose aucune solution à cette contradiction, qu'il semble purement et simplement ignorer. Plus généralement, la caractéristique de ce texte est d'employer le mot « droit » comme si sa signification allait de soi, voire était unique, alors même qu'il s'agit tantôt des droits fondamentaux de la personne humaine, tantôt des droits civils, tantôt des droits spécifiques de protection, tantôt des droits culturels et sociaux<sup>8</sup>, tantôt des principes qui fondent

5. Cf. pour une présentation l'étude de Verhellen, Spiesschaert et Cappalaere, *Droits des jeunes*, n° 2, février 1989, Centre d'études et de documentation pour les droits des enfants, université de Gand, Belgique.

6. Article 1<sup>er</sup> : « Au sens de la présente convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable. »

7. Le terme est repris trois fois dans le préambule, qui se réfère aux précédentes déclarations : « Ayant présent à l'esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l'enfant, "l'enfant a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance". »

8. Cf. sur ces différents droits, l'analyse du rapport de la Commission des affaires étrangères, qui précise que « les droits civils de l'enfant et ses libertés individuelles ne s'appliquent pas de manière absolue », et que « les droits économiques, sociaux et culturels ne peuvent de même être totalement garantis » (*op. cit.*, p. 12).



## Nouveaux droits de l'enfant

le droit. On reviendra sur l'extraordinaire confusion juridique qui confère à ce texte un caractère qui va bien au-delà des traditionnels compromis onusiens. Comme l'a montré Louis Roussel en soulignant « les ambiguïtés théoriques de la convention », chacun peut y lire ce qui lui convient<sup>9</sup>.

Or, que s'est-il passé en France, dès le lancement de la campagne de promotion de la convention visant à obtenir qu'elle soit ratifiée par le Parlement ? S'est-on attardé sur ces problèmes ? A-t-on simplement souligné ces contradictions ? Ont-elles jeté le trouble chez ceux qui étaient à l'origine de la campagne ? Nullement. On a célébré, bien au contraire, « le grand texte juridique international », « l'avancée considérable », « l'événement historique » que représentait ce catalogue incohérent. Loin d'en démonter les ambiguïtés, on en a salué l'audace. C'est ainsi que le choix politique de faire de la ratification un « très grand événement<sup>10</sup> » (au point que beaucoup ont cru que l'expression même de droits de l'enfant était nouvelle), et de le préparer par une campagne massive, a engagé et cautionné une certaine lecture de la convention, celle justement qui a sélectionné, dans les multiples « droits de l'enfant », ceux qui mettent en cause l'incapacité juridique afférente à la minorité, pour les promouvoir clé de voûte d'une libération de l'enfance. Les articles 12 à 15 n'ont pas seulement été applaudis, ils ont nourri une critique en règle du droit positif français, construit comme on le sait sur le principe de protection, auquel on a reproché d'avoir maintenu l'enfant comme « objet, et non sujet de droit ». « Avec ce nouvel instrument juridique international, l'enfant accédait *enfin*, à l'échelle planétaire, à sa *reconnaissance comme sujet* : une victoire pour ceux qui ne pouvaient pas se satisfaire que les enfants soient encore tenus pour des *sous-êtres*<sup>11</sup>. »

Ainsi, à la faveur de la convention, mais en quelque sorte au mépris de la diversité des conceptions qui sous-tendent ce texte, c'est bien une idéologie, l'idéologie des nouveaux droits de l'enfant, qui a tenu le haut du pavé. S'inscrivant tout à fait clairement dans la lignée des partisans de l'autodétermination, définie plus haut, les idéologues des nouveaux droits de l'enfant n'ont eu de cesse de dénoncer comme « traditionnelles », « retardataires », scandaleuses au regard de la morale, de la science et de l'histoire, l'incapacité juridique qui définit la minorité, et la logique de protection de l'enfance. N'hésitant parfois devant aucune des méthodes les plus classiques ou les plus bouffonnes de l'intimidation intellectuelle, ils ont construit non pas une argumentation, mais un sentiment de scandale, d'une force extraor-

9. Cf. Louis Roussel, *Familles d'aujourd'hui et convention des droits de l'enfant* (à paraître).

10. Voir le discours d'Hélène Dorlhac, *États généraux du droit de l'enfance*, Nantes, 12 juin 1990.

11. Rapport des ONG au secrétaire d'État chargé de la famille : *Soixante-treize idées pour veiller à la mise en œuvre de la convention*, p. 3 (souligné par moi).

## Nouveaux droits de l'enfant

dinaire. Dès lors, toute réticence cataloguait les dissidents en nostalgiques de la toute-puissance du camp adulte.

### « Reconnaître l'enfant comme une personne »

Ce triple scandale, une formule, cent fois répétée, le résume : « Il est temps de considérer enfin l'enfant comme une personne. » Frisson dans l'auditoire, qui croyait de bonne foi que c'était, dans l'ensemble, déjà une réalité dans la France d'aujourd'hui. Pour combattre ce sentiment, c'est de façon réitérée sur le lexique du droit que porte d'abord le soupçon. On s'indigne à chaque occasion des termes « mineur » (d'importance secondaire), « incapable » (imbécile), « autorité » (commandement), « objet » de droit (chose), et même... « enfant » (qui ne parle pas). La première réaction est d'en sourire, et se dire qu'il faudra faire un jour une histoire de la frénésie euphémisante dont est saisie notre époque. Mais ces indignations ont un sens. Au-delà des effets de manches, ce qu'on nous dit, c'est que la terminologie juridique est l'inconscient du droit, et l'étymologie, notre inconscient à tous. Au-delà de toutes les dispositions du droit de l'enfance, au-delà des très profondes mutations qu'il a connues au cours du XIX<sup>e</sup> siècle et surtout depuis 1945, ces précieuses précisions lexicographiques prétendent mettre au jour le sens honteux, mais véritable du droit contemporain : un droit de la puissance paternelle. « La *règle napoléonienne* subsiste : tous les mineurs d'âge sont sous la tutelle d'une personne, physique ou morale, titulaire de l'autorité parentale<sup>12</sup>. »

Désigner comme l'objet du scandale non pas le malheur de tels enfants, la misère ou les souffrances de tels autres, mais ce qui concerne tous les enfants, leur commune situation de minorité juridique, ne pouvait se borner à ces formules, même si on les a employées à satiété. Il fallait rendre encore plus tangible l'écart entre une « réalité » en pleine évolution et l'immobilisme (supposé) du droit, en touchant au plus intime de la sensibilité de chacun. Les « sciences humaines » y ont pourvu. « Un apport essentiel des sciences humaines accreditte l'idée que très tôt – dès la vie utérine nous affirme-t-on ! – l'enfant perçoit, réagit, voire commande la vie de ses parents et d'abord de sa mère. » Grâce aux travaux d'éminents spécialistes, « la représentation de l'enfant est sensiblement modifiée, il n'apparaît pas seulement comme un être végétatif<sup>13</sup> », « l'enfant est

12. Rapport IDEF, *Les Droits des enfants en France*, dir. J.-P. Rosenczveig, p. 92 (souligné par moi.)

13. *Ibid.*, p. 26.



## Nouveaux droits de l'enfant

bien une personne, comme le soutiennent communément les sciences humaines<sup>14</sup> ».

Mais que viennent donc faire dans cette galère les « acquis des sciences humaines » ? Pourquoi a-t-on fait venir, lors d'un débat à la Sorbonne, des biologistes et des médecins pour bien nous montrer, au cas où nous en doutions, que l'intelligence de l'enfant se développe dès le plus jeune âge<sup>15</sup> ? Quel rapport avec la convention de l'ONU ? Quel rapport avec les interrogations qu'elle soulève ? Tout simplement ceci : le débat est tranché avant même d'avoir eu lieu. La « personne », c'est l'enfant en ce qu'il ne se différencie pas de l'adulte, puisque l'enfant voit, pense, juge, et veut, mais oui, comme un grand. Le scandale est là : dans le droit qui discrimine, alors que la vie (et les sciences humaines) nous montrent dans l'enfant l'être humain, c'est-à-dire nous-mêmes.

Ajoutons à cela que la situation n'est pas seulement scandaleuse au regard de la morale et de la science, elle l'est aussi au regard de l'histoire. La récapitulation historique est devenue l'un des morceaux de bravoure du discours sur les nouveaux droits de l'enfant<sup>16</sup>. C'est une histoire simple : *patria potestas*, puissance paternelle, autorité parentale, et demain responsabilité parentale, l'histoire des droits de l'enfant est de celles dont on croyait qu'on ne les racontait plus comme ça : linéaire, univoque, le progrès en marche, inéluctable, l'histoire comme quand on disait (qui, déjà ?) qu'elle *avait un sens*. Un seul. Et au bout : la révolution. Il faut révolutionner notre démarche (en ratifiant la convention) mais cette révolution est déjà inscrite dans le passé, qui nous la désigne. Le saut qualitatif que représenterait l'accès des enfants à la « dignité de personne » par l'accès à l'exercice de nouveaux droits prendrait place dans un très ancien, très long, inéluctable processus culturel autant que juridique, celui qui nous a ouvert les yeux sur le fait que le petit bébé n'a pas besoin que de lait, que l'enfance n'est pas que du projet d'humanité mais déjà de l'humain.

Le signe univoque de cette prise de conscience historique serait que les droits des parents n'ont cessé de devenir plus limités et plus contrôlables. La limitation progressive des prérogatives adultes dessine ainsi à la fois le chemin parcouru et celui qui reste à parcourir. La réduction de « l'autorité » à la « responsabilité » parentale et la promulgation de vrais droits, c'est-à-dire la capacité juridique pour les enfants, doivent tout logiquement et tout naturellement marquer l'accomplissement total de la libération de l'enfance. Abolir sa

14. *Ibid.*, p. 17.

15. Colloque du secrétariat d'État à la Famille, « L'enfant en personne, choix et enjeux », Sorbonne, 20 novembre 1990.

16. Voir par exemple le rapport de la Commission des lois sur les droits de l'enfant, Assemblée nationale, annexe à la séance du 16 novembre 1989, p. 5-12.

## Nouveaux droits de l'enfant

spécificité, cesser de la discriminer indûment, n'est que le choix de l'histoire, et ceux qui ne le voient pas entrent à reculons dans le XXI<sup>e</sup> siècle.

« L'enfant est appréhendé comme une personne. C'est en ce sens que je pense que la convention est tournée vers le XXI<sup>e</sup> siècle. On sort de l'idée que l'enfant est un petit être fragile, à protéger contre autrui et contre lui-même, pour lui reconnaître une citoyenneté. Beaucoup de gens disent encore à propos de l'enfant : "Il faut le préparer à être citoyen." La convention vient dire : "Non, il est citoyen"<sup>17</sup>. »

La force de cette inscription mythique dans le déroulement du progrès est celle de l'intimidation : dans quel camp serez-vous ? Les anciens ou les modernes<sup>18</sup> ? Les nostalgiques honteux de la *patria potestas* aménagée, ou les hommes et les femmes de demain, passant « contrat » dans la confiance avec des enfants enfin libérés ?

A partir de là, quel débat possible ? Comment dire que le langage juridique n'est pas le langage ordinaire, qu'il est peu responsable de s'offusquer de sa terminologie sans la rapporter aux dispositions qui lui donnent un contenu, comme s'il ne fallait pas, pour comprendre le sens des mots du droit, se déprendre de l'illusion de l'immédiateté ? Et que c'est à cet effort intellectuel, difficile, qu'il eût été la moindre des choses d'inciter, dès lors que la notion de « droits de l'enfant » n'est pas des plus simples ?

Comment rappeler que les « sciences humaines » tiennent un discours autrement complexe sur l'enfance, et qu'il est peu honnête d'instrumentaliser les savoirs pour transformer en pur argument d'autorité une vulgarisation unilatérale et bêtifiante ?

Comment dire que l'histoire du droit n'a jamais été linéaire, pas plus l'histoire de l'autorité parentale que les autres, et qu'il est peu scientifique, sous prétexte de la raconter, de la reconstruire, qui plus est en oubliant au passage qu'elle pose aussi le difficile problème des rapports famille/État<sup>19</sup> ? Comment dire que les choix qu'on nous présente comme l'accomplissement inéluctable du sens de l'histoire font froid dans le dos ?

17. J.-P. Rosenczveig, directeur de l'Institut de l'enfance et de la famille, in *Libération* du 21 novembre 1989.

18. Cette opposition devient un classique. Un exemple : « L'intérêt de l'enfant peut être envisagé sous une conception traditionnelle, qui confère à l'enfant le statut de personne protégée, ou moderne, qui lui confère le statut de personne autonome », Jérôme Bonnard, « La garde du mineur et son sentiment personnel », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, n° 1, p. 49.

19. Pour une étude de l'un des moments historiques les plus importants et la démonstration qu'il y a eu en droit intermédiaire, c'est-à-dire avant le Code civil de 1804, une « puissance paternelle » bien plus proche de notre définition de l'autorité parentale, cf. l'article de Pierre Murat, « La puissance paternelle et la révolution française : essai de régénération de l'autorité des pères », et celui de Jacques Mulliez, « La source juridique de la puissance paternelle du droit révolutionnaire au Code civil », in I. Thery et Ch. Biet (éds.), *La Famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, 1989, Imprimerie nationale/Centre Georges-Pompidou.



## Nouveaux droits de l'enfant

Comment, surtout, montrer que c'est justement dans les significations différentes accordées au mot « personne » que s'enracinent des philosophies antagonistes, qui donnent à l'expression « droits de l'enfant » des sens totalement différents ? La polémique la plus importante, dans notre pays, s'est engagée à partir de là, un certain nombre d'intellectuels dénonçant ce langage démagogique, et les dangers d'une assimilation de l'enfant à l'adulte qui fait de l'enfant le seul responsable de sa propre protection, et le livre ainsi à toutes les manipulations : « Le traiter à égalité avec l'adulte, affirmer qu'il est responsable de ses actes, qu'il faut le croire sur parole et prendre ses adhésions pour argent comptant, ce n'est pas le respecter ou le défendre, c'est garantir l'impunité à ceux qui le manipulent [...] ; voir en lui une personne achevée et non une personne en devenir, c'est, sous l'apparence du libéralisme le plus généreux, lui dénier féroce-ment la légèreté, l'insouciance, l'irresponsabilité qui sont ses prérogatives fondamentales pour l'exposer, alors qu'il est sans défense, à tous les conditionnements et à toutes les convoitises », écrit Alain Finkielkraut dans *le Monde* du 20 janvier 1990.

Les arguments d'André Comte-Sponville vont dans le même sens : « Ce qui importe est de penser l'enfance comme enfance, comme humanité, mais humanité en devenir. L'éducation est là pour permettre à l'enfant de devenir un être, de devenir cet adulte humain qui lui donne sa valeur. [...] Or, pour penser l'éducation dans sa vérité, il importe de cesser de rêver l'enfant<sup>20</sup>. »

Certes, ces réactions courageuses, si rares qu'elles aient été à oser braver cette atmosphère de vertueuse curée, ont rencontré un grand écho, en particulier auprès des magistrats de la jeunesse<sup>21</sup>. Elles ont contraint à plus de circonspection, plus de nuance, plus de précaution dans les propos. Étaient-elles suffisantes pour imposer un débat réel, alors que c'est l'idée même d'un questionnement possible que le rouleau compresseur du progrès était en train d'invalider ? On ne « débat » pas devant un enfant qui souffre, bâillonné par nos propres mains.

Ainsi, la formule « il est temps de reconnaître l'enfant comme une personne », et le soupçon jeté en permanence sur la signification même d'un droit protecteur de l'enfance, ont eu deux effets majeurs.

Effet de *confusion et d'occultation*, tout d'abord. Les idéologues des nouveaux droits de l'enfant ont rallié facilement une adhésion en

20. André Comte-Sponville, intervention au colloque « L'enfant en personne », revue *Autrement*, n° 123, septembre 1991, p. 179.

21. En témoignage, en particulier, l'intervention d'Yves Lernout, président de l'Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille, au colloque « Droits de l'enfant, droit à l'enfance », Mendel, 23-24 mars 1990 : « Je crains que, faute de mesurer les limites de l'enfant en tant que "sujet de droit", certains ne finissent, sans l'avoir souhaité, par libérer non pas l'enfant, mais ses parents, ses éducateurs et même l'État des obligations qu'ils devraient assumer. » Le texte de cette intervention est reproduit in *Droit de l'enfance et de la famille*, n° 29, 1990, p. 106-115.

évacuant par l'appel aux sentiments (l'enfant est un être humain) tout débat de fond sur la réalité psychologique, biologique, économique ou sociologique de l'autonomie et de la dépendance des enfants d'aujourd'hui. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, alors que l'un des traits les plus marquants de notre époque est que les adolescents quittent la maison familiale et accèdent à l'indépendance économique de plus en plus tard, ce qui induit des contradictions avec, dans d'autres domaines, une plus grande précocité admise, rien de tout cela n'a même été évoqué. Ici, les travaux des sciences humaines sont sans doute inutiles. En définitive, seule la notion abstraite d'enfant, réduite à son acception juridique (mineur) sert de référence, occultant toute véritable réflexion sur l'enfance et la jeunesse comme catégories ou conditions sociales.

Le second effet, lui, est d'ordre *politique*. C'est le plus important. Si la formule a séduit, c'est qu'elle a fonctionné comme un slogan, dont la fonction principale a été de proposer une issue illusoire à un diagnostic de « scandale » juridique jamais démontré.

Comment ? D'abord en construisant de toutes pièces la rupture, le saut qualitatif, par une opposition simple entre passé et futur. On n'a pas assez remarqué à quel point l'idéologie des nouveaux droits de l'enfant s'est d'abord fondée sur une certaine relecture de diabolisation du passé. L'enfant, maintenu dans la protection, n'aurait été considéré jusqu'à la convention que comme un sous-être humain, un non-sujet, une « chose », un « objet ». Étrange « bilan » du droit français... Mais qui parle d'un bilan ? La fonction d'un tel discours n'est pas de convaincre par la solidité d'une argumentation, elle est de toucher, et ainsi de faire écho à une insatisfaction profonde : celle qui est née des impasses, des limites, ou des manques réels de la démarche jusqu'ici dominante de protection de l'enfance.

A l'évidence, même dans nos pays privilégiés, les enfants sont loin d'être traités universellement comme nos valeurs affichées le voudraient. La crise de l'Éducation nationale, celle du travail social en témoignent à leur façon. Et voilà que s'offre à nous l'avenir radieux. Dans l'enthousiasme, on présente à ces insatisfactions, à ces échecs, une origine simple : le paternalisme juridique, et une issue tout aussi simple : des « nouveaux droits ». Qui ne serait séduit, dès lors, par le fait de faire table rase du passé ? L'issue est là, dans les enfants eux-mêmes, il suffit de leur reconnaître enfin le droit à la parole et à la décision...

Cette apologie du progrès, qui se nourrit en fait du rejet de l'expérience historique et de la confusion permanente entre sphères juridique et non juridique, empêche tout débat sérieux sur le bilan de la protection de l'enfance. C'est en ce sens que je me sens autorisée à désigner comme idéologie ce discours simplificateur et manichéen,



## Nouveaux droits de l'enfant

dont la fonction politique principale est, comme on le verra, de prétendre doter d'une nouvelle légitimité l'intervention de l'État dans la sphère privée. Ce qu'elle a rendu impossible, c'est une véritable réflexion sur le droit, c'est une véritable réflexion non sur « l'enfant » abstrait mais sur l'enfance et la jeunesse, telles qu'elles sont dans notre société.

### *« Reconnaître l'enfant comme sujet de droit »*

Les idéologues des nouveaux droits de l'enfant, qui opposent les « droits » (libérateurs) et l'intérêt de l'enfant (forme achevée de la mauvaise foi paternaliste), qui se gaussent du « seuil » qui transforme en un jour un mineur en majeur, paraissent vouloir donner la pleine capacité juridique aux enfants. Pourtant ils poussent de hauts cris si on leur répond qu'ils priveraient alors les enfants du premier de leurs droits, le droit à l'enfance. Ils précisent alors qu'ils ne veulent surtout rien abolir de ce qu'ils critiquent, ni l'intérêt de l'enfant, ni l'incapacité, ni le seuil de la majorité, ni même la protection, dont ils se font les parangons après l'avoir moquée. Qu'y comprendre ?

Les accuser de mauvaise foi et de double langage, ce serait méconnaître le fond d'une pensée au contraire, à mon sens, parfaitement et terriblement sincère : simplement, ils ne voient pas la contradiction. Pour eux, elle n'existe que dans les têtes des conservateurs. Tout leur effort est de clamer que la minorité et le plein exercice de droits sont parfaitement compatibles. En somme, ils croient à un continuum entre l'incapacité et la capacité. Plus précisément, ils croient que l'incapacité peut intégrer la capacité. Ces confusions ont un sens : elles suggèrent qu'un droit plus mou, aux catégories plus floues, aux frontières moins définies, serait meilleur parce qu'il épouserait plus aisément le mouvement même de la vie, si insensible, on le sait, qu'on ne voit pas grandir ses propres enfants. La référence aux droits prend la forme, dans cette perspective, d'une telle incompréhension des catégories juridiques qu'elle confine paradoxalement au mépris du droit.

J'en prendrai un seul exemple, qui a fait l'objet de nombreuses interrogations en France : l'application, dans le contexte du divorce, de l'article 12, al. 2 : « On donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure administrative ou judiciaire l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »

Faut-il pour rendre la législation française conforme à cet article prévoir une audition systématique des enfants dont les parents divorcent ? Faut-il prévoir de donner un avocat aux enfants, de leur conférer

le statut de partie dans la procédure de divorce de leurs parents ? Rien, dans la lettre de l'article 12, n'oblige à modifier la loi française, qui prévoit déjà l'audition possible de l'enfant à tout âge, l'audition obligatoire (sauf ordonnance spécialement motivée) à partir de treize ans. On envisage pourtant, après une campagne vigoureuse des *kiddy-libbers* français, trois modifications importantes : la suppression du seuil des treize ans, rendant ainsi de principe l'audition à tout âge ; l'obligation de tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant, y compris sur la fixation de son lieu de résidence ; la possibilité ouverte au juge de lui faire désigner un avocat<sup>22</sup>.

Ces propositions peuvent inquiéter : qu'est-ce que l'autonomie de parole de l'enfant dans le divorce de ses parents ? Ne va-t-on pas, sous prétexte de respecter son point de vue, favoriser les pressions et l'instrumentalisation par les parents ? Ne va-t-on pas, en lui demandant précisément son avis sur son lieu de résidence, l'obliger à choisir entre sa mère et son père ? Quel parent pourra se prévaloir sérieusement de l'intérêt de l'enfant, dès lors qu'il y aura un avocat de l'enfant ? Que le divorce de ses parents le concerne signifie-t-il qu'il doit devenir partie dans la procédure ? Et que sera l'avocat de l'enfant : le porte-parole de ses désirs ou le juge de son intérêt supérieur ?

Toutes ces questions, qui renvoient au débat évoqué plus haut sur la spécificité de l'enfance, posent des problèmes redoutables, en partie parce que l'expression « toute procédure l'intéressant » n'est pas claire.

Penser la contradiction, pourtant évidente en cas de divorce, entre nécessité d'être entendu et droit à l'irresponsabilité, c'était jusqu'à présent aménager dans l'intérêt de l'enfant le principe premier de protection, en réservant au juge la possibilité de faire courir à l'enfant les risques qu'implique pour lui sa participation à la procédure engagée par ses parents. Choix difficile, qui pose, plus généralement, le problème de l'usage d'un critère aussi flou que « l'intérêt de l'enfant<sup>23</sup> ». Le doyen Carbonnier n'écrivait-il pas, dès 1959, « l'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions du droit familial<sup>24</sup> » ?

A cette interrogation dont on mesure aujourd'hui la portée, les idéologues des nouveaux droits de l'enfant apportent une réponse inattendue, puisqu'ils interprètent les précautions de la loi (et des juges)

22. Il s'agit des propositions présentées en mai 1990 dans le rapport du Conseil d'État sur *la Protection et le statut de l'enfant*. Voir en particulier les pages 102 à 112 (ronéo). Ce rapport est disponible à la Documentation française.

23. Cf. Irène Théry, « La référence à l'intérêt de l'enfant, usage judiciaire et ambiguïtés », in *Du divorce et des enfants*, PUF, 1985.

24. Note sous Paris, 10 avril 1959, p. 1960-673.



## Nouveaux droits de l'enfant

comme une « crainte » de la parole de l'enfant, un mépris de sa personne, un déni de son autonomie et qu'ils attendent de cette consultation la garantie d'une décision juste. En somme, grâce aux nouveaux droits de l'enfant, nous passons de la notion magique à la potion magique : tomber dedans quand on est petit supprime la vulnérabilité enfantine, réduite au rang de fantasme des passésistes.

Ce faisant, la protection cesse d'être un droit premier. Par un renversement total de perspective, elle est renvoyée à l'appréciation du magistrat ; elle devient question d'opportunité et d'intime conviction.

Notons cependant que si est ainsi ouverte une certaine latitude au juge (qui peut – selon les propositions du Conseil d'État – ne pas procéder à l'audition de l'enfant « si son âge ou son état ne le permettent pas »), il n'en n'est pas de même pour l'enfant ! En effet, rien n'est prévu pour lui garantir le « droit » – qui lui est pourtant reconnu – d'être entendu, voire d'être partie. Si le juge estime en conscience que ce n'est pas conforme à son intérêt, l'enfant n'a aucun moyen de faire appel de cette décision. Cela signifie, très clairement, que le droit d'opinion n'est pas, quand il s'agit des enfants, un vrai droit, au sens pleinement juridique du terme, un droit que son titulaire puisse légalement imposer. Cela est également vrai des droits d'expression, de réunion, d'association. Tous ces droits, qui supposeraient pour être garantis que l'enfant acquière la pleine capacité civile, ne sont rien d'autre que des ersatz, des semblants de droits. La lecture « libérationniste » de la convention autorise, sur ce point, une régression pour toute notre tradition démocratique : elle invente, entre ce que nous n'appelons pas des droits et les vrais droits légaux, des droits à exercice aléatoire.

Droits sans garantie, les « nouveaux droits » des enfants sont également des droits sans devoirs, des droits sans responsabilité. Que l'enfant abuse, par exemple, de son droit à l'expression, ce seront ses parents et non lui-même qui devront répondre en justice d'une éventuelle plainte en diffamation. Le droit d'association, parce qu'il suppose très directement la responsabilité civile, apparaît ainsi comme un gadget : le rapport du Conseil d'État, qui n'est pas extrémiste, rappelle qu'il est obligatoire que des majeurs siègent au conseil d'administration et y assument les fonctions de président, de secrétaire général et de trésorier, autrement dit qu'ils soient responsables du « droit » des enfants<sup>25</sup>.

Insister sur le fait que les droits sélectionnés par les idéologues des droits de l'enfant comme les plus novateurs, comme ceux qui vont vraiment révolutionner le statut légal de l'enfant, sont des pseudo-droits, ne signifie pas qu'on aurait dû aller plus loin ! Certains

25. Cf. le Rapport sur la protection et le statut de l'enfant, *op. cit.*, p. 113.

le statut de partie dans la procédure de divorce de leurs parents ? Rien, dans la lettre de l'article 12, n'oblige à modifier la loi française, qui prévoit déjà l'audition possible de l'enfant à tout âge, l'audition obligatoire (sauf ordonnance spécialement motivée) à partir de treize ans. On envisage pourtant, après une campagne vigoureuse des *kiddy-libbers* français, trois modifications importantes : la suppression du seuil des treize ans, rendant ainsi de principe l'audition à tout âge ; l'obligation de tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant, y compris sur la fixation de son lieu de résidence ; la possibilité ouverte au juge de lui faire désigner un avocat<sup>22</sup>.

Ces propositions peuvent inquiéter : qu'est-ce que l'autonomie de parole de l'enfant dans le divorce de ses parents ? Ne va-t-on pas, sous prétexte de respecter son point de vue, favoriser les pressions et l'instrumentalisation par les parents ? Ne va-t-on pas, en lui demandant précisément son avis sur son lieu de résidence, l'obliger à choisir entre sa mère et son père ? Quel parent pourra se prévaloir sérieusement de l'intérêt de l'enfant, dès lors qu'il y aura un avocat de l'enfant ? Que le divorce de ses parents le concerne signifie-t-il qu'il doit devenir partie dans la procédure ? Et que sera l'avocat de l'enfant : le porte-parole de ses désirs ou le juge de son intérêt supérieur ?

Toutes ces questions, qui renvoient au débat évoqué plus haut sur la spécificité de l'enfance, posent des problèmes redoutables, en partie parce que l'expression « toute procédure l'intéressant » n'est pas claire.

Penser la contradiction, pourtant évidente en cas de divorce, entre nécessité d'être entendu et droit à l'irresponsabilité, c'était jusqu'à présent aménager dans l'intérêt de l'enfant le principe premier de protection, en réservant au juge la possibilité de faire courir à l'enfant les risques qu'implique pour lui sa participation à la procédure engagée par ses parents. Choix difficile, qui pose, plus généralement, le problème de l'usage d'un critère aussi flou que « l'intérêt de l'enfant<sup>23</sup> ». Le doyen Carbonnier n'écrivait-il pas, dès 1959, « l'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions du droit familial<sup>24</sup> » ?

A cette interrogation dont on mesure aujourd'hui la portée, les idéologues des nouveaux droits de l'enfant apportent une réponse inattendue, puisqu'ils interprètent les précautions de la loi (et des juges)

22. Il s'agit des propositions présentées en mai 1990 dans le rapport du Conseil d'État sur la *Protection et le statut de l'enfant*. Voir en particulier les pages 102 à 112 (ronéo). Ce rapport est disponible à la Documentation française.

23. Cf. Irène Théry, « La référence à l'intérêt de l'enfant, usage judiciaire et ambiguïtés », in *Du divorce et des enfants*, PUF, 1985.

24. Note sous Paris, 10 avril 1959, p. 1960-673.



## Nouveaux droits de l'enfant

comme une « crainte » de la parole de l'enfant, un mépris de sa personne, un déni de son autonomie et qu'ils attendent de cette consultation la garantie d'une décision juste. En somme, grâce aux nouveaux droits de l'enfant, nous passons de la notion magique à la potion magique : tomber dedans quand on est petit supprime la vulnérabilité infantine, réduite au rang de fantôme des passésistes.

Ce faisant, la protection cesse d'être un droit premier. Par un renversement total de perspective, elle est renvoyée à l'appréciation du magistrat ; elle devient question d'opportunité et d'intime conviction.

Notons cependant que si est ainsi ouverte une certaine latitude au juge (qui peut – selon les propositions du Conseil d'État – ne pas procéder à l'audition de l'enfant « si son âge ou son état ne le permettent pas »), il n'en n'est pas de même pour l'enfant ! En effet, rien n'est prévu pour lui garantir le « droit » – qui lui est pourtant reconnu – d'être entendu, voire d'être partie. Si le juge estime en conscience que ce n'est pas conforme à son intérêt, l'enfant n'a aucun moyen de faire appel de cette décision. Cela signifie, très clairement, que le droit d'opinion n'est pas, quand il s'agit des enfants, un vrai droit, au sens pleinement juridique du terme, un droit que son titulaire puisse légalement imposer. Cela est également vrai des droits d'expression, de réunion, d'association. Tous ces droits, qui supposeraient pour être garantis que l'enfant acquière la pleine capacité civile, ne sont rien d'autre que des ersatz, des semblants de droits. La lecture « libérationniste » de la convention autorise, sur ce point, une régression pour toute notre tradition démocratique : elle invente, entre ce que nous n'appelons pas des droits et les vrais droits légaux, des droits à exercice aléatoire.

Droits sans garantie, les « nouveaux droits » des enfants sont également des droits sans devoirs, des droits sans responsabilité. Que l'enfant abuse, par exemple, de son droit à l'expression, ce seront ses parents et non lui-même qui devront répondre en justice d'une éventuelle plainte en diffamation. Le droit d'association, parce qu'il suppose très directement la responsabilité civile, apparaît ainsi comme un gadget : le rapport du Conseil d'État, qui n'est pas extrémiste, rappelle qu'il est obligatoire que des majeurs siègent au conseil d'administration et y assument les fonctions de président, de secrétaire général et de trésorier, autrement dit qu'ils soient responsables du « droit » des enfants<sup>25</sup>.

Insister sur le fait que les droits sélectionnés par les idéologues des droits de l'enfant comme les plus novateurs, comme ceux qui vont vraiment révolutionner le statut légal de l'enfant, sont des pseudo-droits, ne signifie pas qu'on aurait dû aller plus loin ! Certains

25. Cf. le *Rapport sur la protection et le statut de l'enfant*, op. cit., p. 113.

des plus extrémistes des idéologues des droits de l'enfant le pensent, se tirant de l'ornière par la fuite en avant. Ils n'hésitent pas à proposer par exemple, que l'on rende l'audition de l'enfant obligatoire, sans possibilité pour le juge de l'écartier<sup>26</sup> ou que l'on donne la pleine capacité civile à des associations de jeunes à partir de quatorze ans, sans désigner de majeurs responsables car on réglerait par l'assurance le « faux problème » de la responsabilité<sup>27</sup>.

N'est-il pas temps de dire que l'on se paye de mots en parlant d'exercice de ces droits par les enfants, qu'il ne peut en être autrement sauf à abolir la minorité, et que la dilution des frontières entre catégories juridiques, c'est aussi la perte des garanties démocratiques attachées à la définition rigoureuse des statuts ?

Non seulement l'enfant « sujet de droit » peut y perdre son droit premier à protection et à irresponsabilité, non seulement l'enfant « sujet de droit » n'est qu'un sujet de seconde zone, mais la convention y ajoute une autre confusion sur le mot droit, tantôt pris au sens précis de droit civil (par exemple, droit à une nationalité), tantôt au sens vague de droit social ou culturel, tantôt même confondant les principes généraux de référence et des « droits ». Sur ce point, le catalogue des bonnes intentions est impressionnant : droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux (art. 7), droit à jouir du meilleur état de santé possible (art. 24), droit à un niveau de vie suffisant (art. 27), droit à l'éducation sur la base de l'égalité des chances (art. 28), droit au repos, aux loisirs et au jeu (art. 32), etc. Sur la lancée, n'a-t-on pas entendu invoquer le « droit à l'amour », tant il est vrai que sans amour la vie ne vaut pas la peine d'être vécue... L'inflation des pseudo-droits pourrait prêter à sourire, si elle n'avait, pour la crédibilité de la convention tout entière, au moins deux conséquences inquiétantes : d'une part en accentuer le caractère purement

26. J.-P. Rosenczveig critique ainsi le rapport du Conseil d'État : « Il est proposé un complément à l'actuel art. 256 du Code civil : "il entend les mineurs à moins que leur âge ou leur état ne le permette pas". Il ne s'agit donc toujours pas, de notre point de vue, de la reconnaissance d'un véritable droit de l'enfant, mais d'une recommandation avancée au juge qui appréciera d'autant plus l'opportunité de s'y conformer qu'il n'y a pas de sanction prévue au non-respect de ce texte. On sait ce qu'il en est en pratique de telles recommandations puisque de l'avis des observateurs la loi de 1987 n'est pas appliquée par les juges », *les Droits de l'enfant en France, op. cit.*, p. 137. Yves Benamou, juge des enfants, s'en prend à la notion de discernement reprise deux fois dans l'alinéa 1 art. 12 de la convention (« Les États-parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité »). Pour lui « il eût été opportun d'aménager un système de défense n'admettant aucune restriction tenant à l'âge ou à la maturité du mineur », *Droit de l'enfance et de la famille, op. cit.*, p. 160.

27. Rapport IDEF, *op. cit.*, p. 147. Voir aussi l'avant-projet de loi « les associations de jeunes » proposé en octobre 1991 par le ministère de la Jeunesse et des Sports, Direction de la jeunesse et de la vie associative. On a la stupéfaction d'y lire : « La responsabilité, en effet, a changé de visage. Elle s'est coupée de ses racines morales pour devenir une technique de garantie. Il n'est plus question de sanctionner une faute génératrice de dommage mais d'assurer la réparation de ce dommage. [...] Aujourd'hui, la responsabilité ne sert plus guère que de relais aux assurances » (p. 10).



## Nouveaux droits de l'enfant

formel, incontrôlable (quel État-partie sera sanctionné parce que le droit des enfants à un niveau de vie suffisant n'y est pas respecté ?), d'autre part, par une sorte d'effet de contagion, rendre moins évident le caractère absolument imprescriptible d'autres droits, qu'il est laissé à la charge du lecteur de démêler de ce catalogue hétérogène.

Finalement, le droit qui devient dominant, c'est le « droit à », le droit des intentions étatiques. N'est-ce pas ainsi qu'il faut comprendre que les droits civils de libre association, ou de libre expression y deviennent, dans les articles 12 à 15, des droits à la libre association, expression ou opinion ? Un petit mot, parfois, dans le langage juridique...

Le caractère de ce texte pris dans sa globalité, les sens multiples et inconsistants qu'il donne à ces « droits » de l'enfant censés le faire advenir comme sujet, s'ils n'auront sans doute que peu de portée concrète, s'inscrivent dans un mouvement bien plus général de banalisation, et finalement de disqualification, de la norme juridique. Ce mouvement n'est pas le moindre paradoxe de nos « États de droit », qui n'ont jamais autant invoqué le droit comme valeur suprême. Que le prétendu retour au droit ne soit, quand il prend cette forme, rien d'autre que l'exutoire de nos impasses politiques sera le dernier volet de ma réflexion.

### *Reconnaître l'enfant comme citoyen*

Il est évident que des améliorations substantielles peuvent et doivent être faites au droit protecteur de l'enfance, et au fonctionnement de la justice des mineurs. La loi du 10 juillet 1989 sur la prévention de la maltraitance va dans ce sens, et bien des propositions avancées par le rapport du Conseil d'État<sup>28</sup>, celui du haut comité à la Population et à la Famille<sup>29</sup>, ou celui de la commission des lois de l'Assemblée nationale<sup>30</sup>. Le débat n'est pas entre l'immobilisme et l'action. Il porte, très précisément, sur un certain usage des mots, et singulièrement du mot « droit » et sur un certain attachement à l'argumentation, à la pensée sur laquelle se fonde l'action politique. Le doute cartésien est plus méthodique que médiatique, comme on sait. A l'idéologie des nouveaux droits de l'enfant, privilégiant toujours l'impact et la formule, il est urgent d'opposer le choix, pour reprendre la célèbre expression de Ronald Dworkin, de « prendre les droits au sérieux ». Car ce qui se joue là, c'est aussi une certaine conception de la citoyenneté.

Au total, sans doute beaucoup ont-ils été convaincus de l'apport que pouvaient représenter les nouveaux droits de l'enfant parce qu'ils

28. Voir note 21.

29. Avis au secrétariat d'État chargé de la Famille, sur la convention des droits de l'enfant.

30. Voir note 15.

ont perçu cela comme une façon de lutter contre le risque de paternalisme, et parce qu'ils avaient conscience que, dans certaines situations familiales particulièrement abominables, il fallait impérativement donner à l'enfant les moyens d'une défense contre ceux qui ont le pouvoir d'exercer pour lui ses droits. Cette attitude conçoit les droits de l'enfant, finalement, comme un ensemble de modifications et de réformes qui ne mettent pas en cause la logique protectrice, mais permettent de mieux prévenir et sanctionner les cas où la protection se renverse en abus de pouvoir. Les droits à l'expression, à l'opinion, etc., ont paru des indicateurs d'intentions, surtout destinés à rappeler aux adultes que les adolescents ne sont pas des bébés, et qu'il serait certainement bon de favoriser leur participation à la vie collective.

Mais l'idéologie des nouveaux droits de l'enfant est bien différente, et c'est ce qu'il faut saisir aujourd'hui si nous ne voulons pas, dans deux ou dix ans, découvrir que les exagérations, les simplifications et la démagogie n'étaient pas des excès louables d'indignation et de zèle ou des dérapages sans portée, mais un discours totalisant, qu'il eût mieux valu écouter avant de lui donner quitus dans l'unanimité d'une profonde indifférence. (En France, la ratification a été votée à l'unanimité... de douze députés. Ce nombre n'est pas inhabituel pour un vote. Il l'est davantage pour un débat parlementaire prétendument décisif.)

Au total, pour les idéologues des nouveaux droits de l'enfant, si la reconnaissance de l'enfant comme personne est présentée comme le fondement, sa reconnaissance comme sujet de droit le moyen, la fin est clairement politique : la reconnaissance de l'enfant comme citoyen. En opposant cette ambition à la démarche traditionnelle selon laquelle il faut, comme le pensait Condorcet, « préparer l'enfant à être citoyen », on affirme deux choses. Le statut légal des enfants est globalement scandaleux, parce qu'il confine l'enfance dans un statut de minorité opprimée et les exclut de la cité, qu'ils ne peuvent que subir passivement. Si certains enfants ne sont pas écoutés, ne sont pas respectés, ou même sont maltraités, ce serait en dernière analyse parce que l'enfant en général est considéré, dans nos systèmes politiques, dans nos démocraties, comme un sous-citoyen. Ainsi, les abus dont sont victimes certains enfants ne seraient pas des détournements ou des défaillances de la protection, mais le signe que c'est la protection elle-même, en tant qu'elle légitime finalement la domination, qui est intrinsèquement un abus de pouvoir.

Sortir enfin de la domination suppose d'accorder aux enfants des droits traditionnellement caractéristiques de la citoyenneté pleine et entière, ce qui est à la fois les respecter véritablement dans tous



## Nouveaux droits de l'enfant

leurs droits (y compris ceux qu'ils ont déjà) et représente la meilleure des pédagogies politiques.

Cette analyse est poussée dans toute sa logique par les idéologues des nouveaux droits de l'enfant, puisqu'ils font de la question du statut légal la question décisive aujourd'hui. Finalement, le cœur du débat politique est là : ce qui caractérise cette idéologie en tant qu'idéologie, c'est de faire des « nouveaux droits » les garants de tous les autres droits, et de proposer à partir de là non pas des réformes, mais une « démarche totalement nouvelle » des politiques de l'enfance.

Sous des dehors révolutionnaires, et une tonalité soixante-huitarde, en réalité l'idéologie des droits de l'enfant conforte une tendance beaucoup plus générale aux sociétés postmodernes : le pseudo-juridisme psycho-social. Face à ce discours, affirmer que tout n'est pas du droit, que tout n'est pas « mon droit », que tout n'est pas l'enfant, ce n'est pas s'accrocher à des valeurs passéistes, ni défendre l'état des choses, mais proposer un autre diagnostic politique des fondements de l'oppression dont, parce que tous les enfants sont dépendants, certains enfants sont victimes.

### *Du danger d'une remise en cause du droit protecteur*

L'idée d'infra-citoyenneté des enfants assimile leur statut légal à celui d'une minorité opprimée, comme on a pu le dire des femmes, des Noirs, ou des juifs... Est-ce sérieux ? Qui peut soutenir sans rire que, sur le plan politique et juridique, l'âge soit une discrimination de même nature que la discrimination en fonction du sexe, de la race, de la religion, de l'opinion politique ? C'est d'ailleurs la raison pour laquelle personne ne nie que l'enfance suppose un statut juridique particulier, et que ni la convention de l'ONU, ni même les plus extrémistes des idéologues des droits de l'enfant ne proposent (encore) le droit de vote à douze ans.

En outre, est-il sérieux de présenter la situation des enfants comme pire que celle des serfs du Moyen Age ? A examiner le détail des dispositions légales, on a du mal à voir où gît le grand scandale juridique : le droit français n'est pas un droit qui réduise l'enfant à n'être qu'une chose. La minorité, ce n'est pas le silence imposé ou le mépris de l'enfant<sup>31</sup>.

31. D'où le fait qu'en contradiction avec l'idée d'une révolution nécessaire, et d'un scandale du droit contemporain, on ait pu dire à propos de la convention de l'ONU : « Le droit positif français est globalement en conformité avec le texte de la convention » (rapport de la Commission des lois, p. 21), « Sur de nombreux points, la législation française est d'ores et déjà en accord avec le texte de la convention » (rapport de la Commission des affaires étrangères, Sénat, p. 24), « La convention devrait pouvoir être ratifiée par la France sans trop de difficultés. En effet, le système juridique applicable aux mineurs en France est globalement compatible avec les dispositions de la convention et en avance sur certains points », *Droit de l'enfance et de la famille*, op. cit., p. 39.

De nombreuses possibilités ouvertes à l'enfant d'agir directement existent dans le droit actuel<sup>32</sup>. Elles ne sont pas contradictoires avec la minorité et l'autorité parentale ; bien au contraire, elles traduisent le souci du droit de prévoir les cas où cette autorité, définie comme un « devoir de protection », se retournerait en carence ou en abus. Ce sont donc des situations exceptionnelles qui justifient de prévoir des exceptions au principe selon lequel les premiers protecteurs de l'enfant que sont ses parents le représentent.

Dire que ces possibilités peuvent et doivent être étendues dans certains domaines est une chose. Il peut y avoir des manques ou des incohérences à l'intérieur d'un droit qui, dans son principe, n'est pas scandaleux... Le projet d'une réforme de l'ordonnance de 1945, par exemple, traduit ce souci d'adapter et d'améliorer la protection des enfants. Mais ces réformes, sous peine de faire de l'enfant le responsable de sa propre protection, n'auront de sens que si elles en préservent d'abord le principe.

Tout autre chose est la volonté d'opérer un « saut » juridique qui réinscrive les dispositions existantes et les étende en référence aux « nouveaux droits » de l'enfant, promus au rang de principes premiers. C'est là toute la différence entre les réformes parfaitement utiles<sup>33</sup>, et des propositions qui, s'autorisant en toute logique des « nouveaux droits », remettent en question l'ensemble de la logique protectrice.

Un exemple : l'enfant en danger peut saisir lui-même le juge. Cette faculté de saisir la justice au motif que les titulaires de l'autorité

32. Je ne rappellerai ici que les dispositions essentielles. Dans certaines procédures particulières, définies par la loi, l'enfant est désigné expressément soit comme demandeur, soit comme défendeur. C'est le cas de l'action en réclamation d'état (322 cc), en recherche de maternité (341 cc), en recherche de paternité (340-2 cc), en contestation de reconnaissance (339 cc), à fin de subsides (342 cc), en modification du prénom (57 cc). Titulaire de l'action, l'enfant ne peut certes l'exercer qu'à travers un représentant, le représentant légal, c'est-à-dire le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. Cependant, deux textes instituent une représentation autonome de l'enfant quand les intérêts du mineur sont distincts de ceux de ses parents : l'art. 317 cc indique que l'action en désaveu de paternité est dirigée, en présence de la mère, par un tuteur *ad hoc*, désigné à l'enfant par le juge des tutelles. L'art. 389-3, al. 2 cc, précise que, quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, l'administrateur légal doit faire nommer un administrateur *ad hoc* par le juge des tutelles. Enfin, l'enfant peut saisir lui-même le juge des enfants si sa santé, sa sécurité ou sa moralité sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises. L'art. 1186 ncpv permet au mineur de choisir un avocat ou de demander au juge qu'il lui en soit désigné un d'office. Les dispositions sur la défense du mineur en danger sont également applicables aux procédures relatives à la délégation, la déchéance ou le retrait partiel de l'autorité parentale (art. 1209 ncpv). En outre, l'enfant peut être, comme on l'a vu, associé à la procédure : entendu par le juge en matière d'assistance éducative (art. 1183 et 1189 ncpv), entendu lors des procédures de divorce à partir de treize ans, sauf décision spécialement motivée (art. 290-3), il dispose en outre d'un droit de veto dans certaines circonstances (par exemple, il doit consentir à son adoption). Au pénal, quand le mineur est auteur d'infraction, l'assistance d'un avocat est une obligation, liée à la minorité (art. 10 de l'ordonnance de février 1945). Depuis la loi du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs, l'art. 87-1 du Code de procédure pénale garantit une défense au mineur victime de mauvais traitements.

33. Comme, entre cent exemples, la suppression de l'incohérence qui veut que l'enfant doive consentir à son adoption dès treize ans, si c'est une adoption plénière, à quinze ans si c'est une adoption simple.



## Nouveaux droits de l'enfant

parentale ne remplissent pas leurs devoirs impérieux, c'est ce qui permet que l'enfant puisse alerter sur une situation qui met gravement en cause l'application du droit. Il faut alors se pencher sur les multiples raisons, (raisons sociales, fonctionnement de la justice, et aussi imprécisions des textes) qui peuvent rendre formelle cette possibilité ouverte à l'enfant. Mais c'est tout autre chose que de réclamer, au nom des « droits de l'enfant », que celui-ci puisse saisir le juge aussi bien quand il n'y a pas danger, autrement dit quand l'exercice de l'autorité parentale n'est pas fondamentalement mis en cause. C'est pourtant ce que certains proposent : « Il importe de donner à l'enfant mineur la possibilité de saisir un juge en cas de conflit entre ses parents et lui-même sur l'exercice de l'autorité parentale. Actuellement, l'enfant en danger peut saisir lui-même le juge des enfants dans les conditions prévues par l'article 375 du Code civil. Même si celui-ci intervient souvent pour régler des conflits entre les parents et les enfants, il n'est pas compétent pour trancher les litiges *des enfants en situation normale*. Il paraît souhaitable de conférer un recours à l'enfant qui est en conflit avec ses parents, à l'instar de ce que prévoit l'article 372-1 du Code civil au bénéfice des parents lorsqu'ils ne parviennent pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant<sup>34</sup>. »

Le Conseil d'État dénonce de son côté les risques d'une telle proposition, singulièrement les risques de manipulation par un parent pour obtenir ainsi satisfaction lors de conflits après divorce. Ces raisons psychologiques existent, et on frémit en imaginant à quelles pressions seraient soumis les enfants qui viendraient demander « en situation normale » à la justice de trancher leurs conflits. Mais le fond de la divergence, à mon sens, est d'une autre nature : une telle proposition met en péril un principe fondamental, celui que les juges des enfants s'attachent à préserver lorsqu'ils vérifient s'il y a bien « danger », le principe selon lequel dans notre pays la justice ne contrôle pas l'exercice de l'autorité parentale si elle n'a pas de bonnes raisons de le faire. Le « droit de l'enfant » ici, n'est rien d'autre que le cheval de Troie d'une incroyable immixtion de l'État dans les familles et la vie privée.

### *La forme postmoderne du paternalisme*

Cet exemple nous amène à prendre conscience d'une tendance bien plus générale. Les idéologues des nouveaux droits de l'enfant, sûrs de détenir la vérité, entretenant la confusion sur les différents sens du mot « droit », sont incapables de penser la complexité des rapports public/privé selon quelque principe que ce soit.

34. Rapport de la Commission des lois sur les droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 32.

## Nouveaux droits de l'enfant

Loin de représenter une alternative à l'arbitraire qu'incarnerait la notion vague d'intérêt de l'enfant, par la définition de normes précises, les « nouveaux droits » donnent au contraire un blanc-seing à ceux qui s'affichent comme « du côté de l'enfant », car la confusion des droits a pour effet de naturaliser les droits qui ne relèvent pas des droits fondamentaux de la personne humaine<sup>35</sup> : d'où la tentation, par exemple, de traduire directement en prescriptions légales les plus vagues des « droits à ». J'en prendrai quelques exemples, choisis pour souligner que le problème n'est pas d'être en accord ou en désaccord avec tel ou tel effet ainsi obtenu, mais de comprendre ce qu'il y a de fondamentalement antidémocratique dans une telle démarche de pensée.

Ainsi, sous la plume des idéologues, le « droit de l'enfant à avoir deux parents » se mue en prescription d'autorité parentale conjointe en cas de divorce ; le « droit de l'enfant à connaître ses origines » en remise en cause de l'accouchement sous X et de l'anonymat des donneurs dans les procréations médicalement assistées, etc<sup>36</sup>. En les nommant « droits », on érige en évidences de nature les représentations dominantes des besoins de l'enfant, et ce qui avait au moins le mérite de se donner comme des opinions ou des choix devient à proprement parler in-discutable. C'est bien la raison pour laquelle on a eu peur que l'article 6 al. 1 : « Les États-parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie » ne fournisse un argument tout aussi incontournable aux militants de Laissez-les vivre, et que la France a émis une déclaration interprétative sur cet article. Mais le problème demeure pour tous les autres articles, car tous sont susceptibles d'une lecture qui, s'autorisant du « droit de l'enfant à », tranche dans le vif un débat de société...

Les « nouveaux droits » ne sont dès lors pas autre chose que la légitimité autoproclamée d'une certaine conception de ce que sont, hors de la sphère juridique, les besoins des enfants. Il y a peu de chances que puisse s'instaurer dans ces conditions le débat qui, seul, permettrait de mettre en discussion les contenus dont est actuellement investi le critère d'intérêt de l'enfant, ni que la dépendance réelle qui est la sienne puisse être contrôlée. Il y a peu de chances, aussi, que soient mis au jour les enjeux et stratégies professionnels qui traversent le champ de l'enfance à la faveur de ce « marché » que sont aussi les droits de l'enfant.

35. Voir Louis Roussel, *Familles d'aujourd'hui et convention des droits de l'enfant*, op. cit.

36. Se reporter à la mise au point juridique de Jacqueline Rubellin-Devichi, directeur du Centre de droit de la famille de Lyon-III, in « Les droits de l'enfant et de sa famille dans le droit positif français de 1989 », colloque de l'ANPASE, 12-13 octobre 1989.



## Nouveaux droits de l'enfant

Ce nouveau paternalisme d'état, pour reprendre l'expression de Catherine Labrusse<sup>37</sup>, trouvera d'autant moins de garde-fous que le soupçon systématiquement porté sur l'autorité parentale peut aller, comme on l'a vu, jusqu'à mettre en cause le principe de respect de la vie privée. Comment penser la relation entre famille et État, privé et public, quand c'est au nom de l'*infans*, et avec le profit symbolique de la plus pure des causes, qu'on propose telle ou telle modification du droit ? Quand l'État se prétend porte-voix de l'enfance muselée, il travestit sa puissance en lutte contre la puissance, son contrôle en lutte contre le contrôle, son autorité en lutte contre l'autorité.

Le rôle des experts en sciences humaines, le recours à des « savoirs » de type psychologique comme justification des décisions judiciaires ou des choix législatifs, dont on sait les dangers, sortent particulièrement relégitimés d'une telle démarche, puisque, lorsqu'ils n'ont pas recours à « l'évidence », c'est en s'en réclamant que ceux qui se donnent comme les simples relais de la personne de l'enfant définissent autoritairement l'espace d'application de ses nouveaux « droits ».

Ainsi, l'idéologie des nouveaux droits de l'enfant, faisant de l'enfance sa cause, et prétendant en représenter sans discussion possible les intérêts « vrais », construit la forme postmoderne du paternalisme, non plus le paternalisme familial, mais le paternalisme d'État, non plus celui qui dit : tais-toi, mon enfant, je sais où est ton bien, mais : n'hésite plus, ouvre la bouche, car moi je suis ta voix.

### *Le pseudo-juridisme psycho-social*

Les « nouveaux droits » sont de surcroît censés être pédagogiques et transformer les enfants en citoyens par un apprentissage progressif de l'exercice des responsabilités qui fasse d'eux des partenaires respectés par les adultes qui devront désormais compter avec eux, les écouter, tenir compte de leur avis, ne pas confondre autorité et toute-puissance. Il est évident, mais il convient de le rappeler avec force, que personne ne nie que l'éducation suppose l'apprentissage progressif de l'autonomie, par une pédagogie appropriée, l'incitation à l'initiative, à la prise de responsabilités, etc. Mais est-ce un problème de droit ? Est-ce vraiment le droit qui empêche aujourd'hui les enfants de s'exprimer, ou qui peut leur en donner les moyens réels ? Cette question était déjà posée à plusieurs reprises en 1986 par Jacques Commaille, lors d'une des premières tables rondes sur les droits de l'enfant : « Développer le recours à l'avocat, instaurer des droits...

37. Catherine Labrusse-Riou, interrogée par l'IDEF, sur l'article 3 de la convention, répond : « Il n'apporte pas de nouveauté par rapport au droit positif français et n'aide pas à sa clarification. Il serait peut-être dangereux si un paternalisme d'État devait en sortir renforcé » (*Lettre de l'IDEF*, n° 39, novembre 1989, p. 10).

cela aidera-t-il l'enfant face à ses parents ou dans la société ? N'est-ce pas tomber dans le syndrome juriste, qui est de survaloriser le pouvoir du droit ? C'est un problème social, culturel, non de droit<sup>38</sup>. »

Les lycéens qui ont manifesté par milliers en France à l'automne 1991 se souciaient fort peu de la légalité de leur action, et personne n'est venu leur dire que leur statut de mineurs leur interdisait de s'exprimer collectivement. Comment ne pas dire, en revanche, que la spontanéité de certains « États généraux d'enfants », et autres « Cahiers de doléances » organisés par les hommes politiques pour mener leur grande campagne de promotion de la convention, laisse pour le moins dubitatif... ?

Parmi les doutes que suscite la convention de l'ONU, le plus répandu tient à son effectivité : quels changements réels peut-on en attendre ? N'est-ce pas un moyen de se donner bonne conscience à peu de frais ? En quoi le sort des enfants les plus défavorisés en sera-t-il amélioré ? Au-delà de vaines polémiques, le problème porte sur l'usage des « droits » comme levier principal de l'action politique, et sur le sens profond du diagnostic que l'on porte sur la situation actuelle des enfants dans notre pays. Nous sommes là au cœur du débat, car c'est une divergence profonde sur l'analyse des coordonnées globales de la situation des enfants en France ici et maintenant qui justifie à mes yeux de mettre en cause l'idéologie des nouveaux droits de l'enfant, non seulement comme discours incantatoire sur le droit, mais comme fondement d'une politique « nouvelle » de l'enfance.

Contrairement à ce que répètent les idéologues des droits de l'enfant, bien des indices amènent à mettre en doute leur affirmation d'une autonomie croissante des enfants « dans le réel » doublée du scandale d'une méconnaissance de cette évolution positive par un droit immobile et adultocrate. L'urgence n'est-elle pas, à l'inverse, de prendre conscience du développement de formes nouvelles de dépendance des enfants et adolescents, que ce soit à l'égard de la situation de leurs parents, ou des formes contemporaines de l'exclusion sociale ? Et de comprendre que ces dépendances ne se « traitent » pas par des textes de loi qui les dénie ?

La constitution de ghettos urbains, scolaires, culturels, et plus généralement de ce qu'on appelle la « société duale », sont à l'évidence la source, y compris au sein de la sphère familiale, des plus scandaleuses inégalités dans le sort réservé aux enfants. L'action sociale se débat dans des impasses, forcée de constater que les programmes de lutte contre l'échec scolaire, l'illettrisme, la délinquance,

38. « La solution n'est pas du côté du droit mais du social et du politique. Une distinction doit être faite en ce qui concerne le terme de droit, et sur sa fonction. Il exerce une fonction réelle et une fonction symbolique. Et l'importance du droit ne doit pas faire oublier celle du social ou du politique », ajoute J. Commaille. Cette table ronde est reproduite in *Informations sociales*, n° 7, 1986, p. 45-53.



## Nouveaux droits de l'enfant

la maltraitance, l'exploitation, se heurtent à des tendances lourdes de notre système social. Dans ce contexte, proclamer des « droits à » n'est pas seulement une réponse généreuse et inefficace, c'est un exutoire aux impasses des politiques sociales qui ne peut que renforcer encore leurs échecs. L'institution judiciaire, sommée de garantir la jouissance ou l'exercice de droits, alors qu'elle n'en a ni le pouvoir, ni les moyens, devient une machine bureaucratique monstrueuse dont les frontières avec le travail social sont de moins en moins nettes. Les risques d'exacerbation du contrôle social étatique le moins maîtrisé en sont multipliés, les attentes à l'égard du droit comme garant des libertés deviennent de plus en plus incantatoires.

Ce phénomène n'est pas propre au champ des politiques de l'enfance et de la jeunesse. Dans tous les domaines, nous assistons actuellement à un mouvement exponentiel en matière législative et réglementaire. Il n'est pas de problème social qui ne se traduise par la proclamation de « nouveaux droits », comme si les valeurs démocratiques impliquaient naturellement de juridiciser (au moins en apparence) l'action politique et sociale.

Le droit, en prenant une extension quasi illimitée, perd sa force spécifique de référence commune. Les « droits à » tuent le droit, parce qu'ils ne sont pas excès mais dilution du droit, qui devient, pour paraphraser Pascal, comme le Dieu caché de la démocratie : un cercle dont le centre est partout et la circonférence nulle part...

### *L'enfant comme argument d'autorité*

Concevoir le rapport adultes-enfants comme un rapport dominants-dominés, c'est d'abord dire que les intérêts profonds des deux camps sont par définition antagoniques et inconciliables. Plus encore, que les intérêts des adultes sont *a priori* illégitimes alors que l'enfant n'aurait que des intérêts légitimes, puisqu'ils se confondent avec l'aspiration à l'émancipation. C'est ainsi que l'on a pu donner cette interprétation de « l'intérêt supérieur de l'enfant » évoqué par la convention de l'ONU : « La référence permanente à l'intérêt supérieur de l'enfant constitue l'une des innovations les plus intéressantes de ce document juridique international. Il faut entendre par là que l'intérêt de l'enfant *doit l'emporter systématiquement sur ceux des adultes ou de la société, sur des considérations économiques ou culturelles*<sup>39</sup>. » Étrange contresens sur l'adjectif « supérieur », qui signifie évidemment « bien compris », mais que les idéologues des droits de l'enfant interprètent comme « supérieur à tous les autres ».

L'enfant devient une valeur en soi, un absolu, et il n'est rien qui concerne de près ou de loin l'enfant qui ne doive être pensé selon

39. Rapport des ONG, *op. cit.*

## Nouveaux droits de l'enfant

ce critère exclusif. L'enfant devient la référence, l'enfance sacralisée est dotée d'un statut d'exception. Elle n'est plus une condition mais la valeur suprême, d'autant plus qu'exclue de la société, elle n'est pas corrompue par elle : avatar inattendu de la classe ouvrière qu'un certain discours avait transformée en référence idéale, voilà l'enfance à son tour promue comme le point de vue totalisant à partir duquel toute la société peut être pensée et régulée.

La sanctification de l'enfance a trois effets essentiels. Le premier, c'est de refuser le pluralisme, refuser la régulation d'une pluralité d'intérêts reconnus les uns et les autres comme valides : c'est la négation de la démocratie et d'une certaine conception du droit comme organisateur du lien social. Une telle démarche s'affiche pour la plus généreuse (« l'enfant d'abord »), cependant que l'enfant abstrait devient pur argument d'autorité pour ceux qui se proclament « du parti de l'enfant », s'excluant eux-mêmes du soupçon qu'ils font peser sur tous les autres. Plus prosaïquement, ce despotisme angéliquement éclairé incite à déguiser tous les intérêts en intérêts ou droits de l'enfant, c'est-à-dire à en user comme d'alibis<sup>40</sup>. Délégitimés *a priori*, les intérêts adultes ne disparaissent pas magiquement, seulement ils seront masqués. L'exclusivité du point de vue de l'enfant se retourne en instrumentalisation.

Quand les idéologues des droits de l'enfant proposent, en France, de revoir tout le droit de la famille à partir des droits de l'enfant<sup>41</sup>, ils ne comprennent pas que l'évolution contemporaine des comportements familiaux exige non de nier les droits de chaque parent, mais de les reconnaître (et pas seulement leurs devoirs) sous peine que l'enfant ne soit que l'otage du plus fort en cas de conflit.

Plus largement, comment ne pas voir que l'idéologie des droits de l'enfant vient ici au secours de l'une des tendances les plus inquiétantes de nos démocraties, celle qui substitue au droit qui pense les rapports mutuels, « les droits » qui atomisent en autant de *lobbies* les catégories qui en sont titulaires ? A suivre cette pente, la justice se transforme en simple champ d'affrontement des rapports de force entre l'individualisme des uns et l'individualisme des autres. « Droits des uns » contre « droits des autres », c'est la dilution des principes qui devraient permettre de penser la mutualité du lien social (les droits n'existent pas sans devoirs) et l'abandon de notre conception du droit comme instance régulatrice commune à tous.

Le deuxième effet, c'est l'infantilisation générale que conforte la « pédagogie » ainsi promue. Comment peut-on présenter des droits

40. Ce risque est d'ores et déjà le plus important dans les procédures de divorce. C'est parce que le critère « d'intérêt de l'enfant » y est exclusif qu'il fonctionne comme alibi. S'il était une façon de désinstrumentaliser l'enfant, ce serait en reconnaissant le droit des parents à conserver des liens avec l'enfant. Une réflexion dans ce sens aurait pu s'engager...

41. Rapport des ONG et rapport IDEF, *op. cit.*, spécialement p. 23.



## Nouveaux droits de l'enfant

sans garantie ni responsabilité, des droits sans devoirs, comme les instruments incontournables de l'accession au statut de citoyen ? Quel citoyen deviendra l'enfant à qui l'on aura appris que rien n'est plus grand que de dire « mon droit, mon droit » ? C'est là que l'on peut s'interroger sur l'anachronisme avec lequel les idéologues des droits de l'enfant vilipendent l'autoritarisme et la rigidité du parent dominateur. Où sont-ils, ces parents ? De qui parle-t-on, en France en 1991 ? Le diagnostic n'est-il pas exactement inverse ? C'est ce que souligne Yves Lernout, président de l'Association des magistrats de la jeunesse : « Les "droits de l'enfant" représentent une formidable aubaine pour celles et ceux qui ne demandent qu'à se dégager du "fardeau éducatif" de plus en plus lourd, dans un monde qui, du moins en Occident, donne l'impression de renoncer à transmettre à l'enfant de quoi s'instituer dans une histoire. [...] Qui d'entre nous n'a pas observé la multiplication de ces "abandons de fait" par des parents débordés, lassés, culpabilisés, et qui agressent les institutions sur le mode "prenez-le" avant de s'entendre répondre de manière à peine moins agressive : c'est à vous de le prendre en charge<sup>42</sup> ! » Dans cette perspective, comment ne pas voir les « nouveaux droits de l'enfant » comme l'image de ceux que, dans une pensée individualiste et consummatrice, chacun voudrait bien avoir<sup>43</sup> ?

La multiplication des cas de carence parentale, voilà un vrai problème pour qui est attaché aux libertés individuelles. Les idéologues des droits de l'enfant, agitant l'épouvantail d'un autoritarisme imaginaire, le résolvent à leur manière. On peut aujourd'hui s'inquiéter que les démocrates et les progressistes restent encore la plupart du temps incapables de le penser, de peur de sembler en appeler à la restauration de l'ordre des familles. Sur le terrain que leur silence laisse libre, d'autres sauront faire pousser le moralisme, les intégrismes et l'amour des chefs...

Le troisième effet, c'est que, faisant prévaloir une définition juridique de la minorité opprimée (entité homogénéisée par son statut

42. *Droit de l'enfance et de la famille*, op. cit., p. 112.

43. Je me permets de renvoyer ici aux réflexions contemporaines sur la place de l'enfant, et la référence à l'enfance dans la société. Ainsi, pour Alain Finkielkraut, « l'individu adulte n'a plus aujourd'hui une définition adulte de lui-même. Il ne se conçoit pas en termes de responsabilité, il ne se pense pas comme capable de penser par lui-même. L'actualité de cette convention est de révéler l'infantilisation générale de notre société » (*Autrement*, op. cit., p. 180). Pour André Comte-Sponville, « il est dangereux de penser que les jeunes ont raison parce qu'ils représentent l'avenir [...]. Prétendre juger le passé ou le présent au nom de l'avenir, c'est prétendre soumettre ce qui existe et ce qui fait la valeur de l'homme, c'est-à-dire sa culture, à ce qui n'existe pas. L'avenir ne vaut que par le passé. C'est le paradoxe de la culture qui est aussi celui de l'homme » (*ibid.*, p. 181). Pour Olivier Mongin, « la société entretient un double mouvement avec l'enfant : d'une part elle l'idéalise comme la figure de la perfection, comme une forme parfaite, sans histoire ; d'autre part, elle refoule tout ce que l'enfance draine comme vulnérabilité. C'est parce que la fragilité est insupportable, et que la souffrance est refoulée en profondeur dans notre monde, que l'enfance disparaît au profit d'un enfant idyllique, véritable héros mythique qui ne doit pas vieillir, qui n'a d'autre avenir que de se soustraire aux affaires de l'histoire », « Mal d'enfance », in *Esprit*, janvier 1991, p. 69-70.

## Nouveaux droits de l'enfant

légal commun) les idéologues des droits de l'enfant refusent de voir, entre la généralité abstraite qu'est « l'enfant » (confondu avec le mineur), et l'individu qu'est chaque enfant particulier, ces grandes fractures sociales qui traversent aussi l'enfance. En fait, ils sont incapables de penser l'enfance, comme catégorie sociale complexe et hétérogène, parce qu'ils ne conçoivent que l'enfant, c'est-à-dire l'exclu de la citoyenneté, qu'ils confondent avec la vie sociale elle-même.

L'enfance n'est pas « un monde à part », elle est traversée par les grandes inégalités que reproduisent nos sociétés, et c'est pourquoi les politiques à l'égard de l'enfance n'ont aucun sens si on les isole des politiques sociales en général. Ceci implique de refuser l'angélisme, de ne pas canoniser l'enfance, mais d'oser voir et dire qu'il y a des enfants privilégiés, des bénéficiaires de l'ordre social, dont les intérêts ne sont certainement pas tous semblables à ceux des enfants que leur destin social cantonne dans les ghettos de nos sociétés d'abondance. Combattre ces inégalités suppose de percevoir, et de souligner, au-delà de l'appartenance commune, l'hétérogénéité profonde de l'enfance, et au-delà des distinctions entre adultes et enfants, leur communauté concrète d'appartenance à certaines conditions sociales. Cela implique aussi de dire que si certains enfants sont effectivement exploités, martyrisés, violentés, ce n'est pas parce que tous les enfants sont juridiquement des sous-êtres, mais parce que certains enfants peuvent réellement y être réduits, par une dépendance qu'il est vain et irresponsable de nier en les proclamant désormais sujets, ou citoyens.

Comment ne pas remarquer que c'est au moment même où explosait la crise de l'école, c'est-à-dire de l'instrument principal d'accès des enfants à des droits réels, que l'on s'est félicité de leur octroyer des droits formels ? Comment ne pas voir que c'est au moment même où éclatait la crise des banlieues, c'est-à-dire la révolte contre l'exclusion réelle, la discrimination réelle, qu'on a présenté les « nouveaux droits des lycéens » comme l'avènement de leur citoyenneté ? On est gêné que tant d'autocongratulations, tant de discours d'autosatisfaction (et on en a rarement entendu autant de la part de la classe politique) aient accompagné la « formidable victoire » de la ratification de la convention de l'ONU. Amère victoire que ce triomphe si facile, contre un ennemi imaginaire.

Irène Théry



**DU DROIT DES MINEURS  
AUX DROITS DE L'ENFANT**

ALAIN MALLET et JEAN-CLAUDE MONIER

## Du droit des mineurs aux droits de l'enfant

Alain Mallet\* et Jean-Claude Monier\*\*

LA conception actuelle des droits de l'enfant suscite des débats souvent très polémiques<sup>1</sup>. Peut-être ceux-ci gagneraient-ils à se remémorer certaines données de la théorie ou de la philosophie du droit concernant à un degré ou à un autre l'enfant.

Tout d'abord l'approche historique du droit de l'enfance pour la période moderne conduit à distinguer trois grandes périodes. Une première période (1789-1840) ignore, pourrait-on dire, tout d'une telle question. L'intérêt de l'enfant tient tout entier dans le fait d'être bien dirigé par ses parents. A cette fin le Code civil dote le père d'un véritable pouvoir sur son enfant pouvant aller jusqu'à le faire enfermer<sup>2</sup>. La législation ne comprend pas d'autres dispositions particulières aux enfants hormis le cas justement de ceux qui manquent de direction du fait de la disparition de leurs parents<sup>3</sup>. Ainsi est conçue la puissance paternelle (article 371 sq. du Code civil), la condition juridique des autres membres de la famille (mère, enfant) ne pouvant relever que d'une théorie de l'incapacité.

Il reste que les rapports parents-enfants étaient considérés comme relevant avant tout du *droit naturel*. Il y a là toute une tradition, due en partie à Locke et Rousseau, qui inspire les juristes de la révolution

\* Professeur de philosophie.

\*\* Juge des enfants au tribunal de Créteil.

1. Cf. revue *Autrement*, « Les 10-13 ans », n° 123, septembre 1991.

2. A. Farge et M. Foucault, *le Désordre des familles. Lettres de cachet des archives de la Bastille*, Gallimard/Julliard, 1982.

3. J. Charpentier, *Droit de l'enfance abandonnée*, PUF, 1967.



## Du droit des mineurs aux droits de l'enfant

(par exemple Durand de Maillane, Mirabeau, Berlier<sup>4</sup>) mais également les rédacteurs du projet de Code civil : « L'homme naît faible, il naît avec ses droits et ses facultés mais ne peut ni réclamer ses droits, ni exercer ses facultés ; et c'est cet état d'enfance, cette faiblesse soit physique, soit morale qui forme ce qu'on appelle *minorité* [...]. Dans cet état, l'homme a besoin d'appui, de protecteur, de conseils. Les premières années de sa vie sont confiées aux soins de ceux qui la lui ont donnée...<sup>5</sup> ».

A l'inverse, la société industrielle va connaître à partir de 1841 toute une réglementation, que ce soit en matière civile, sociale ou pénale, cherchant à prendre en compte la situation particulière des mineurs. Citons, parmi de très nombreux exemples, la loi de 1841 réglementant le temps de travail des enfants, la loi de 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus, la loi de 1851 sur l'apprentissage, la loi de 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle ou encore l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante et celle du 23 décembre 1958 relative à l'enfance malheureuse et en danger.

Toute cette réglementation, souvent dérogatoire aux principes généraux du droit, constituera le *droit des mineurs* dont la caractéristique est de prendre en compte *l'intérêt de l'enfant*<sup>6</sup>. L'enfant bénéficiera ainsi chaque fois que son intérêt l'exige d'une protection spéciale. « L'intérêt de l'enfant » deviendra un critère d'ordre public toujours présent dans les textes ou décisions concernant l'enfant. En quelque sorte détachable de la personne de l'enfant, cette notion permettra d'imposer certaines mesures, tant à lui-même qu'à ses parents tout en évitant de les opposer directement. En ce sens le droit des mineurs réalise typiquement une pratique de droit social reposant sur le principe de la solidarité unissant l'enfant à sa famille.

Le dispositif actuel de la protection de l'enfance en danger ainsi que le droit pénal des mineurs, davantage préoccupé de rééducation et d'insertion que de répression, participent encore d'une telle conception.

Mais une troisième période s'ouvre avec la Déclaration des droits de l'enfant de 1959. Elle va voir se développer un courant favorable à la reconnaissance de droits propres à l'enfant qui trouvera une confirmation remarquable dans la convention des droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989 par l'Assemblée générale de l'ONU<sup>7</sup>.

Ce courant paraît s'appuyer en France sur un triple constat critique : n'est-il pas anachronique de considérer le mineur comme

4. P. Murat, « La puissance paternelle et la Révolution française » in *la Famille, la loi, l'État*, Imprimerie nationale, 1989.

5. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. I, p. 102.

6. Ph. Robert, *Traité de droit des mineurs*, 1969.

7. Cf. *J.O.*, 12 octobre 1990, p. 12363.

## Du droit des mineurs aux droits de l'enfant

juridiquement incapable alors que, véritable acteur social<sup>8</sup>, il jouit dans les faits d'une certaine sphère d'initiative et est pénalement responsable de ses actes dès 13 ans ? Par ailleurs, nombre de décisions prises dans l'intérêt de l'enfant ne le sont-elles pas « en dehors de lui » ? Enfin les situations les plus graves (mauvais traitements, abus sexuels) ne révèlent-elles pas un enfant d'autant plus vulnérable qu'il n'est pas reconnu comme sujet de droit ?

Requalifier l'enfant comme *sujet de droit* et non plus comme simple objet de protection, c'est en ces termes qu'apparaît désormais problématisée la question du droit de l'enfance. Sans doute la convention de l'ONU de 1989 reprend-elle des principes déjà affirmés en 1959. Mais l'énonciation de ces principes repose désormais sur un véritable renversement : l'enfant doit jouir, autant que son développement le permet, de tous les droits de l'homme auxquels doit s'ajouter son droit à une protection sociale due à sa situation particulière d'être fragile. En d'autres termes, les « droits de l'homme de l'enfant » ne doivent plus être amputés au nom de la protection qui lui est nécessaire mais bien au contraire renforcés, développés, déployés<sup>9</sup>...

La situation présente comprend un double aspect : d'une part la mise en place des « droits nouveaux » des jeunes telle, sur le fondement du droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 14 de la convention de l'ONU), la mise en œuvre de son droit d'association, notamment dans le cadre scolaire<sup>10</sup>. D'autre part, sont envisagées les incidences, les modifications que la convention de l'ONU, texte juridiquement contraignant (à la différence d'une simple déclaration) ne manquera pas d'entraîner pour le droit français de la famille.

En effet, l'affirmation du « droit inhérent à la vie » de l'enfant (article 6 de la convention) ne va-t-il pas venir limiter le recours à certains modes de procréation médicalement assistée ? De même le droit de l'enfant « à connaître ses parents » (article 7 de la convention) ne remet-il pas en cause l'insémination artificielle avec donneur anonyme ou encore l'accouchement sous X ou même le processus de l'abandon (article 350 du Code civil) ou de l'adoption (article 343 du Code civil) qui créent un droit pour les parents biologiques à ne pas être connus de leur enfant ? Ou encore le droit de l'enfant « à être élevé par ses parents » ne rend-il pas désormais critiquable l'insémination artificielle d'une femme avec le sperme de son mari décédé ou encore le

8. Cf. D. Cacheux, Rapport d'information sur les droits de l'enfant, Assemblée nationale, novembre 1989.

9. Cf. les écrits de J.-P. Rosenczweig, directeur de l'Institut de l'enfance et de la famille.

10. Cf. décret du ministère de l'Éducation nationale du 18 février 1991 ; P. Le Walle, « Le droit des jeunes à l'école », in *Journal du droit des jeunes*, février 1986, p. 3 (Belgique).



recours à la « maternité de substitution » ? Les droits de l'enfant ne sont-ils pas la limite du droit à l'enfant<sup>11</sup> ?

De même les règles actuelles d'établissement de la filiation étant marquées, malgré leur évolution, par une certaine inégalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels, ne devront-elles pas aussi être revues afin de devenir compatibles avec l'article 2 de la convention de l'ONU qui protège l'enfant contre « toutes formes de discrimination [...] motivées par la situation juridique de ses parents<sup>12</sup> » ?

Enfin le droit de l'autorité parentale, qui fait pourtant déjà le plus de « place » à la personne de l'enfant ne devra-t-il pas encore évoluer, des rapports officiels<sup>13</sup> recommandant, conformément à l'article 12 de la convention, que l'enfant soit entendu et défendu dans « toute procédure le concernant » ? Cela reviendrait à faire davantage de lui un sujet de droit dont pourraient dépendre certaines décisions, que ce soit en matière de fixation des modalités de l'autorité parentale, d'émancipation, de divorce, etc. Comme l'écrit J.-P. Rosenczveig : « L'acuité de nombreuses séparations conjugales pose la question de la place de l'enfant. [...] Ne doit-on pas alors quitter la logique de l'organisation des pouvoirs sur l'enfant – et la rivalité père-mère – pour affirmer que tout enfant a le droit d'entretenir des relations avec ses deux parents, ses frères et sœurs, ses grands-parents ou encore ses amis, que ses parents soient unis ou non, mariés ou pas ? »

Seul l'avenir dira quelle sera la portée de ces principes, quelle application en sera faite.

Certains pourtant affirment déjà y déceler la marque d'une démagogie facile, quand ce ne sont pas des innovations dangereuses. L'analyse porterait plutôt à y voir comme un « recentrage » du droit social des mineurs vers la conception plus traditionnelle qui sous-tend les droits de la personne appliquée à l'enfant, ce qui provoquerait le renversement de tendance de toute une tradition juridique.

Ce renversement peut s'analyser d'un triple point de vue. Tout d'abord le droit de l'enfance cesserait de n'être qu'un droit de la protection de l'enfant en danger pour appréhender dans sa globalité la condition de l'enfant.

Longtemps, en effet, le droit de l'enfance a consisté quasi exclusivement en un droit de la protection de l'enfant, que ce soit contre son exploitation dans le travail, les mauvais traitements en famille ou ses propres écarts de conduite (droit pénal des mineurs). Or la

11. A. Seriaux, *Droit naturel et procréation artificielle. Quelle jurisprudence ?* recueil Dalloz-Sirey, 1985, p. 53.

12. Sur ces questions, voir l'avis du Haut Conseil de la population et la famille ainsi que les nombreuses études dues à des juristes, en particulier à J. Rubellin-Devichi, notamment à la *Revue trimestrielle de droit civil*.

13. Cf. Rapport intermédiaire du Conseil d'État au Premier ministre sur l'audition et la défense de l'enfant en justice, 1989.

## Du droit des mineurs aux droits de l'enfant

protection judiciaire des mineurs concerne à notre époque environ 130 000 enfants chaque année<sup>14</sup>, pourcentage relativement faible par rapport aux quatorze millions de jeunes. Il faut savoir en outre que les mesures d'assistance éducative prescrites par les juges des enfants, contentieux le plus représentatif de cette logique de la protection, comprennent de moins en moins de retrait d'enfant de leur famille.

En revanche, l'esprit de ces mesures, qu'elles soient de « milieu ouvert » ou de placement, est le même : non pas sanctionner des parents pour leurs manquements à leur devoir d'éducation mais prescrire ce qui, dans chaque situation particulière, doit l'être pour améliorer la situation de l'enfant. La logique de ces mesures consiste donc de moins en moins à soustraire, de manière « sanitaire », un enfant à ses parents mais au contraire à permettre, par des interventions appropriées des services éducatifs, à restaurer les rapports parents-enfants, à faire qu'à des situations d'anomie se substituent des rapports plus structurants pour l'enfant<sup>15</sup>, en d'autres termes qu'au nom de la loi juridique, progressivement la loi symbolique vienne réordonner et redonner sens aux rapports familiaux vécus par l'enfant dans son milieu naturel.

Or il pourrait apparaître comme paradoxal qu'il n'y ait d'appréhension juridique de la vie, du développement de l'enfant qu'au travers des seules situations de danger ou de conflits graves et que quatorze millions d'enfants continuent par ailleurs de vivre en quelque sorte sans droit, en dehors du droit ou plus précisément comme non-sujets de droit<sup>16</sup>.

Désormais, avec la convention de l'ONU, tout enfant même sans difficultés particulières, ou tout adulte s'occupant de l'enfant (parent, enseignant, travailleur social, etc.) peut se référer à des principes de droit le concernant. En ce sens les droits de l'enfant s'érigent en partie *contre* la seule logique qui prévalait jusque là de la protection de l'enfant.

Sans doute objectera-t-on qu'il existait déjà une réglementation propre aux « grands adolescents » leur reconnaissant, par des passages anticipés de la minorité à la majorité, certaines capacités. A titre d'exemple le droit de conduire un cyclomoteur ou de souscrire un contrat de travail, etc.<sup>17</sup> Mais de cette réglementation éparse ne se dégage pas un droit, au sens d'un corps de principes pouvant servir de repères aux conduites. Chaque règle vaut pour son domaine res-

14. Cf. *Annuaire statistique de la Justice*, La Documentation française.

15. J. Clavreul, « La parole de l'alcoolique », *le Désir et la loi*, Denoël, 1987.

16. Cf. J. Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 34, 1989.

17. F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la pré-majorité », *la Semaine juridique*, n° 3142, 1984.



## Du droit des mineurs aux droits de l'enfant

pectif et procède surtout d'une manière d'émancipation partielle (souvent d'ailleurs consentie en échange de la « caution » parentale) de l'enfant, « adulte avant l'âge » (pour reprendre la publicité d'une banque), plutôt que la reconnaissance pour lui d'une sphère d'autonomie.

Un autre renversement, corollaire du précédent, s'opérerait : alors que notre tradition juridique considère que « les gens heureux ignorent le droit » (les règles de droit n'étant que « des règlements anticipés de conflit »), la convention de l'ONU énonce tout un ensemble de principes (plus de cinquante articles) qui ont vocation, en étant observés, à rendre les rapports familiaux et l'évolution de l'enfant plus harmonieux.

Cette tradition était pourtant constante, que ce soit chez Aristote pour qui « ceux qui s'aiment n'ont pas besoin de la justice » ou chez saint Thomas ou Pothier pour qui la solidarité des membres de la famille empêche qu'il y ait entre eux de véritables rapports de droit, de justice. A une époque plus récente, on retrouve une même inspiration chez les auteurs du Code civil comme par exemple Albisson pour qui la puissance paternelle « n'est pas à proprement parler un droit mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré<sup>18</sup> ».

Or curieusement, en dépit de cette tradition, fondatrice pourrait-on dire de notre conception de ce qui est du domaine du droit et de ce qui doit rester du domaine de la morale<sup>19</sup>, peu de critiques s'élèvent pour contester l'orientation prise par la convention de l'ONU quand elle érige en droit des règles de conduite. En revanche, l'on déplore fréquemment que l'ONU ait privilégié les droits de l'enfant au lieu de « fortifier la famille<sup>20</sup> ».

Ce dernier argument est à plus d'un titre surprenant. Car comment ne pas s'apercevoir que la famille est devenue une fiction juridique aux contours de plus en plus imprécis ? Là encore Pothier, « père » du Code civil, avait montré depuis longtemps que la famille ne constituait pas une entité avec une existence propre. Comme l'écrit J. Carbonnier, la famille « n'est pas une entité qui serait distincte de ses membres mais en chacun de ses membres, cette partie de la personnalité qui est familialisée<sup>21</sup> ». Ce qui fit que jamais, malgré des efforts en ce sens notamment dans les années 1950<sup>22</sup>, la famille ne fut reconnue comme « personnalité morale ». Quant au modèle juridique de la famille, l'on peut dire, alors même qu'il a constitué une question centrale pour les juristes de la Révolution et de l'Empire, qu'il n'a

18. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. X., p. 536.

19. F. Ewald, *Droit social et libertés*, Association française de science politique, Grenoble, janvier 1984.

20. P. Moreau, « Droits de la famille, droits de l'enfant », *Études*, juillet-août 1991.

21. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LCGJ, 1969, p. 150.

22. R. Théry, « L'intérêt de la famille », *la Semaine juridique*, 1972, I, 2485.

cessé depuis le Code civil « d'éclater » au point qu'en cette matière, c'est le pluralisme juridique qui prévaut<sup>23</sup>. Les grandes réformes des années 1970 (autorité parentale, filiation, divorce) confirment cette tendance, la loi se préoccupant moins de définir un modèle prévalant que de répondre à la variété des situations de fait. Le droit devrait peut-être même gagner encore en souplesse si, comme certains le préconisent, il en venait à prendre en compte le phénomène des « familles recomposées<sup>24</sup> ».

En tout cas, devant cet éclatement du cadre juridique de la famille – simple réseau de liens, l'enfant vivant avec ses deux parents ou l'un d'eux, ceux-ci ayant mis, ou non, leur situation de fait en conformité avec le droit –, comment s'étonner que la convention de l'ONU ait pris le parti de chercher d'abord à « fortifier » la situation juridique de l'enfant ? A notre époque, n'est-ce pas l'enfant qui « fait » la famille ?

Un troisième « renversement de tendance » consisterait enfin dans le point suivant : jusque-là la définition des droits subjectifs en faisait une prérogative laissée à la seule initiative de son titulaire. Dès lors, reconnaître l'enfant comme sujet de droit ne revient-il pas à le doter de droits *contre* ses parents, les adultes en général, et n'est-ce pas limiter l'étendue de l'autorité parentale au profit de la souveraineté de l'enfant ?

Or, loin d'admettre que puisse ainsi s'ouvrir un conflit de droits entre l'enfant et ses parents, les défenseurs des droits de l'enfant ont toujours affirmé, à l'instar de H. Dorlhac, alors secrétaire d'État chargé de la Famille, que ceux-ci « ne s'opposaient pas aux droits de la famille<sup>25</sup> ». De fait, la convention de l'ONU ne suggère la création d'aucun organe de règlement pour les conflits qui pourraient surgir à l'occasion de son application.

Est-ce alors une inconséquence, comme le sous-entendent certains ou n'est-ce pas plutôt, peut-être au prix d'une certaine utopie, le retour à une conception « solidariste » du droit ? En effet, pour des auteurs tels Fouillée ou Gurvitch, le véritable droit, social, est fondé sur la confiance, l'effort en commun et ne « peut jamais être imposé ni du dehors ni d'en haut, il ne peut régler que du dedans et d'en bas, d'une façon immanente. Il est donc toujours un droit autonome inhérent à chaque "nous" particulier, favorable à l'autonomie juridique des intéressés et les poussant à se gouverner eux-mêmes<sup>26</sup> ». Au rang de ces communautés qui secrètent le droit figure la famille et

23. « Réformes du droit de la famille », *Archives de philosophie du droit*, n° 20, 1975.

24. J. Rubellin-Devichi, « L'attitude du droit face aux secondes familles », in *Dialogues*, n° 97, 1987.

25. Cf. *les Droits de l'enfant en questions*, ministère de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale, la Documentation française, 1990.

26. G. Gurvitch, *la Déclaration des droits sociaux*, Vrin, 1946.



comme l'écrit Charmont : « Socialiser le droit, c'est le rendre plus compréhensif, plus large qu'il n'était, l'étendre du riche au pauvre, du possédant au salarié, de l'homme à la femme, *du père à l'enfant*, pour tout dire, c'est l'admettre au profit de tous les membres de la société<sup>27</sup> ».

Du même coup l'on peut se demander si la notion de droit discrétionnaire des parents sur leur enfant, qui a certes régressé depuis 1804, pourra encore subsister. Sera-t-il encore longtemps « concevable » que le consentement au mariage de leur enfant mineur, par exemple, soit un droit discrétionnaire des parents<sup>28</sup> ? Sur un tout autre registre, restera-t-il admissible qu'une mineure qui le désire ne puisse avoir recours à l'IVG du seul fait que ses parents y opposent leur veto<sup>29</sup> ?

Ces questions rappellent surtout que, s'agissant du mineur, la mise en œuvre des droits dont il a la jouissance mais rarement seul l'exercice ne manque pas d'être problématique. Or cette question, d'une réelle portée pratique, est généralement passée sous silence alors que des juristes parmi les plus grands (Hauriou, Saleilles, Demogue, Michoud), au moment où se discutait, au tournant du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle, la question de la personnalité juridique des associations, des syndicats et où finalement évoluait la notion même du droit, ne devaient pas manquer de s'interroger sur ce sujet de droit particulier qu'est l'enfant<sup>30</sup>. Un être faible, parfois dépourvu de volonté, peut-il se voir conférer des droits qui lui soient propres ?

Retenons de ces discussions souvent complexes que la représentation de l'enfant par ses parents est tout sauf simple et que l'évolution sociale actuelle, l'émancipation progressive des jeunes (même s'ils restent plus longtemps en famille), ne simplifiera pas cette question. D'autant que, jusqu'à présent, l'objectif prioritaire de la protection de l'enfant et le souci d'éviter tout conflit intrafamilial ont souvent conduit à faire des adultes des substituts de l'enfant plutôt que des *représentants* participant à ses côtés à la mise en œuvre des droits dont l'enfant peut être titulaire. Quant à l'institution judiciaire, quand elle est appelée à se prononcer sur ces questions, il semble qu'elle contribue assez peu à rendre plus perceptibles les règles qu'elle applique, tant ses décisions privilégient l'opportunité sur la stricte légalité<sup>31</sup>.

27. *Revue de métaphysique et de morale*, p. 380, 1903.

28. A. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1944, p. 1.

29. Cf. tribunal pour enfants d'Évry, 8 novembre 1982, note P. Raynaud, recueil Dalloz-Sirey, 1983, p. 218.

30. R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1922, p. 541 ; R. Demogue, « La notion de sujet de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 651.

31. J. Commaille, *Famille sans justice ?*, Le Centurion, 1982.

## Du droit des mineurs aux droits de l'enfant

Les principes affirmés par la convention de l'ONU pourraient ainsi avoir ce mérite d'opérer un recentrage dans la conception juridique de l'enfant (entre le droit social des mineurs et les droits de la personne) en même temps qu'un effet centrifuge sur les différents aspects de sa condition juridique jusque là dispersés. Parcourons la table des matières de l'ouvrage que J. Chazal (éminent magistrat dont le nom restera associé à la protection des mineurs) a consacré en 1959 aux droits de l'enfant : que lit-on ? Chapitre 1 : L'enfant sujet de droit. Chapitre 2 : L'enfant abandonné. Chapitre 3 : L'enfant maltraité. Chapitre 4 : L'enfant en danger moral. Chapitre 5 : L'enfant révolté. Chapitre 6 : L'enfant disputé. Ne traduit-elle pas, sans doute très justement, une condition « éclatée » qu'aucun principe n'ordonne ? Une meilleure manière pour le jeune d'assurer son évolution et, au besoin, sa protection ne commence-t-elle pas par un *statut juridique* « réunifié », plus affirmé et du même coup mieux perceptible ?

Reste la question de la connaissance<sup>32</sup>, de la diffusion de ces principes constitutifs du statut juridique du mineur. La convention de l'ONU a prévu une telle pédagogie (cf. article 42) à l'instar des textes qui l'ont précédée, comme par exemple le premier projet (1950) de la Déclaration de 1959 qui prévoyait : « L'enfant doit jouir de tous les droits qui lui sont ci-dessus reconnus [...]. L'Assemblée générale demande à tous les gouvernements [...] de faire connaître et d'expliquer les principes énoncés ci-dessus aux parents, éducateurs [...] ainsi qu'aux enfants eux-mêmes. »

### *La ligne et le mur*

Mais nous sommes conscients que ce détour par la théorie et la philosophie du droit, s'il est de nature à relativiser la portée de certaines critiques concernant la signification de la convention, ne suffira sans doute pas à calmer les inquiétudes ni dissiper les soupçons.

Bien souvent, le fait d'avoir des droits vient clore une période où l'on était dans l'impossibilité de les faire reconnaître, période qui s'achève lorsque tel groupe dominé, bénéficiant d'un concours de circonstance favorable, finit par se faire entendre. La situation de l'enfant a ceci de particulier que l'enfance finit un jour, ce qui ne veut pas dire que cela se fasse « naturellement ». On peut penser alors que l'enfant devenu majeur pourra se souvenir de sa situation antérieure et contribuer à en corriger les aspects négatifs, pour les générations

32. Sur la question complexe de la socialisation juridique des jeunes, cf. Ch. Kourilsky, « Connaissances et représentations juridiques chez les enfants et les adolescents », *Droit et société*, 1986, p. 383 ; A. Percheron, *Le Droit à 20 ans*, Institut de formation continue du barreau de Paris ; F. Dolto, *La Cause des adolescents*, Laffont, 1988.



futures. Mais la particularité essentielle tient au fait que l'enfant est celui qui ne peut pas faire prévaloir ses droits, sinon par délégation. Les droits de l'enfant fondamentalement sont les droits de l'Autre alors que notre tradition nous a habitués à l'idée que « l'homme n'a pleinement des droits que s'il se les donne lui-même<sup>33</sup> ». Les détracteurs de la convention et du mouvement en faveur des droits de l'enfant, qui l'accompagne, peuvent alors objecter que donner des droits à qui ne peut les exercer revient à les donner à qui parlera ou agira au nom des enfants. On peut alors répondre à ces détracteurs que le problème reste entier et qu'empêcher les manipulations ne suffira pas à rendre ces droits effectifs ni, *a fortiori*, à prévenir les mauvais traitements dont les enfants pourraient être victimes. Tout se passe comme si les droits de l'enfant étaient condamnés à restés informulés ou à courir le risque de voir leur contenu dévoyé par cela même qu'il s'exprime.

Il nous semble qu'on n'a pas suffisamment pris conscience du caractère *problématique* de la notion de « droits de l'enfant », comme s'il suffisait d'assembler deux termes positivement connotés, « droit » et « enfant », pour produire une expression dont la valeur et la pertinence seraient comme la somme de ses éléments.

Ce qui est reproché à ce mouvement en faveur des droits de l'enfant, c'est qu'il est porté par une logique qui conduit à la notion d'enfant-citoyen<sup>34</sup>. Le sens nouveau donné aux « droits de l'homme de l'enfant » se fonde notamment sur l'idée que la seule dimension de la « protection » est insuffisante dès lors qu'elle s'adresse à des futurs citoyens. Si la citoyenneté sera pleine et entière à la majorité, l'enfant est citoyen « potentiel<sup>35</sup> » et un droit-protection porte, en toute rigueur, atteinte à sa dignité. De la reconnaissance de cette citoyenneté potentielle, qui doit imprimer sa marque sur le contenu des droits de l'enfant, on glisse – c'est du moins la crainte parfois exprimée – à l'idée que l'enfant est déjà citoyen, par le fait qu'il est « acteur social ».

S'il est légitime de souhaiter ajuster les droits de l'enfant sur les droits de l'homme, si on va jusqu'à vouloir renforcer, développer, déployer, les premiers par rapport aux seconds, on se heurte très vite à une difficulté majeure : si la notion d'« homme » trouve les supports (l'adulte, la personne majeure) qui l'illustrent – ce qui autorise, par voie de conséquence, à donner sa place aux droits de l'enfant –, elle ne saurait pour autant se confondre avec ceux-ci. Elle possède une dimension d'abstraction et d'universalité, condition de possibilité de

33. B. Bourgeois, *Philosophie et droit de l'homme*, PUF, 1990, p. 14.

34. A. Finkielkraut, « La nouvelle statue de P. Morozov », *le Monde*, 9 janvier 1990.

35. Comme on parle à propos de l'embryon de « personne humaine potentielle », avis du Comité national d'éthique, 1984.

la notion de citoyenneté, qui ne s'obtient qu'au prix d'un dédoublement de l'être humain, dédoublement dont Kant, par la distinction entre la nature intelligible et la nature empirique de l'homme, donne le paradigme. C'est du moins l'affirmation de ce caractère intelligible qui donne de la crédibilité à la notion de liberté, de responsabilité et finalement de citoyenneté. Or l'enfant ne se définit que par son empiricité, par des déterminations essentiellement psychologiques, telles que la « fragilité », à quoi il est possible d'apposer des déterminations contraires, comme la « résistance », la « maturité », comme si la majorité, de juridique, pouvait devenir catégorie psychologique. On oublie que si l'homme majeur est présumé responsable, la responsabilité – pas plus que dans un autre domaine, proche cependant, l'égalité – ne saurait être l'objet d'un constat empirique ; les sciences humaines permettent tout ce que l'on veut sauf de donner des critères de majorité, ou de responsabilité.

S'il est vrai que « nous avons tous été enfants avant que d'être hommes<sup>36</sup> », ce fait empêche que l'enfant puisse être, comme tel, reconnu pleinement citoyen, le citoyen devant être éclairé, instruit. Il faut alors « faire la part au temps » ce qui est tout autre chose que l'exigence, demandée et supposée, pour le « bourgeois », le membre de la société civile, de dépasser sa particularité empirique pour se penser comme citoyen – ce qui permet à la fois de distinguer conceptuellement l'homme et le citoyen et de concevoir leur union dans la même personne. Au contraire, s'agissant de l'enfant, s'il est citoyen, il l'est sur le mode du « pas encore », non parce qu'il serait fragile, malléable, manipulable, ou pour quelque raison psychologique que ce soit, mais tout simplement parce qu'il n'a pas été *instruit*.

Par ce qu'il est aujourd'hui, l'enfant relève donc d'une approche empirique, et les principes qui doivent guider notre attitude à son égard relèvent de ce que Kant appelle le « principe du bonheur<sup>37</sup> », par opposition au « principe du droit ». Cependant, par ce qu'il sera, l'enfant est aussi en droit de recevoir ce qui lui permettra d'exercer sa citoyenneté. Avant de se perdre dans des questions sans réponse du style « Comment peut-on savoir quel est l'intérêt de l'enfant ? », « Quel est son désir ? », il faut commencer par poser une autre question, difficile mais non sans réponse : « Que doit savoir un citoyen ? » Mais ce droit du savoir, l'enfant ne peut le revendiquer et il ne lui appartient pas, est-il besoin de le préciser, d'en fixer le contenu.

Tout ceci suppose que soit distinguées clairement « l'autorité » et la « domination », trop souvent confondues<sup>38</sup>. Faisons de nouveau

36. Descartes, *Discours de la méthode*, II<sup>e</sup> partie, Vrin, 1966, p. 61.

37. Kant, *Théorie et pratique*, Vrin, 1988, p. 44. Nous maintenons les guillemets pour la seconde expression étant donné qu'« à proprement parler, on ne peut assigner au bonheur aucun principe déterminé », p. 45.

38. Hannah Arendt, « Crise de l'éducation » in *Crise de la culture*, Idées, 1972.



appel à Kant qui écrit qu'« on ne peut mûrir pour la liberté si l'on n'a pas été mis au préalable en liberté (il faut être libre pour pouvoir se servir raisonnablement de ses forces dans la liberté). Les premiers essais en seront sans doute grossiers et liés d'ordinaire à une condition plus pénible et plus dangereuse que lorsqu'on se trouvait encore sous les ordres, mais aussi confié aux soins d'autrui ; cependant jamais on ne mûrit pour la raison autrement que grâce à ses tentatives personnelles<sup>39</sup> ». Mais Kant écrit cela à propos des *peuples*, non des individus, et donc des enfants. Inversement, il écrit que « l'homme a besoin de soins et de culture. La culture comprend la discipline et l'instruction<sup>40</sup> ».

Les principes qui valent pour le domaine de la vie politique ne valent pas pour le domaine de l'éducation et réciproquement. « Un gouvernement fondé sur le principe de la bienveillance envers le peuple, semblable à celle d'un père envers ses enfants, c'est-à-dire un gouvernement paternel, où donc les sujets, comme des enfants mineurs qui ne peuvent distinguer ce qui leur est véritablement utile ou nuisible sont réduits au rôle simplement passif d'attendre du seul jugement du chef de l'État qu'il décide comment ils doivent être heureux... un tel gouvernement est le plus grand despotisme qu'on puisse concevoir<sup>41</sup>. » La discipline et le savoir, les soins et la bienveillance, tous ces éléments déterminent le contenu de ce qu'on pourrait appeler les « droits de l'enfant et de l'élève ».

Cependant, on doit admettre que, puisque la notion d'enfant ne recouvre pas la même réalité selon qu'elle désigne un embryon, un nouveau-né ou un adolescent, l'attitude à l'égard de l'enfant doit relever des deux principes, « principe du bonheur » ou de « bienveillance », où l'on prend en compte la particularité empirique de l'enfant et le « principe du droit », où doit être cultivée l'universalité qu'il porte en lui, l'élève étant alors l'anticipation du citoyen.

Comment obéir, objectera-t-on, à ces deux principes contradictoires ? On répondra qu'ils ne sont contradictoires qu'à être pensés sur le même plan mais qu'il est possible de les hiérarchiser<sup>42</sup>. Soit, pour illustrer cette thèse, l'exemple de l'école : celle-ci a affaire en premier lieu à des *élèves* qu'il s'agit d'*instruire*, mais elle ne peut ignorer complètement les déterminations empiriques de ces élèves,

39. Kant, *Religion dans les limites de la simple raison*, Vrin.

40. Kant, *Traité de pédagogie*, Hachette, 1981, p. 37.

41. Kant, *Théorie et pratique*, op. cit., p. 41.

42. On doit savoir gré à J.-C. Milner (*De l'école*, Seuil, 1984) d'avoir rappelé avec vigueur ce qui devrait être une évidence, à savoir que l'école a « affaire à des élèves ». Notre position se démarque de la sienne dans la mesure où, pour reprendre la distinction kantienne, nous ajoutons au « principe du droit », le « principe du bonheur » que nous subordonnons au premier. Cf. J. Hébrard : « Que l'école soit aussi ce mixte public/privé est une exigence de la prématuration politique de l'enfance. Comment instruire celui que l'on doit encore éduquer ? », *le Débat*, septembre 1984, n° 31, p. 18.

étant entendu que cette prise en compte doit venir en *second* et surtout ne doit pas se substituer à ce qui fait la raison d'être de l'école, à savoir l'instruction. Les récents mouvements lycéens ont eu pour effet la reconnaissance d'un droit à l'expression et ont entraîné des aménagements de ce qu'on appelle dans les lycées la « vie scolaire », pièce maîtresse de la « communauté éducative ». A cela, rien à redire, si l'on n'oublie pas que l'école, avant d'être « communauté éducative » est une *institution* et que la question « Que doit savoir un citoyen ? » est celle qui doit servir d'idée régulatrice pour définir ce qu'on doit y faire. Peut-être que les craintes exprimées à propos du mouvement en faveur des droits de l'enfant auraient été dissipées si l'élève, et donc le citoyen, n'avait pas donné parfois l'impression d'être oublié derrière l'enfant.

Pour conclure, nous laisserons le dernier mot à Hannah Arendt. Concevoir la différence entre « la ligne » et « le mur », c'est sans doute ce sur quoi il faut commencer à réfléchir. « La ligne qui sépare les enfants des adultes devrait signifier qu'on ne peut ni éduquer les adultes, ni traiter les enfants comme des grandes personnes. Mais il ne faudrait jamais laisser cette ligne devenir un mur qui isole les enfants de la communauté des adultes, comme s'ils ne vivaient pas dans le même monde et comme si l'enfance était une phase autonome dans la vie d'un homme, et comme si l'enfant était un état humain autonome, capable de vivre selon ses lois propres. On ne peut établir de règle générale qui déterminerait dans chaque cas le moment où s'efface la ligne qui sépare l'enfance de l'âge adulte ; elle varie souvent en fonction de l'âge, de pays à pays, d'une civilisation à une autre, et aussi d'individu à individu. Mais à l'éducation, dans la mesure où elle se distingue du fait d'apprendre, on doit pouvoir assigner un terme<sup>43</sup>. »

Alain Mallet et Jean-Claude Monier

---

43. Hannah Arendt, « Crise de l'éducation », *op. cit.*, p. 250.



**MORT ET DIGNITE**

**PAUL VALADIER**

## Mort et dignité

N'y a-t-il pas quelque chose de scandaleux à associer comme nous le faisons ce soir "mort et dignité" ? N'est-ce pas même tout simplement contradictoire ? En effet, la mort consacrant la fin de notre destinée historique met un sceau à l'existence humaine et lui inflige une sorte de démenti qui en ruine les projets et en annule même les réussites. Loin de signifier la dignité de l'homme, elle lui signifie plutôt son essentielle vanité. "Nu, je suis sorti du sein maternel, nu j'y retournerai," dit Job (chapitre 1, verset 21), et le Psaume 90 rappelle avec la netteté tranchante des Ecritures la vacuité de toute existence vouée à être fauchée aussi vite que l'herbe des champs, sans laisser trace et souvenir parmi les vivants : comme si elle n'avait pas été. Par la rupture qu'elle introduit en toute vie humaine, la mort représente bien un arbitraire et pour tout dire une violence sur lesquelles semblent échouer les vénérables discours sur la dignité de l'homme. Belle dignité qu'engloutit un tombeau, pourrait-on dire en parodiant Pascal ! Et nous nous souvenons de l'ironie cinglante d'un Schopenhauer à propos de cette volonté humaine qui ne veut pas voir à quel destin tragique elle est vouée et qui s'enferme illusoirement sous le voile de Maïa dans la fausse valorisation de son principe d'individuation... De nos jours, plus encore que jadis sans doute, la mort effrayante, ou troublant l'ordre policé de nos cités, est en quelque sorte censurée ; en dehors de rares et pénibles (regrettables) exceptions, nul ne la voit plus dans la vie familiale, sociale et culturelle ; elle a disparu de nos rues et de nos cités ; elle ne règne que sur les écrans de nos télévisions, le temps distancié et vite oublié d'une information tragique et généralement lointaine. N'est-ce pas une autre façon de dire, collectivement, que la mort doit être bannie d'une cité digne de l'homme, donc qu'entre elle et la dignité humaine, aucun compromis n'est possible ?

Toutefois nous ne pouvons oublier qu'une sagesse immémoriale, philosophique autant que religieuse, tient que l'homme trouve au contraire sa dignité et tout bonnement le sens de sa vie à reconnaître qu'il est mortel ; cette sagesse prétend même à l'inverse des tendances contemporaines citées à l'instant qu'il est indigne de l'homme de ne pas vouloir voir, d'être incapable de faire face à la mort ou de simuler son insignifiance. Le même Psaume 90 (au verset 12) demande à Dieu : "fais-nous savoir comment compter nos jours que nous venions de coeur à la sagesse" ; comme si en effet le décompte des jours, la reconnaissance nette d'une limite insurmontable disposaient à la vraie sa-



gesses, et délivraient de ce que les Ecritures appellent la folie (et que nous appellerions sans doute aujourd'hui la déraison ou l'illusion sur soi) . Le *Memento mori* est un principe des sagesse traditionnelles qui n'aboutit pas nécessairement à la morosité et encore moins au désespoir, car il met l'homme à ce niveau de lucidité sur son destin où il trouve le sens de sa vie . L'art a représenté tant de fois un Jérôme méditant sur un crâne, tout en tenant une plume à la main et en poursuivant son entreprise colossale de traduction de la Bible, pour que nous sachions que cette méditation ne signifiait pas nécessairement défaitisme ou détournement des tâches humaines, mais tout au contraire engagement à les mener avec détermination dans la juste perception de leur relativité . De ce point de vue, l'oubli ou l'effacement actuels de la mort ne seraient pas un bon signe de sagesse et de maturité ; elles signifieraient plutôt notre manque de radicalité et notre impuissance à situer le sens de nos existences et donc la dignité qui les porte à leur juste niveau ; ils pourraient signifier aussi que nous allons quérir cette dignité là où nous ne la trouverons pas, et donc que faute d'affronter lucidement la mort, nous nous enfermons dans un cycle infernal où, loin de nous trouver, nous nous perdons, et perdons le sens de notre dignité .

Alors la mort contradictoire avec la dignité d'homme ou liée à une juste idée de cette dignité ? Tel est bien notre dilemme . Est-il besoin de souligner à quel point une telle méditation engage celui qui parle (et ceux qui veulent bien l'écouter) à un niveau de radicalité et de vérité auquel il est difficile d'accéder, sans que pour autant elle doive marquer ce discours d'une tristesse ou d'une mélancolie qui seraient déjà le signe que devant la mort nous avons renoncé à la joyeuse certitude de vivre envers et contre tout . Aussi convient-il, au moment de parler de ce qui passe toute parole, de ne pas nous laisser obséder par notre objet, comme si par avance il nous avait déjà vaincu...Le fait que nous en parlions, n'est-ce pas déjà le signe, fragile et précaire, que peut-être la mort n'a pas tout à fait le dernier mot, et qu'il revient à notre dignité bien comprise de ne pas en effet le lui laisser ?

### L'indicible de la mort

Je prends volontiers pour point de départ de cette méditation l'enseignement des antiques sagesse ; contre notre pente actuelle, elles nous obligent à affronter cette redoutable affirmation selon laquelle c'est bien la mort qui donne sens et dignité à la vie humaine, et non point son oubli ou sa minimisation ou son impossible marginalisation par rapport à la vie de la cité . Propos apparemment scandaleux en effet qu'une raison trop courte aurait certainement tort de renvoyer au rang des préjugés ou des terreurs d'un autre âge . Car cette sagesse enseigne avec une grande profondeur que toute fuite



hors de notre finitude, tout oubli de la condition effectivement existante de notre destinée, tout fantasme niant l'horizon inéluctable de toute vie dans la mort est une démission et un aveuglement ; elle enseigne encore que le premier geste par lequel l'homme émerge à une authentique dignité consiste précisément à ne pas s'aveugler et à admettre que c'est cette frange ténébreuse qu'est la mort qui donne son contour et son sel à l'existence, parce qu'elle lui donne limite, densité, poids et substance . Car le *Memento mori* déjà évoqué ne consiste nullement en une méditation indéfinie et attristée sur le moment de la mort, comme rupture abrupte de la temporalité historique de l'homme ; il conduit à méditer sur la présence permanente de la mort à la temporalité même, à découvrir que la fuite du temps est comme la pulsion qui donne sa gravité (dans tous les sens de ce terme) à l'instant qui passe . Immanente à l'historicité humaine, donc à la vie, la mort confère à chaque événement de la vie sa fragilité mais aussi et en même temps sa qualité unique et non répétable . Loin donc de détourner de la vie et même de sa jouissance, elle met l'être humain dans la vérité de sa condition et de son existence concrète, en le disposant à accueillir ce qui passe dans toute sa force et à en tirer parti comme ce qui ne reviendra jamais deux fois .

Mais on pressent aussi que si cette présence de la mort (comme fuite des choses et du temps même, précarité de l'existence et transition permanente de l'instant) provoque à vivre la temporalité selon sa vérité substantielle, elle peut aussi fasciner et détruire le goût de la vie . Sans doute est-ce cela que la psychanalyse appelle "pulsion de mort" ; par là on désigne cet affect qui porte à détruire plutôt qu'à construire, à renoncer plutôt qu'à entreprendre, à chercher l'extinction des puissances plutôt qu'à affronter l'épreuve du temps, le nirvana plutôt que l'épreuve, le sabbat de tous les sabbats, comme disait Nietzsche, plutôt que la rudesse du quotidien . En ce sens, présente à la vie, la mort comme vanité de toutes choses et dégoût d'exister peut à ce point éblouir ou paralyser qu'elle ruine le désir de vivre . En d'autres termes, vivre sa vie humaine dans son essentielle précarité ne va pas de soi, et il est toujours possible de préférer la mort (ou la pulsion de mort) à la vie, comme si la vie elle-même faisait désirer sa suppression dans une intime liaison entre pulsion de vie et pulsion de mort . Aussi le désir de vivre doit-il être toujours à nouveau désiré, et l'option pour la vie renouvelée de manière permanente, non pas nécessairement à travers des choix métaphysiques conscients et délibérés, mais à travers les mille et un gestes banals de la vie quotidienne par lesquels en aimant, en entreprenant, en rencontrant autrui, en admirant ce qui est tout simplement parce que cela est, on choisit la vie plutôt que la mort . Ne pourrait-on pas dire qu'on trouve à ce carrefour ou dans cette contradiction permanente une première approche de la dignité humaine ? Celle-ci ne consiste-t-elle pas en effet, à ce niveau très radical, dans l'épreuve qu'ouvre ce carrefour, dans l'option of-



forte de dire oui ou de dire non, d'entrer sur le chemin de la mort ou sur celui de la vie, dans cette essentielle fragilité constituée par la menace de laisser le champ libre à la mort et d'y consentir par découragement, faiblesse, déception ou mille autres 'raisons', non pas dans le "une fois pour toutes" des options décisives, mais dans le consentement quotidien à vivre ?

Mais en réalité, cette présence de la mort dans la trame même de la vie ne nous met-elle pas devant une réalité insaisissable et indicible ? N'en est-il pas d'ailleurs de même, et surtout, de la mort comme événement ponctuel, comme cet 'instant' qui met un terme à la série des instants de l'existence ? Et n'est-ce pas cet instant ultime en ce qu'il a d'insaisissable qui nous fait soupçonner en effet à quel point la pulsion de mort elle-même est inaccessible autrement que sous un masque ? Oui, la mort, cette fois considérée comme terme de l'existence, point ultime de la série des instants temporels, est par principe ce qui nous échappe et dont nous n'avons nulle idée, et même nulle expérience ; elle nous arrive ou surgit, frappant notre continuité historique d'une insurmontable discontinuité . Il en est ainsi au premier chef pour chaque existence qui ne peut ainsi 'assister' à sa propre mort, mais qui l'éprouve comme une passivité qui ruine toute activité et toute conscience . Mais telle est aussi l'expérience que nous avons de la mort d'autrui ; tout au plus assistons-nous à leur mort, mais nous y assistons comme des témoins extérieurs à l'événement, sans aucune saisie de ce qui a réellement lieu . Dans *Etre et Temps*, Heidegger a rappelé à juste titre que "nul ne peut prendre son mourir à autrui", car "son mourir, tout *Dasein* doit nécessairement à chaque fois le prendre lui-même sur soi . La mort, pour autant qu'elle 'soit', est toujours essentiellement mienne" (§ 47) . Mais n'est-ce pas encore trop dire ? Car s'il est bien vrai que, mort, autrui nous est livré comme chose dont on dispose, "comme étant-sous-la-main", selon le vocabulaire heideggérien (ou l'une de ses traductions récentes !), par là même il échappe à jamais, au même titre que notre mort nous échappe et se situe autrement que tout autre événement de l'existence . Devant la mort, la nôtre comme celle d'autrui, aucune "disposition" n'est possible, mais une épreuve dont nous ne savons rien et sur laquelle nous ne pouvons rien dire . Comment prendrions-nous sur nous ce qui par essence échappe à notre prise, qui nous prend ou nous a déjà pris, bien plutôt que nous n'en disposons ?

Or cette proposition est de grande portée pour notre méditation . Insistons : "mourir n'est pas une chose qui existerait en elle-même, écrit Michel Demaison<sup>0</sup>, ni un événement dont on pourrait faire le tour . C'est un fait qui est construit à travers les représentations que s'en font les êtres capables de parler, son épaisseur est celle que lui

<sup>0</sup> "La liberté et la mort" dans *Lumière et Vie* n° 204/1991/ 97-112



prêtent les discours et les gestes humains . Il s'impose jusqu'à ce que le décès, interrompant toute parole, engloutisse la mort elle-même" . S'il en est ainsi en effet, nous ne traitons de cet 'événement' qu'à travers nos paroles, et celles-ci sont portées par nos affects, nos pulsions, nos valeurs, tout un univers de représentations qui fait en quelque sorte barrage entre nous et ce 'réel' plus réel que tout autre fait empirique . Dès lors les risques de rationalisations ne sont pas minces, et en toute hypothèse inévitables . Nous ne voyons la mort que de dos (comme Dieu ?) et donc nous ne nous rapportons à elle qu'indirectement, et par la biais ou dans le milieu du langage partagé avec autrui et socialement constitué . Ne doit-on pas alors s'interroger : et si le discours sur la dignité constituait à sa façon une rationalisation qui nous voile, et nous permette en effet de voiler, une réalité inaccessible, donc de la supporter, de la tenir à distance, de nous l'appropriier en quelque sorte, de l'aménager en lui faisant perdre une insupportable étrangeté ? Y a-t-il même un sens à parler de mourir dans la dignité, si toute parole défaille à dire l'indicible, ou si ce propos n'est qu'une façon de nous rassurer en conférant un sens à ce qui vient rompre tout sens ? On peut se demander en effet si tout discours concernant la mort, et particulièrement un discours aussi moralisateur que celui-ci, n'est pas une subtile et illusoire façon de maîtriser l'immaitrisable, de s'approprier ce qui dépouille pourtant de toute appropriation, d'introduire une visée technicienne sous couvert de discours moral et humaniste .

### "Mourir dans la dignité" ?

C'est pourquoi il est nécessaire d'analyser la signification de la référence à la 'mort dans la dignité' et de comprendre la faveur actuelle dont jouit ce programme . L'exigence de mourir dans la dignité recouvre en fait une demande euthanasique de mettre fin à une vie jugée insupportable ; le mot 'euthanasique' peut faire peur, et c'est d'ailleurs bien pourquoi on tente de l'éviter ou de lui substituer des termes plus 'poliés' et donc plus avenants ; pourtant nul ne doute que c'est bien de cela qu'il s'agisse . Selon la formule très précise de Michel Demaison : "on demande ceci : qu'un semblable veuille bien poser un acte précis (ou omettre d'en poser un) qui a pour but et pour effet d'interrompre directement le cours d'une autre vie humaine, ce qu'on appelle couramment, en toute circonstance, tuer ou exécuter . Si la personne requise accède à cette demande, sa décision ne porte pas sur la mort, qui n'est ni une chose ni un acte, ni une abstention d'acte, sur laquelle ne peuvent donc avoir de prise directe ni choix, ni demande, ni décision ; elle porte précisément sur un acte qui entraîne la mort d'un autre vivant" . Le geste engage donc deux destinées, ce qui donne tout le poids moral à un tel comportement de part et d'autre . - Mais sans doute pour éviter que ne soit prononcée une telle conclusion si redoutable, les partisans de l'euthanasie rétorquent qu'en réalité aucune atteinte à la dignité de la personne n'est ainsi portée,



puisque'il est un moment, celui de l'extrême souffrance justement, où une telle notion ne peut plus avoir cours. Dans la proposition de résolution rédigée par le Dr. Schwartzberg pour la Commission de la santé du Parlement européen (novembre 1991), on lit que "l'aspiration à un sommeil définitif ne constitue pas une négation de la vie, mais la demande d'interruption d'une existence à laquelle la maladie a fini par ôter toute dignité". Il est d'ailleurs dit également qu'en réalité "le malade demande au médecin d'interrompre une existence qui a perdu pour lui toute dignité". Par conséquent délestée de sa dignité par la maladie (laquelle se trouve doutée ainsi d'une redoutable puissance, puisqu'elle dépouille l'homme de l'une de ses prétentions essentielles), la vie n'est pas "ôtée", car "l'aide médicale et humaine est le respect de la vie". Ainsi la vie humaine n'a de dignité qu'en tant que supportable, elle peut donc connaître des limites où le concept de dignité perd tout sens, justement dans ces cas extrêmes où la vie se trouve dépouillée de dignité, et devient donc disponible. - Devant de telles conclusions, à vrai dire assez effrayantes à les prendre dans leur littéralité, il faut se demander si l'on n'a pas affaire à une rationalisation, c'est-à-dire à un voile recouvrant et maquillant les préjugés actuels concernant ce qui fait une vie belle et épanouie, telle qu'on les a évoqués en commençant : une vie digne est forcément une vie heureuse, jeune, saine, sans douleur, bref une vie sans le négatif et la mort, une vie sans trace de finitude. Hors de là, c'est-à-dire dans la souffrance, le désarroi, la disgrâce physique ou mentale, la solitude et la décrépitude liée à l'âge ou à la maladie, la vie n'est plus une vie humaine, digne d'être vécue. Elle n'a donc plus de dignité, ce qui met bien la dignité en équivalence avec santé, prospérité et épanouissement. Mais comment ne pas entendre derrière l'appel à une si haute valeur (la dignité) l'écho de l'idéologie utilitariste et eudémoniste contemporaine, selon laquelle ne vaut que ce qui peut entrer dans le circuit de la communication humaine "réussie", étalonnée selon les critères de la viabilité et de la rentabilité ? Comment ne pas voir que le terme 'dignité' cache ici une tout autre 'valeur', et que cette dernière (épanouissement de soi ou vie réussie) vient comme du dedans travestir le sens du splendide terme de dignité ? Comment ne pas pressentir que, procédant ainsi, dévalorisant les valeurs les plus hautes en en faisant le paravent d'une volonté de mort, on conforte le nihilisme ambiant, dont ce discours n'est d'ailleurs lui-même qu'un effet<sup>1</sup> ? - Mais si la réalité indicible de la mort n'est jamais dite qu'indirectement et à travers nos représentations portées par nos affects, ainsi qu'on l'a montré plus haut, on aperçoit aussi à quel point le qualificatif de dignité appliqué à l'acte de mourir ne peut pas revêtir une signification univoque, claire à soi-même, déchiffrable en toute lisibilité par autrui (médecin, personnel hospitalier, famille) et peut-être même par soi-même. Que signifie la demande de

---

<sup>1</sup> Je fais allusion ici à l'analyse nietzschéenne du nihilisme, telle qu'on la trouve par exemple dans les *Fragmente posthumes*, tome XIII, 9 (35). Ed. Gallimard, pp.27-29 (texte de l'automne 1887)



"mourir dans la dignité" ? Ici encore à moins de retomber dans les idéologies illusoire de la lisibilité superficielle qui donne à croire que le réel humain peut être mis à plat, approprié sans reste, livré à la connaissance et à la disposition d'autrui, force est d'admettre que l'appel à une telle mort digne doit d'abord être entendu, accueilli, 'parlé' dans une relation attentive, et non traduit trop immédiatement en demande euthanasique. Un autre indice devrait conduire à la vigilance : la formule "mourir dans la dignité" porte en elle un tel poids affectif, une telle force invincible et impérieuse, une telle exigence apparemment obvie qu'elle semble ne laisser place à aucune contestation ; qui peut en effet proposer le programme de "mourir dans l'indignité" ? ne sommes-nous pas en somme contraints alors de vouloir ce que veut une formule qui "va de soi" ? ne trouvons-nous pas là une sorte de nouvel impératif catégorique qu'il serait immoral ou bien fou de vouloir transgresser ? Mais c'est ce coup de force lui-même qui est suspect, parce qu'il porte en lui une violence qui interdit la discussion et tout simplement la mise à distance favorable à la critique, et donc l'appropriation vraiment humaine de ce qu'il porte de sensé et de fécond, car l'appel à mourir dans la dignité est une exigence morale et humaine hautement respectable, à condition de savoir de quoi il retourne. D'ailleurs la violence déployée par les partisans de la formule à l'égard de quiconque les conteste n'est-elle pas un signe bien caractéristique du refus de la discussion raisonnable ?

### La dignité humaine

Si donc la formule "mourir dans la dignité" revêt une telle ambiguïté, si elle porte avec elle toutes les équivoques de l'idéologie utilitariste actuelle, si elle laisse entendre que chacun en effet sait vraiment ce qu'il en est de son bien et peut le calculer ou en disposer seul en toute souveraineté<sup>2</sup>, devons-nous renoncer à parler de dignité à propos de la mort ? Sous prétexte que la mort est indicible, l'usage de ce terme serait-il déplacé ici et devrions-nous concéder finalement ce qu'on a semblé refuser : à savoir que la qualité de 'dignité' ne pourrait s'appliquer à l'existence humaine que jusqu'à un certain point seulement, selon la proposition Schwartzberg, et donc dissocier totalement mort et dignité ?

Il convient donc de s'interroger plus profondément sur le sens de cette référence. Quand nous parlons de dignité humaine, de quoi parlons-nous ? Est jugé digne un acte ou une attitude qui appellent autrui au respect, ou tout au moins à la considération admirative : parler de dignité dans l'épreuve ou dans le succès, c'est affirmer qu'une

---

<sup>2</sup> Thèse essentielle à la morale utilitariste très intelligemment défendue par John Stuart Mill dans *On Liberty*, par exemple au chapitre IV. Collins Fount Paperbacks. Glasgow, 19862, p. 206-207 (tr. fr. *De la Liberté*, Gallimard Folio-Essais 142, pp. 178-179).



personne a montré qu'elle a su trouver l'attitude juste, qu'elle ne s'est pas laissée emporter par la détresse ou la réussite ; c'est estimer qu'elle a su dominer en elle une pente qui la portait à un comportement banal ou indigne . Et en effet la dignité renvoie bien à une posture par laquelle on se hisse à une hauteur qui ne va pas de soi ou qu'on affronte l'événement en mobilisant des ressources qui montrent qu'on est capable d'"être à la hauteur" des exigences secrètes et inaperçues qu'il recelait . L'événement conduit à découvrir en soi une aptitude à affronter contre toute attente l'épreuve et à puiser des énergies inconnues sans cela . Il révèle à l'individu lui-même qu'il peut surpasser par sa volonté ce qu'on pouvait normalement attendre de lui . Par là nous sommes proches de l'analyse de Kant qui distingue justement ce qui a un prix de ce qui a une dignité<sup>3</sup> ; a un prix, selon lui, ce qui relève de l'échange et de l'équivalence (financière ou sentimentale), alors que ce qui a une dignité échappe à la valeur relative échangeable en raison de sa valeur intrinsèque ; la dignité renvoie à cette condition qui "seule peut faire que quelque chose est une fin en soi" . Tandis que la valeur marchande, le prix, maintient dans l'ordre des moyens, échangeables et réciproques, la dignité élève au niveau de la fin, valant par et pour elle-même, donc relève d'une autre logique que celle de la relation de troc . Or la dignité de la personne humaine, ajoute Kant, ne tient pas à sa seule valeur intrinsèque, pas non plus à ses qualités physiques ou morales, mais elle provient de ce qu'elle est porteuse et portée elle-même par une valeur en soi, par une loi constitutive et constituante d'elle-même, loi qu'elle découvre dans l'obligation morale (ou par la médiation de ce qu'on a appelé plus haut cette aptitude à être à hauteur et même au-delà de l'attente prévisible du comportement socialement programmé, donc à ouvrir une brèche dans le comportement réglé, à introduire du neuf ou de l'inattendu) . "Tout respect pour une personne, dit Kant<sup>4</sup>, n'est proprement que respect pour la loi (loi d'honnêteté, etc...) dont cette personne nous donne l'exemple" . Est donc objet de respect la personne en tant que porteuse d'une loi qui l'oblige et par laquelle elle donne l'exemple de son propre engagement responsable<sup>5</sup> . La personne suscite respect justement parce qu'elle-même respecte la loi morale en elle, loi qui, à l'évidence, limite la liberté de ses actions, loi restrictive par conséquent, puisqu'au nom de cette loi, la personne morale s'interdit certains actes comme indignes de la loi qu'elle porte et qui la dépasse en la constituant . Son rapport à la loi est "sans prix", bien que ce "sans prix" ait un coût entraînant par exemple le renoncement à certaines inclinations ou le sacrifice de certains attraits . Mais ce "sans prix" est le prix à payer pour que l'homme accède au sens de sa dignité

<sup>3</sup> Emmanuel Kant . *Oeuvres philosophiques*, tome II . *Fondements de la métaphysique des moeurs* . Deuxième section . Ed. Gallimard, 1985, pp. 301 sq.

<sup>4</sup> *ibidem*, Première section, p. 259-260 dans la note

<sup>5</sup> Raymond Court dans *Force et dérive des principes . Réflexions sur la raison moderne en procès* . Méridiens Klincksieck, 1990, p.48-49 donne un bon commentaire d'une formule qui peut prêter à ambiguïté .



et découvre en lui sa liberté responsable ; il se construit en respectant en lui la loi morale qui fait corps avec sa liberté d'être raisonnable . Il se donne cette limitation en se voulant raisonnable, et c'est pourquoi cette limitation doit être voulue par la volonté . L'homme n'est donc soumis qu'à sa propre législation, à une loi qu'il découvre comme constitutive de son humanité et qui à ce titre a valeur universelle .

Sommes-nous si loin de notre méditation sur la mort ? Assurément pas . Kant lui-même s'appuie sur cette analyse philosophique pour aborder le problème du suicide et pour conclure négativement, puisqu'en se supprimant lui-même l'individu se prendrait comme un objet, et non comme une fin en soi, s'estimerait selon un prix qu'il jugerait trop faible, pèserait son existence dans la balance des valeurs relatives et, concluant à son peu de valeur (ou à son indignité), s'en ferait le maître et possesseur . Par ce geste, explicable sans doute pour des mobiles psychologiques ou d'autres, l'individu se manque à lui-même en manquant à la loi qui l'institue dans sa dignité d'être libre, raisonnable et humain . Dans le cas de la mort, dans l'indicible dont elle s'enveloppe, comment douter que l'homme ne présente, plus qu'ailleurs sans doute, le murmure d'une loi fondamentale ou d'un interdit structurant toute relation humaine, et d'abord la relation avec soi-même, à savoir le "tu ne tueras pas"<sup>6</sup> ? Comme tout interdit, celui-ci est dur à entendre, alors qu'il est, selon les termes bibliques mêmes, source de vie et de bénédiction . Mais que dit-il d'autre en effet, sinon à sa manière, ce qu'exprime Kant : à savoir que l'homme ne s'appartient pas totalement lui-même, que sa dignité d'homme trouve là son fondement et son assise, et non pas une insupportable limite qu'il faudrait lever dans un geste de (soi-disant) liberté ; il affirme qu'à outrepasser l'interdit, l'homme se détruit tout simplement lui-même, comme il déchire ce lien secret qui nous lie les uns aux autres, lien par lequel nous convenons tacitement que nous devons plutôt nous aider à vivre que contribuer à nous détruire (et il est bien des formes subtiles de destruction qui ne passent pas toutes par le poignard ou l'arsenic !) . Que dit-il d'autre cet interdit, sinon que nous ne trouvons pas notre dignité seulement par notre participation à la communication humaine et en tant que nous en sommes capables<sup>7</sup>, mais qu'il ouvre l'espace même de la communication, qu'il en est la condition de possibilité et donc que sa transgression en compromet la viabilité même ? La méditation sur la mort nous oblige à retrouver en ce lien hautement symbolique la portée d'un interdit que mille raisons apparentes et d'ailleurs partiellement justifiées nous portent à minimiser . Il y va de l'enjeu de notre vie commune, et de la dignité que nous nous reconnaissons les uns les autres, ou dont nous nions à un certain moment le bien-fondé (mais en ce cas, mesurons-nous la portée d'une telle décision, et à quel point elle

<sup>6</sup> *Exode*, chapitre 20, verset 13 ; *Deutéronome*, chapitre 5, verset 17

<sup>7</sup> Malgré de fécondes analyses, le livre de Janos Kis, *L'égalité de dignité. Essai sur les fondements des droits de l'homme*. Éditions du Seuil, 1989, me paraît receler cette redoutable équivoque (notamment autour des pages 114 et sq.)



peut être ruineuse du lien social et de ce qui nous lie nous-même à une vie sensée - laquelle ne peut être vie sans souffrance(s) ni épreuve(s), à moins de renouer avec les enjouées idéologies du jour) ?

### La reprise religieuse

Si je n'ai pas évoqué jusqu'ici la religion, c'est parce que le langage qu'elle tient en cette matière est trop aisément caricaturé quand on l'assimile aux tabou et aux peurs ancestrales, comme si seule la religion tenait un discours intransigeant concernant l'inconditionnelle dignité de la vie humaine . J'ai voulu justement montrer l'assise philosophique et morale du langage religieux en cette matière . En un sens le discours religieux ne dit rien d'autre que ce qui précède, et du moins en régime chrétien, ne met pas devant une terreur sacrée concernant le respect de la vie, pas plus de la vie en général que de la vie humaine . S'il dit plus ou autrement, c'est qu'il rapporte la source de l'interdit à un Dieu créateur et bon qui veut pour sa créature la vie plutôt que la mort ; c'est sans doute aussi qu'il opère une relecture de l'existence en sa source, car si la vie est un don de Dieu, et d'un Dieu bon et miséricordieux, alors cette vie est elle-même "sans prix", elle doit être vécue au jour le jour dans la perspective d'une réponse joyeuse au don reçu, donc comme la reconnaissance admirative pour une gratuité qui n'a pas de raison autre que la générosité du Créateur . "Dire qu'à chacun sa vie est donnée, commente très justement Michel Demaison<sup>8</sup>, signifie qu'elle est inaliénable et inéchangeable contre quoi que ce soit : elle ne peut être que redonnée . Son signifiant par excellence est le nom prononcé par celui qui appelle chacun à l'existence et le rappelle à lui . Dans ce nom propre et unique est contenue la seule loi qui vaille en la matière, celle qui est émise par la parole créatrice et que n'indique pas le fait brut de vivre qui, à lui seul, ne fonde aucune éthique . Elle dit : "pour être toi-même, celui que je désire, choisis la vie" . Elle n'a rien à voir avec des 'droits' spéciaux que Dieu se réserverait sur l'origine et le terme de l'existence et qu'il n'aurait pas sur chaque instant de sa durée . A chaque instant, sa vie appartient et n'appartient pas à l'être propre : elle lui appartient au sens où elle est la sienne et celle d'aucune autre, où elle n'est pas un flux anonyme traversant les individus comme une force en laquelle ils seraient immergés : dès lors chacun est entièrement responsable de sa vie ; mais elle ne lui appartient pas au sens où il ne l'a pas acquise et ne la détient pas au titre d'une propriété dont il peut 'user et abuser'...ce qui reviendrait à se poser comme origine de soi-même" .

---

<sup>8</sup> art. cité p.110-111



Je ne minimise évidemment pas la différence à laquelle introduit la perspective religieuse par rapport à une analyse comme celle de Kant . Alors qu'un respect inconditionnel de la dignité humaine peut conduire à une sorte de raideur stoïcienne dont on comprend bien à quel point elle peut s'attirer aujourd'hui la critique, le fait de vivre sa vie dans une relation avec le Dieu vivant dont la Parole est porteuse de bénédiction, peut aider (au moins théoriquement) à entrer sereinement dans le passage redoutable de la mort . Sans que le croyant n'échappe en aucune façon à l'épreuve de tous et aux angoisses qu'elle génère, il peut néanmoins la vivre dans la certitude, parfois conquise de haute lutte, d'être porté dans ce passage même par une Parole de grâce, et de pouvoir s'en remettre à la main miséricordieuse de celui qui, l'ayant appelé à la vie, ne peut l'abandonner dans la mort<sup>9</sup> . Autant de raisons qui le conduisent à ne pas vouloir anticiper ou décider par lui-même du moment de ce passage, mais à s'abandonner en ce moment et à ce moment où tout homme vit en effet l'abandon le plus radical qui soit, mais que, comme croyant, il interprètera et vivra comme abandon entre les mains d'un Père miséricordieux, découvrant sa dignité et sa vocation même de fils dans cette totale remise de soi .

#### De quelques conséquences pratiques

Il ne faut pas se méprendre sur l'analyse précédente pas plus que sur les critiques qu'elles recèlent à l'égard des appels à 'mourir dans la dignité' . J'ai voulu contester des justifications théoriques qui me paraissent lourdes de graves ambiguïtés et qui tirent parti des aspirations d'une opinion publique pour qui la dignité ne peut pas vouloir signifier affrontement du vieillissement, de la douleur et de la solitude . Et si la philosophie morale doit rappeler l'importance constitutive de la loi ou de l'interdit, manifester les conséquences désastreuses auxquelles conduisent inéluctablement les transgressions délibérées et systématisées au niveau de la rupture du lien social (ou singulièrement de ce lien très particulier qui lie médecins et patients), elle ne peut oublier non plus les circonstances concrètes et les situations particulières dans lesquelles la théorie prend sens . Mais la théorie rappelle que si le caractère insupportable de certains cas pose de redoutables problèmes pratiques, la référence à ce caractère insupportable ne peut pas, et à beaucoup près, tenir lieu de justification théorique . Justement l'extrême détresse n'élimine en aucune façon la dignité humaine, car la dignité (on l'a vu avec Kant) n'est pas une qualité qu'on perdrait ou dont on pourrait se délester en certains cas, elle est constitutive de notre humanité même et elle est un appel à autrui pour qu'il nous traite non comme un moyen seulement, mais comme

---

<sup>9</sup> Tel est l'un des sens possibles de la récitation du Psaume 22 par Jésus sur la croix, cf. *Évangile selon saint Marc*, chapitre 15, verset 34, et évangiles parallèles .



une fin à respecter absolument. L'extrême détresse avive le respect de la dignité de l'être souffrant de la part des autres vivants ; c'est devant l'être souffrant, démuné et angoissé que nous nous devons d'être à hauteur de l'événement, donc de trouver les gestes justes et sobres qui permettront à l'autre de rester digne de lui également, d'honorer en lui l'homme qu'il a à être (ou le fils de Dieu qu'il est appelé à devenir, s'il entre dans les perspectives de la foi religieuse). Rien de plus redoutable à cet égard que de déclarer qu'il est des situations de détresse qui délésteraient en quelque sorte l'être humain de sa dignité et où le "respect de la vie" autoriserait l'acte de mort : même si le mourant vit intensément son indignité (à cause par exemple du caractère repoussant de ses plaies) et se proclame désormais indigne de vivre, que ferions-nous d'autre en répondant positivement à une telle demande, que de le confirmer dans l'idée qu'en effet il a perdu toute dignité et n'est plus qu'illusoire apparence humaine ? Ne contribuerions-nous pas ainsi à l'enfermer dans la certitude de son non-sens en l'excluant de notre commune humanité ? L'extrême détresse commande tout à l'inverse une présence où dans la dignité (et par exemple en mettant en oeuvre tout ce qui est possible pour soulager la douleur) on manifeste à l'autre qu'il n'a pas seulement un prix qu'il pourrait perdre, mais une dignité qu'on honore et qu'il peut aussi honorer en étant "à hauteur de l'événement". Non seulement on ne perd pas sa dignité dans la détresse, mais on en témoigne ; et cette détresse convoque les vivants non pas à persuader le mourant qu'il a perdu désormais toute dignité, mais qu'il peut en témoigner, justement dans les moments tragiques où le sens de cette dignité peut fléchir ou s'abîmer. Il n'en reste pas moins que si l'acte de donner la mort ne peut jamais être justifié, l'acharnement à maintenir en vie est lui-même absurde, et sur ce point l'enseignement moral de l'Eglise catholique, au moins depuis Pie XII<sup>10</sup>, est net. En conséquence il faut savoir renoncer à des soins ou à un acharnement qui seraient une autre façon de s'appropriier la vie. Mais ici qui ne voit que toute théorie est incapable de se substituer au tact et au discernement prudentiel sans lesquelles une conduite humaine perd tout sens et toute dignité ? Si je rappelle cette donnée, c'est aussi pour prévenir l'objection selon laquelle l'appel à la dignité équivaut nécessairement à un acharnement thérapeutique ou à un maintien en vie à tout prix, hors de toute humanité et sens de la souffrance. Tout à l'inverse un sens juste de la dignité fait sentir (mais non programmer par avance) à quel moment en effet il revient de ne pas s'acharner à maintenir une vie, dont le sens est justement de savoir sa limite.

Faut-il ajouter que rien dans ce qui précède ne porte un jugement de condamnation sur quiconque sollicite que la mort lui soit donnée : que ce acte ne sache pas en réalité ce qu'il implique est une chose, c'en est une tout autre de juger celui ou celle qui dans

<sup>10</sup> Pie XII, Discours sur les problèmes religieux et moraux de l'analgésie (1957), dans *La Documentation catholique*, n°1245, col. 325 (ou dans *Sémiotique, médecine et éthique*, Le Centurion, 1987, pp.347-364



les tourments de l'angoisse appelle à la délivrance, et c'en est encore une tout autre d'apprécier les justifications théoriques données publiquement et officiellement à ce sujet .

Les conséquences juridiques de ce qui précède sont également évidentes . Un juste sens de la dignité humaine, lié à l'inconditionnalité du respect de l'homme, ne peut pas justifier l'appel à un devoir de donner la mort, et donc à un droit équivalent . "Même si on parvient à l'intime conviction, écrit encore Michel Demaison<sup>11</sup>, que, tout bien considéré, l'euthanasie apporte la moins mauvaise solution à une situation apparemment sans issue, il serait erroné d'en appeler au devoir de la pratiquer ; car aucun devoir moral ne s'impose là où n'existent ni obligation à remplir ni droit à respecter . Que certains sociétés soient amenées à légaliser la possibilité de demander pour soi l'euthanasie, à en tolérer l'exécution en l'entourant de garanties et à la dépénaliser, cela ne signifie pas qu'elles puissent la reconnaître comme un droit : d'abord elles s'obligeraient ainsi à prendre les moyens de le faire respecter, en vertu de l'exigibilité des droits ; mais surtout, aucune communauté humaine n'a le pouvoir d'édicter une loi positive qui exempte ses membres d'observer la loi non écrite du respect d'une vie humaine qui ne la menace pas, ou alors elle sape ses propres bases . Le législateur n'a jamais le droit de dispenser ses semblables d'assumer les conditions fondatrices de l'ordre humain, les exigences qui indiquent les voies de toute humanisation". Il n'y a rien à ajouter à de tels propos ; tout au plus pourrait-on montrer, sur la base de notre analyse de la dignité humaine, que le droit se doit de maintenir cette distance qui traverse la personne elle-même et qui empêche qu'elle ne se réduise elle-même à un objet-ayant-un-prix ou dont-on (elle-même éventuellement)- dispose . La nature du droit n'est-elle pas justement d'ouvrir un espace, en écartant soit la violence des appropriations indues, soit la tendance fusionnelle où les différences se perdent dans le même ? Et il faut se réjouir que des juristes rappellent cette vocation première contre les tentations actuelles . "Tous les biens ne sont pas disponibles à l'homme, écrit ainsi Antoine Garapon<sup>12</sup> : ce dernier doit conserver une certaine distance avec lui-même ; c'est vrai du sujet en tant que tel (le démiurge est celui qui a pris la place de l'Autre, du créateur), c'est également vrai du sujet dans son intimité domestique ...Le droit reprend petit à petit conscience qu'il est de son rôle de rechercher et de consacrer la juste distance entre les individus eux-mêmes, mais également entre l'individu et lui-même" . Garapon ne songeait sans doute pas au droit à l'euthanasie, mais sa réflexion me semble particulièrement opportune en ce cas aussi .

---

<sup>11</sup> art. cité p.106

<sup>12</sup> "Le toxicomane et la justice : comment restaurer le sujet de droit ?" dans *Indivisibles sous influence . Drogues, alcool, médicaments psychotropes*, Editions Esprit, 1991, p.307



En un tel domaine, il n'a pas de conclusion qui terminerait le débat ou qui pourrait prétendre avoir le dernier mot. En l'occurrence, c'est bien la mort qui semble avoir le dernier mot et sceller nos existences d'un secret qui nous échappe. Ici plus qu'ailleurs toutefois le sentiment nuit à la réflexion, surtout s'il s'appuie plus sur ce qui précède la mort (son cortège de souffrances ou de dégradations de l'être), que sur la mort même et prend prétexte des antécédents pour obturer la gravité de ce qui n'est pas un événement, ainsi qu'on l'a dit. Or dans ce milieu du langage par lequel nous tentons de porter ce méta-événement, nous devons nous aider mutuellement à faire en sorte que la mort soit vécue en effet dans la dignité, donc que tous les efforts soient faits pour aider la personne à vivre ce moment unique, non dans les tortures, mais dans la sérénité (et tout ce qui peut être fait pour diminuer la douleur, doit évidemment être tenté). Il n'est resté pas moins que la présence affectueuse et silencieuse des êtres chers ne dispensera jamais chaque individu d'avoir à affronter l'épreuve suprême : c'est là qu'il pourra aussi témoigner d'une dignité qu'il porte en lui, non en niant la réalité, mais en la portant ou en s'y abandonnant. Que nos sociétés aient du mal à assumer collectivement la réalité de la mort est également un fait; et que nous ayons à trouver donc aussi les voies d'un véritable accompagnement des mourants doit nous engager à la discussion. Mais celle-ci serait faussée si un sens exact de la dignité venait à dépouiller l'homme de sa mort, tandis que sa dignité est justement de savoir l'affronter, et si j'ose dire, de la vivre.

Paul Valadier si

# **L'ACTE DE JUGER**

**PAUL RICOEUR**



Monsieur le Premier Président,

Je vous exprime ma reconnaissance pour votre invitation à traiter devant vous le thème de l'acte de juger.

Je souhaite que cette rencontre soit rendue plus familière par l'échange de nos arguments à la suite de mon exposé.

C'est précisément au point terminal de l'échange d'arguments en quoi consiste le procès que j'ai voulu me placer pour traiter le sujet proposé: c'est bien à la fin du délibéré qu'est posé l'acte de juger. C'est une sorte de phénoménologie de cet acte que je propose à la discussion, dans l'espoir que vous l'enrichirez de votre expérience d'acteurs ou d'agents de l'acte de juger.

Je distinguerai une finalité courte, en vertu de laquelle juger signifie trancher, en vue de mettre un terme à l'incertitude; à quoi j'opposerai une finalité longue, plus dissimulée sans doute, à savoir la contribution du jugement à la paix publique. C'est le parcours de la finalité courte à la finalité longue que je propose d'effectuer dans le temps qui m'est imparti.

Juger, disons-nous d'abord, c'est trancher; cette première finalité laisse l'acte de juger, au sens judiciaire du terme, à savoir **statuer en qualité de juge**, dans le prolongement du sens non technique, non judiciaire de l'acte de juger, dont je vais rappeler rapidement les composantes ou les critères.

Au sens usuel du mot, le terme de juger recouvre une gamme de significations majeures que je me propose de classer selon ce que j'appellerai volontiers un ordre d'intensité ou de densité. D'abord, au sens faible, juger c'est opiner; une opinion est exprimée portant sur quelque chose. En un sens un peu plus fort, juger c'est estimer; un élément hiérarchique est ainsi introduit, exprimant préférence, appréciation, approbation. Un troisième degré de force exprime la rencontre entre un côté subjectif et un côté objectif du jugement; côté subjectif: quelqu'un s'engage dans son jugement; côté objectif: quelqu'un tient une proposition pour vraie, bonne, juste, légale. Enfin à un niveau plus profond qui est celui où se tient Descartes dans la **Quatrième Méditation**, le jugement procède de la conjonction de l'entendement et de la volonté: l'entendement qui considère le vrai et le faux, la volonté qui décide. Nous avons ainsi atteint le sens fort du mot juger: non seulement opiner, estimer, tenir pour vrai, mais en dernier ressort prendre position. C'est

de ce sens usuel que nous pouvons partir pour rejoindre le sens proprement judiciaire de l'acte de juger.

Au sens judiciaire, en effet, le jugement intervient dans la pratique sociale, au niveau de cet échange de discours que, J. Habermas rattache à l'activité communicationnelle, à la faveur du phénomène central de cette pratique sociale que constitue le procès. C'est dans le cadre du procès que l'acte de juger intervient, comme le couperet qui tranche, en mettant fin à une compétition d'arguments. En ce sens, l'acte de juger récapitule toutes les significations usuelles: opiner, estimer, tenir pour vrai ou juste, enfin prendre position.

La question se pose alors de savoir sous quelles conditions l'acte de juger, sous sa forme judiciaire, peut être dit autorisé ou compétent. Dans mon article "Le juste entre le légal et le bon"(1) je considèrais quatre conditions:

- 1) l'existence de lois écrites;
- 2) la présence d'un cadre institutionnel: tribunaux, cours de justice, etc...
- 3) l'intervention de personnes qualifiées, compétentes, indépendantes, que l'on dit "chargées de juger";
- 4) enfin un cours d'action constitué par le procès, évoqué un peu plus haut, dont le prononcé du jugement constitue le point terminal.

Certes, au-delà de cet arrêt -bien nommé-, il est toujours possible de délibérer, en ce sens que tout jugement appelle au-delà de lui-même un "mais"; toutefois, c'est une caractéristique du jugement au plan judiciaire, d'interrompre le jeu et le contre-jeu des arguments en y mettant un point final, même si ce dernier est provisoire, aussi longtemps du moins que des voies de recours restent ouvertes; mais il y aura finalement, quelque part ou à quelque moment, un dernier arrêt, que sanctionnera la force publique.

Avant de montrer pourquoi nous ne pouvons pas nous en tenir à cette définition de l'acte de juger, entièrement délimitée par les conditions du procès, il importe de souligner la nécessité sociale qui s'attache à cette finalité que nous avons dite courte, consistant dans l'interruption de l'incertitude. Dans les limites strictes du procès, l'acte de juger apparaît comme la phase terminale d'un drame à plusieurs personnages: les parties ou leurs représentants, le ministère public, le juge du siège, le jury populaire, etc. En outre, cet acte terminal apparaît comme la clôture d'un processus aléatoire; à cet égard, il en est ainsi comme de la conduite d'une partie d'échecs: les règles du jeu sont connues, mais on ignore chaque fois comment chaque partie sera conduite à son terme;

(1) Paul RICOEUR, Lectures I, Autour du politique, Seuil, p.176-195



le procès est au droit de ce que la partie d'échecs est à la règle: dans les deux cas, il faut aller jusqu'au terme pour connaître la conclusion. C'est ainsi que l'arrêt met fin à une délibération virtuellement indéfinie. En dépit des limitations que l'on va dire dans un instant, l'acte de juger, en suspendant l'aléa du procès, exprime la force du droit; bien plus, il dit le droit dans une situation singulière.

C'est par le double rapport que l'acte de juger entretient avec la loi qu'il exprime la force du droit. D'un côté, en effet, il paraît simplement appliquer la loi à un cas; c'est ce que Kant appelait jugement "déterminant". Mais il consiste aussi dans une interprétation de la loi, dans la mesure où aucun cas n'est simplement l'exemplification d'une règle; restant dans le langage Kantien, on peut dire que l'acte de juger relève du jugement "réfléchissant", celui consistant à chercher une règle pour un cas nouveau. Sous cette seconde acception l'arrêt de justice ne se borne pas à mettre un terme à un procès; il ouvre la carrière de tout un cours de jurisprudence dans la mesure où il crée un précédent. L'aspect suspensif de l'acte de juger au terme d'un cours délibératif n'épuise donc pas le sens de cet acte.

Avant d'élargir mon propos, je veux dire encore que, considéré dans les limites étroites du procès, l'exercice de l'acte de juger prend place aisément dans un fonctionnement général de la société, considérée selon Rawls, comme un vaste système de distribution de parts. C'est en effet sous l'égide de l'idée de justice distributive, que l'acte de juger se laisse représenter; en effet, une société donnée développe un schème de répartition de parts, qui ne sont pas toutes mesurées en termes monétaires assignables à l'ordre marchand. Une société distribue des biens de toute espèce, marchands et non marchands. Pris en un sens large, l'acte de juger consiste à dé-partager des sphères d'activité, à dé-limiter les prétentions de l'un et les prétentions de l'autre, et finalement à corriger les distributions injustes, lorsque l'activité d'une partie consiste dans l'empiètement sur le champ d'exercice des autres parties. A cet égard l'acte de juger consiste bien à séparer; le terme allemand *Urteil* l'exprime bien (*Teil* voulant dire part); il s'agit bien de faire la part de l'un et de l'autre. L'acte de juger est donc celui qui dé-partage, sé-pare. Je ne dis par là rien de bien extraordinaire, dans la mesure où l'antique définition romaine: **suum cuique tribuere** -attribuer à chacun le sien- orientait implicitement vers l'analyse proposée ici. Aussi bien, toute la philosophie du droit de Kant repose sur cette distinction entre "le mien" et "le tien", sur l'acte qui tire une ligne entre l'un et l'autre.

Ces dernières considérations portant sur l'acte de trancher, au sens de séparer, fraient la voie à l'élargissement décisif annoncé dès le début de cet exposé. Pourquoi, en effet, ne pouvons-nous pas nous arrêter à ce que nous avons appelé la finalité courte de l'acte de juger, à savoir mettre un terme à l'incertitude? Parce que le procès lui-



même n'est que la forme codifiée d'un phénomène plus large, à savoir un conflit. Il importe donc de replacer le procès, avec ses procédures précises, sur l'arrière-plan d'un phénomène social plus considérable, inhérent au fonctionnement de la société civile et situé à l'origine de la discussion publique.

C'est bien jusque là qu'il faut aller: derrière le procès, il y a le conflit, le différend, la querelle, le litige; et à l'arrière-plan du conflit il y a la violence. La place de la justice se trouve ainsi marquée en creux, comme faisant partie de l'ensemble des alternatives qu'une société oppose à la violence et qui toutes à la fois définissent un Etat de droit. Dans *Lecures I*, je rends hommage à Eric Weil qui place en introduction à son grand ouvrage *La logique de la philosophie* une longue méditation sur le rapport entre discours et violence. D'une certaine façon, toutes les opérations auxquelles nous avons fait allusion, depuis le délibéré jusqu'à la prise de décision, jusqu'à l'arrêt, manifestent le choix du discours contre la violence.

On ne mesure pleinement la portée de ce choix contre la violence et pour le discours que si l'on prend conscience de l'ampleur du phénomène de la violence. On aurait tort de réduire la violence à l'agression, même élargie au-delà de l'agression physique - coups, blessure, mort, entrave à la liberté d'aller et de venir, séquestration, etc...; il faut encore inclure dans le cycle de la violence l'atteinte aux libertés fondamentales d'expression, de réunion, etc...; il faut tenir compte de la plus tenace des formes de la violence, à savoir la vengeance, autrement dit, la prétention de l'individu à se faire justice à lui-même. Au fond la justice s'oppose, non seulement à la violence tout court, ainsi qu'à la violence dissimulée et à toutes les violences subtiles auxquelles il vient d'être fait allusion, mais aussi à cette simulation de la justice que constitue la vengeance, l'acte de se rendre justice à soi-même. En ce sens, l'acte fondamental par lequel on peut dire que la justice est fondée dans une société, c'est l'acte par lequel cette société enlève aux individus le droit et le pouvoir de se faire justice à eux-mêmes, -l'acte par lequel la puissance publique confisque pour elle-même ce pouvoir de dire et d'appliquer le droit; c'est d'ailleurs en vertu de cette confiscation que les opérations les plus civilisées de la justice, en particulier dans la sphère pénale, gardent encore la marque visible de cette violence originelle qu'est la vengeance. A bien des égards la punition, surtout si elle conserve quelque chose de la vieille idée d'expiation, demeure une forme atténuée, filtrée, civilisée de la vengeance. Cette persistance de la violence-vengeance fait que nous n'accédons au sens de la justice que par le détour de la protestation contre l'injustice. Le cri: "c'est injuste!" exprime bien souvent une intuition plus clairvoyante concernant la nature véritable de la société, et la place qu'y tient encore la violence, que tout discours rationnel ou raisonnable sur la justice.



Arrivé à ce point, la question se pose de la finalité la plus ultime de l'acte de juger. Reprenant l'analyse de l'acte de juger à partir de l'opération considérable qui a consisté pour l'Etat à retirer aux individus l'exercice direct de la justice, et d'abord la justice-vengeance, il apparaît que l'horizon de l'acte de juger, c'est finalement plus que la sécurité, **la paix sociale**. En quoi cette finalité ultime rejaillit-elle sur la définition initiale de l'acte de juger par sa finalité prochaine, à savoir mettre fin à l'incertitude en tranchant le conflit? Trancher, on l'a dit, c'est séparer, tirer une ligne entre "le tien" et "le mien". La finalité de la paix sociale fait apparaître en filigrane quelque chose de plus profond qui touche à la reconnaissance mutuelle; ne disons pas réconciliation; parlons encore moins d'amour et de pardon, qui ne sont plus des grandeurs juridiques, parlons plutôt de **reconnaissance**. Mais en quel sens? Je pense qu'un acte de juger a atteint son but lorsque celui qui a, comme on dit, gagné son procès se sent encore capable de dire: mon adversaire, celui qui a perdu, demeure comme moi un sujet de droit; sa cause méritait d'être entendue; il avait des arguments plausibles et ceux-ci ont été entendus. Mais la reconnaissance ne serait complète que si la même chose pouvait être dite par celui qui a perdu, celui à qui on a donné tort, le condamné; il devrait pouvoir déclarer que la sentence qui lui donne tort n'était pas un acte de violence mais de reconnaissance.

A quelle vision de la société cette réflexion nous conduit-elle? Un peu plus loin, me semble-t-il, que la conception de la société comme distribuant des parts qu'il s'agirait toujours de départager afin de déterminer ce que sont la part de l'un et de l'autre. Ce serait la vision de la société comme **schème de coopération**; après tout, cette expression figure dans les premières lignes de la **Théorie de la justice** de Rawls, ouvrage dans lequel prévaut néanmoins l'analyse de la société comme système de distribution. La question mérite en effet d'être posée: qu'est-ce qui fait de la société quelque chose de plus qu'un système de distribution? Ou mieux: qu'est-ce qui fait de la distribution un organe de la coopération? C'est ici qu'il faut faire entrer en ligne de compte une composante plus substantielle que la pure procédure de justice, à savoir quelque chose comme un bien commun, consistant en valeurs partagées; on aurait affaire là à la dimension purement procédurale de la structure sociale. Peut-être d'ailleurs trouverait-on dans la métaphore du partage les deux aspects que j'essaie ici de coordonner; dans partage il y a part, à savoir ce qui nous sépare: ma part n'est pas votre part; mais le partage, c'est aussi ce qui nous fait partager, c'est-à-dire, au sens fort du mot: prendre part...

J'estime donc que l'acte de juger a pour horizon un équilibre fragile entre les deux composantes du partage: ce qui départage ma part de la vôtre, et ce qui, d'autre part, fait que chacun de nous prend part à la société.

C'est cette juste distance entre les partenaires affrontés, trop près dans le conflit ou trop éloignés l'un de l'autre dans l'ignorance, la haine ou le mépris, qui résume assez bien, je crois, les deux aspects de l'acte de juger: d'un côté, trancher, mettre fin à l'incertitude, séparer les parties, -de l'autre, faire reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui-, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès seraient réputés avoir chacun leur juste part à ce schème de coopération qu'est la société.

\* \* \*



## DIALOGUE avec Paul RICOEUR

**Pierre BELLET:** Que pensez-vous des paroles, tristement célèbres, prononcées par l'illustre personnage de Montesquieu, selon lesquelles le juge n'est que la bouche de la loi ?... et comment conciliez-vous cette théorie de la bouche et de la loi avec ce que vous avez dit sur le côté moral et pacifique du jugement ? ... A ce propos, j'ajouterais une dernière question : que pensez-vous de la raison d'état, comment intervient-elle, comment peut-elle ou doit-elle intervenir dans ce raisonnement.

**Paul RICOEUR:** Pour commencer par la formule de Montesquieu "la bouche de la loi", je dirai : vrai - faux. J'ai essayé de dire tout à l'heure que tout jugement singulier en situation entretient un double rapport à la loi : - d'une part, il applique la loi et d'autre part, il dit le droit dans une situation. Il n'y a donc pas là de pléonasme. Le grand Robert définit l'acte de juger ainsi : "appliquer la loi et dire le juste". Dire le juste n'est pas exactement appliquer la loi, c'est la part d'invention. Je crois qu'il y a une invention dans chaque cas particulier, parce-que deux procès ne sont pas identiques et, en ce sens il y a une création même, je dirais, dans la tradition latine, romaine ou germanique par opposition à la tradition britannique et anglo-saxonne qui fait une plus grande part à l'interprétation.

Mais appliquer c'est interpréter et, interpréter c'est imaginer, donc commencer un processus qui est celui de la jurisprudence. Cela est d'autant plus vrai dans les cas que juge la Cour de Cassation, ceux pour lesquels il n'y a pas encore de loi. Cela veut dire que les magistrats de la Cour se trouvent dans la situation de ce que Kant appelle le "jugement réfléchissant" - c'est à dire trouver la loi qui correspond au cas - par opposé au "jugement déterminant" qui ne fait qu'appliquer une loi connue à un cas échangeable et substituable à tous les autres.

**Pierre BELLET:** Comment la raison d'état peut s'insérer dans cet ensemble de raisonnement, soit que l'on se mette du point de vue de Montesquieu, soit de tout autre ?

**Paul RICOEUR:** Très certainement comme un corps étranger dont la raison n'est justement plus dans le droit mais, dans la situation du droit par rapport à l'ensemble des échanges sociaux. C'est ce que j'essayais de dire dans la très brève seconde moitié de mon exposé introductif. Dans ma première partie je dis : considérons un procès; c'est une chose fermée, bien délimitée où les actes sont catalogués, les arguments stylisés etc... puis vous mettez fin à l'aléa, à l'incertitude des échanges d'arguments par un arrêt. Si l'on replace tout cela sur l'arrière plan du conflit et de la violence, vous retrouvez une autre instance que la justice : l'Etat. L'Etat peut avoir ses raisons qui ne sont pas forcément celle du droit. J'avais essayé de montrer autrefois dans un travail appelé "Le paradoxe politique" que l'on ne peut pas donner de l'Etat une définition purement formelle, c'est à dire réduite à la structure constitutionnelle.

Il y a des prises de décision, il y a une tête, donc un élément de haute subjectivité; avec l'actuelle personnalisation du pouvoir ce n'est pas un hasard si la singularité ressurgit à la pointe de l'Etat. Ce phénomène avait d'ailleurs stupéfait Hegel; dans ses principes de la philosophie du droit, dans le grand chapitre sur la constitution, il dit "la subjectivité réapparaît dans le prince". Or le prince, c'est justement la subjectivité sauvage qui réapparaît au sommet de l'appareil. C'est à dire que la violence primitive se trouve reportée des origines archaïques ; cet archaïsme qui resurgit, c'est cela la raison d'Etat. Cependant il n'est pas possible d'avoir une Société qui soit une communauté capable de prendre des décisions sans un Etat -c'est la définition que donne Eric Weil : "j'appelle Etat l'institution par laquelle une communauté historique est capable de prendre des décisions".

Il y a donc un élément décisoire et, c'est cet élément qui va avoir ses raisons : la raison d'Etat. Le problème va être de savoir jusqu'à quel point la justice est impliquée, doit s'incliner. Le problème devient alors celui de savoir si la justice est un pouvoir, distinct du législatif et de l'exécutif, ou un simple ensemble institutionnel; en France, la constitution ne définit pas la justice comme un pouvoir. La possibilité de la raison d'Etat reste là.

**Jacques BORE:** Dans l'analyse que vous faites de l'acte de juger, quelle place ménagez-vous à cette dimension importante qu'est la liberté du juge ? en effet, le juge est contraint par l'existence et la définition de la norme et s'il peut l'interpréter, cette faculté reste très étroitement encadrée, indépendamment de la jurisprudence, par les travaux préparatoires. Par conséquent, le juge n'a de vraie liberté que lorsqu'il statue de manière prétorienne. A cet égard il y a une distinction à opérer selon que l'on applique la norme, la loi ou selon qu'on



applique des principes et on le fait alors de manière prétorienne avec une beaucoup plus grande liberté. A la limite, je ne dirai pas, parce-que cela serait faux, que le juge est créateur de droit mais, lorsqu'il statue prétorieusement, le juge est pratiquement créateur de droit avec une dimension totalement différente de celle d'un simple gestionnaire de texte.

**Paul RICOEUR:** Je dirai trois choses. D'abord que l'acte de juger sous la forme professionnelle que vous évoquez plonge ses racines dans l'acte de juger au sens ordinaire du mot, ce que les psychologues et les philosophes ont décrit, à savoir que c'est l'application d'une volonté puisqu'il y a un élément d'adhésion qui est une adhésion non contrainte. Tenir pour vrai, c'est reconnaître que c'est vrai, il y a donc un élément de volonté. C'est l'analyse que faisait Descartes de l'acte de juger.

Deuxièmement, il y a l'appréciation des faits qui a été évoquée précédemment. Il y a plusieurs lectures d'un même cours d'évènement et c'est le rôle du débat contradictoire de proposer des lectures différentes des faits eux-mêmes. Sans aller jusqu'à la phrase de Nietzsche "il n'y a pas de faits, il n'y a que des interprétations", reste une part de vérité en ce sens que comme historien on peut construire plusieurs intrigues de ce qui est proposé.

Troisièmement, il y a un élément d'estimation : quels sont les éléments de jugement moral, de valeur et finalement de recours aux principes généraux du droit par delà la règle précise. Il me semble donc que le juge n'est pas un "automate" de la loi, même s'il en est la voix, c'est une voix parlante qui a, à la fois, le dépôt et l'origine du discours.  
 .....des faits et ce recours à qu'est-ce-qui est dans cette situation là valable dans l'ordre des principes généraux du droit qui est : sous quelle loi vais-je placer le cas ?

**Louis PETITI:** La justice civile ne constitue-t-elle pas une sanction au sens où le jugement étant par nature imparfait, cette imperfection constituerait la sanction légitime d'une faute commise par les justiciables, celle de ne pas avoir été capables de se concilier, celle d'être entré en conflit en abandonnant leur devoir d'altruisme, de respect de l'autre etc...?

**Paul RICOEUR:** Votre suggestion selon laquelle la justice intervient lorsque des parties à un conflit n'ont pas trouvé la conciliation directe et s'en remettent à un tiers me paraît très

interessante. Au fond, il aurait sans doute fallu dire plus vite que ce tiers doit être reconnu par les deux parties comme étant indépendant, non seulement politiquement, idéologiquement, mais surtout des passions et des intérêts en cours. La justice n'existe qu'autant que le juge est réputé -bien qu'étant l'un d'entre nous- indépendant, c'est à dire n'est pas lui-même une partie. C'est peut-être là que se situe la véritable liberté du juge; cette capacité de distanciation par rapport au jeu des passions et des intérêts, de n'être pas lui-même en cause.

Toute la crédibilité et l'existence même de la justice repose en fait plus sur la capacité de la Société à produire un type d'homme réputé juste -c'est à dire indépendant des causes en conflit- qu' à produire des lois.

Parce-que la justice n'existe que tant que les justiciables croient qu'il y a des juges et non pas simplement tant qu'il y a des lois.

La justice c'est l'institutionnalisation dans un appareil judiciaire, dans une procédure de cet aspect moral qu'est la capacité de recul, de distanciation.

**Paul-François RYZIGER:** La décision de justice est réputée être la vérité "res judicata pro veritate habitatur", quelle est votre position par rapport au droit à l'erreur du juge ?

**Paul RICOEUR:** Je crois que l'expression "droit à l'erreur" est inappropriée parce-que je ne vois pas quelle obligation lui correspondrait d'autre part.

Il s'agit plutôt d'une façon populaire de dire autre chose, c'est à dire admettre que les juges peuvent se tromper comme on le dit aujourd'hui pour les médecins et tous ceux qui ont des responsabilités à l'égard d'autrui. C'est le rappel que le juge est à la fois l'un d'entre nous, donc faillible, mais qu'il est aussi réputé non partisan. Le droit à l'erreur, c'est en réalité le droit des citoyens de juger la justice, de se poser le problème de savoir s'il y a des lois injustes, s'il y a des jugements injustes et par conséquent le droit de juger le jugement.

J'hésite en réalité sur cette expression de droit à l'erreur, je n'aime pas cette expression parce-que, d'abord il y a une équivoque sur le mot droit et la nature de la préposition qui doit suivre. Le droit "à" et le droit "de" cela n'est pas équivalent. Il y a d'un côté la possibilité de s'opposer aux intrusions de quelqu'un qui pourrait me le refuser - par exemple le droit à la santé, à l'éducation- alors que de l'autre -le droit de- il est question du droit que je revendique contre les immixtions de l'Etat par exemple le droit de réunion, liberté de publier etc...



Alors je retourne la question, dans quelle catégorie du droit "de" ou du droit "à" vous placez-vous quand vous parlez du droit à l'erreur ?...Je ne vois pas le droit à l'erreur parce-que, à qui adresser cette exigence. Lorsque je parle de droit à la santé ou de droit aux vacances, je m'adresse à des institutions débitrices de prestations; en revanche, si je parle de droit "à" l'erreur, quelle prestation demandez-vous ?... et si l'on change pour le droit "de", contre quelle immixtion d'autorité voulez-vous vous mettre à l'abri ?...

Dans la mesure où l'expression ne rentre dans aucun des deux cas, je serai tenté de l'éliminer

**Paul-François RYZIGER:** Je crois que vous l'éliminez un peu vite ! En réalité, le juge est par définition irresponsable, même en cas de faute lourde puisqu'il n'y a pas d'autre recours possible que contre l'Etat; par conséquent, lorsque le juge commet une erreur celle-ci n'est pas sanctionnable. Juridiquement cela signifie que le juge a droit à l'erreur. Je reconnais qu'il y a là un paradoxe.

**Paul RICOEUR:** Oui, c'est un concept qui est très construit pour la spécificité du cas.

**Pierre BELLET:** Ne peut-on pas expliquer la question précédente par une marge d'erreur possible et une marge de liberté dont dispose le juge à raison de la question des probabilités que nous n'avons pas encore examinée. Or cette question joue un rôle énorme dans les faits, elle expliquerait cette marge de liberté et d'erreur.

**Paul RICOEUR:** Oui, cela correspond à la partie de mon introduction où je caractérisais le procès dans son caractère dramatique à plusieurs personnages et aussi à son caractère aléatoire, le fait que l'on ne peut pas prévoir le cours tant qu'il n'a pas été terminé.

**Pierre BELLET:** Etes-vous bien d'accord pour dire qu'il y a une marge de probabilité sur tout le domaine des faits qui va permettre aux juges entre eux de discuter, d'avancer vers

des probabilités de plus en plus certaines pour éliminer de plus en plus des erreurs possibles. La notion de probabilité d'un côté et de normalité de l'autre jouent un rôle considérable dans les faits et notamment dans tous les problèmes de responsabilité.

**Paul RICOEUR:** Mais cela vous paraît-il différent de ce que l'on appelle ordinairement la faillibilité humaine ?... Le juge est l'un d'entre nous.

**Pierre BELLET:** Oui, mais la faillibilité intègre une notion d'ordre moral à laquelle je comprend bien que vous vous attachiez, en revanche la question de probabilité est beaucoup moins morale que ce que vous indiquez, elle a une apparence plus scientifique et une réalité pratique considérable.

**Paul RICOEUR:** Vous vous situez au plan de la qualification des faits ?

**Pierre BELLET:** Oui, parce-que je ne crois pas qu'en ce qui concerne la qualification ou l'interprétation des lois cela joue. La qualification des faits joue un rôle énorme, beaucoup plus qu'on ne le dit, elle explique presque toutes les anomalies et divergences.

**Pierre BOURETZ:** Sur la question des opinions dissidentes, avez-vous le sentiment, sur le problème de la probabilité quant aux faits et de l'incertitude du raisonnement, qu'à ce moment terminal du jugement on puisse avoir besoin de laisser apparaître le fait qu'il n'y a qu'une vérité. C'est à dire qu'une fois toutes les voies de recours épuisées, le jugement ne soit plus entaché de doute, à l'inverse des décisions de la Cour Suprême de Etats-Unis où l'aspect délibératif et pédagogique du droit est assumé.

**Paul RICOEUR:** Oui, c'est une application dans une culture donnée, me semble-t-il, d'un



phénomène général. C'est qu'en effet, même lorsque nous disons "voilà c'est la vérité dans ce procès", cette vérité n'existe qu'étant donné les faits connus, les arguments présentés de part et d'autre, étant donné la discussion contradictoire. Cette vérité est celle qui résulte de l'épuisement des ressources de discours disponibles à un moment donné. Mais, lorsque l'on connaîtra peut-être d'autres faits, par exemple pour rouvrir un procès ou que des considérations morales non prises en compte seront écoutées dans la discussion publique, alors une autre configuration argumentaire apparaîtra. On peut dire que dans une situation donnée, se forme une configuration dont les éléments, dans d'autres circonstances, pourraient être remaniés pour laisser place à une autre configuration. C'est donc cette possibilité qu'on laisse ouverte.

Alors, les recours satisfont-ils en entier à cela ?...dans la mesure où ils reposent sur des faits connus, des arguments apportés, ils n'épuisent pas l'improbable.

**Pierre TRUCHE:** Sur ce dernier point, il faut noter que dans une juridiction où siègent trois magistrats et, ou encore, en Cour d'Assises composée de trois magistrats et de neuf jurés, il suffit qu'une majorité des deux tiers se dégage pour décider; cela signifie alors que toute décision de justice suppose un tiers de doute.

Cependant, c'est sur un autre point que souhaitez-vous interroger, celui de la distribution de parts que vous avez évoqué dans votre exposé introductif.

Les parts sont distribuées, mais il y a l'un d'entre eux qui avait exercé une violence dans la société, y compris au civil, qui va voir sa violence changée par une autre violence, celle de la loi, par une décision qu'on lui impose. A ce moment là, vous parlez de coopération, de contribution à la paix publique, entendez-vous par là que la contribution à la paix publique résulte de la satisfaction de l'opinion publique par l'attribution de sa part ?... comment alors résolvez-vous le passage de la violence infligée par le jugement non accepté, à l'acceptation de la violence du jugement pour aboutir à cette coopération complète ?

**Paul RICOEUR:** Il y avait deux choses dans ma proposition. D'abord une proposition générale de philosophie politique selon laquelle on ne peut pas s'en tenir à une vision de la société qui serait une juxtaposition d'individus ayant chacun des revendications opposées aux autres et alors reviendrait à la justice de mettre chacun à sa place, renforçant ainsi le rôle atomistique de la société. Je me demandais donc si l'acte de trancher n'avait pas une sorte de double fond derrière cette finalité évidente, première qui est de mettre fin à

l'incertitude du conflit en disant "c'est ainsi et pas autrement"; je me demandais s'il n'y avait une autre finalité qui était de réparer le tissu social déchiré par le conflit. Cela suppose l'horizon d'un certain bien public auquel tout le monde adhère. Néanmoins, il me semblait que l'acte de juger s'en approchait et y contribuait dans la mesure où il peut y avoir ce que j'ai appelé la reconnaissance. Ce concept me paraît très important puisqu'il structure en grande partie la philosophie morale et politique de Hegel et, c'est ce qui m'a toujours le plus saisi chez lui, c'est la place de cette "re-connaissance", c'est à dire que même si c'est moi qui ait perdu dans le procès, je "re-connaiss" un caractère de justice à la loi, à la décision prise contre moi et, donc d'une certaine façon, j'y participe indirectement bien que j'ai été écarté, mis à part. C'est cet élément de "prendre part" à un processus social qui me dépasse; c'est l'arrière plan communautaire que je ne voudrai pas avoir complètement annulé dans une vision atomistique ou d'individualisme juridique ou épistémologique où tout part des individus affrontant tous les autres individus, ce qui serait beaucoup plus valable dans une vision marchande des rapports où effectivement il y a des individus qui négocient; mais l'instauration de la paix publique exprimé négativement, c'est la diminution du degré de violence d'une société, me semble-t-il.

J'avais été très impressionné dans les affaires Scorcese et "je vous salue Marie" par votre souci de la paix publique. Cet argument semblait s'insérer pour moi dans une vision non pas de la réconciliation, ce qui serait trop fort, mais de la reconnaissance mutuelle -sorte de mutualité- qui n'est pas une simple juxtaposition d'individus.

**Isabelle DEFARGE:** Peut-on dire que si le juge n'a pas de responsabilité vis à vis des institutions, le juge, en tant qu'homme, à une responsabilité vis à vis de lui-même; responsabilité qui réside dans la reconnaissance de son propre doute, dans sa discussion : à savoir, l'expression de la dissidence doit-elle être perçue comme une vertu pédagogique ou dubitative sur la véracité de la décision finale?

Ensuite, ma seconde interrogation est de savoir si la nature de l'acte de juger est influencée ou non par le mode de saisine du juge ou encore, pour l'exprimer différemment, l'acte de juger est-il bien le même en matière pénale et en matière civile ?

**Paul RICOEUR:** Sur votre première question, celle de l'expression de la décision, je ne crois pas que cela veuille dire que le processus est différent dans ces coutumes juridiques, il y a une sorte de transparence de ce que nous venons de définir comme acte de trancher. C'est à dire que l'on voit bien que l'on a tranché puisqu'il y avait quatre voix pour et trois



voix contre, mais finalement on a tranché. Mais alors on montre sur quel fond, non pas d'indécision mais de pesée, la pesée préalable du tranchant de la décision est retenu dans l'acte même de décider. On rappelle sur quelle opposition de point de vue l'acte de trancher est apparu. On dira qu'on inscrit la décision sur le fond, non pas d'indécision, mais de compétition, d'appréciation qui font partie de l'acte décisoire. L'acte décisoire est en quelque sorte accompagné de son propre enfantement au lieu d'être présenté simplement dans son caractère purement terminal.

Autrement dit, un système délibératif est introduit dans l'arrêt. Alors, il y a peut-être un plus grande transparence dans l'acte de juger, vous-même Monsieur Truche avez parlé de l'aspect pédagogique, les citoyens sont en quelque sorte enseignés sur ce que c'est que trancher, décider: c'est à dire à quatre contre trois que ... Cela suppose qu'il y a une sorte de cellule de délibération et c'est dans cette cellule qu'il y a eu ces voix là contre celles-là, d'où ce caractère fini, révocable; si c'était une autre configuration, ce serait peut-être une autre décision... alors ce n'est peut-être pas le droit à l'erreur, mais le droit à un vice.

\* \* \*

**CONTRAINTES EUROPEENNES  
ET  
PLURALITE DES POLITIQUES CRIMINELLES**

**MIREILLE DELMAS-MARTY**



Pour apporter une contribution à ce séminaire, dont la question inaugurale est "Peut-on penser le droit dans une dimension universelle", j'ai proposé une branche du droit, la politique criminelle, et un lieu géographique, l'Europe.

Ce choix est en lui-même significatif, car la comparaison entre politique criminelle et droit pénal révèle non seulement un contenu plus large de la première, mais aussi un objet indéterminé, parce que, à la différence du droit pénal, elle n'est pas circonscrite d'avance par le législateur. La spécificité de la politique criminelle provient en réalité des pratiques jurisprudentielles tant constitutionnelles qu'européennes; pratiques tendant à rapprocher, dans un souci commun de respect des droits de l'Homme, des réponses extrêmement diverses aux comportements d'écarts aux normes que, schématiquement, on peut appeler l'infraction, la déviance. A titre d'exemple, on trouve dans la politique criminelle à la fois des sanctions pénales, mais aussi des sanctions administratives, des sanctions disciplinaires, des mesures de police ou encore la procédure de médiation; c'est en ce sens que l'on peut dire que l'objet de la politique criminelle est indéterminé.

Quant à l'Europe, si on la compare à tel ou tel Etat ou même à une fédération du type Etats-Unis d'Amérique, sa spécificité est d'être multiple. Multiplicité non seulement parce que l'on y retrouve les différentes sphères de justice évoquées par Paul Ricoeur et décrites par Michaël Walzer mais, plus précisément, parce que la pluralité se situe à l'intérieur même des institutions juridiques par l'effet d'une superposition entre institutions nationales et supra-nationales, elles-mêmes multiples, autonomes et non hiérarchisées entre elles. Les principaux exemples qui nous viennent à l'esprit sont les institutions communautaires organisées par les Traités de Rome et de Maastricht dans la perspective du Marché Commun, ou encore les structures du Conseil de l'Europe qui imposent le respect des droits de l'Homme à partir de la Convention et des protocoles additionnels; à cela s'ajoutent des structures plus circonscrites: le Bénélux, l'Association Européenne de Libre Echange, les accords de Shengen, mais aussi des structures plus larges comme la Conférence pour la Sécurité et la Coopération en Europe.

Privilégier, comme on le fait souvent, une seule Europe, celle des institutions communautaires, conduit à refuser de voir, me semble-t-il, que la spécificité

européenne tient d'abord à cette multiplicité des institutions créatrices de droit; multiplicité en quelque sorte consacrée par l'existence autonome de deux Cours suprêmes: la Cour de Luxembourg et la Cour de Strasbourg. Multiplicité encore renforcée par le fait que l'existence de ces deux Cours Suprêmes n'a pas conduit à la suppression des diverses cours constitutionnelles nationales, demeurées autonomes.

Choisir d'entrée un objet indéterminé, la politique criminelle, et des sources juridiques multiples non hiérarchisées, les sources européennes, pourrait paraître relever d'une certaine provocation. En réalité ce choix correspond dans mon esprit à une hypothèse que je voudrai exposer à partir de la transposition d'une idée développée par Henri Atlan dans un autre domaine des sciences de l'homme.

Selon Atlan, la sous détermination des structures constitue parfois un avantage permettant l'institution d'une inter-subjectivité sur la base d'une communication imparfaite; imperfection de la communication qui permet à des systèmes relevant d'histoires et de structures différentes de partager "plus ou moins les mêmes effets de signification".

Transposée au droit, l'analyse mène à l'idée qu'il y aurait une corrélation entre la sous-détermination d'un système juridique et sa capacité à communiquer avec d'autres systèmes, à pouvoir partager "plus ou moins, les mêmes effets de signification", pour reprendre la formule d'Atlan.

C'est en ce sens que l'Europe apparaît comme une sorte de laboratoire; pas un modèle à suivre, mais un lieu d'expérimentation où serait observée cette irruption de l'indétermination et du multiple dans des conditions de lieux et de temps particulièrement exemplaires.

Condition de lieu: l'Europe est le berceau du monde occidental, c'est-à-dire un lieu où l'identification du droit à la raison et à l'Etat semble imposer, plus encore qu'ailleurs, l'image .....d'un droit déterminé dans son objet, unifié et hiérarchisé dans ses sources.

Condition de temps: c'est cette fin de XXème siècle où l'attente est immense. On attend beaucoup du droit, beaucoup et bien d'avantage que d'un simple mécanisme de régulation ou d'une technique. On en attend, en réalité, qu'il institue l'Homme, c'était le sens de l'appel de Pierre Legendre, mais aussi qu'il institue la Société, idée que Pierre Bouretz a développée dans "La force du droit"; l'importance du droit pour retrouver l'imaginaire démocratique à l'issue des expériences vécues: surgissement des totalitarismes et déclin du marxisme.

La réponse à ces attentes nouvelles nécessite en conséquence de se donner les moyens de penser le droit dans cette perspective nouvelle. Il s'agit finalement de tirer parti du constat du désordre et de l'instabilité pour ajuster nos méthodes, pour apprendre à penser



le droit en y intégrant le multiple et l'indéterminé, non plus comme synonymes de dégénérescence, d'arbitraire ou de menace d'éclatement, comme on peut le craindre avec le réveil des particularismes, mais en tant que signe d'ouverture, promesse d'échange.

L'objectif, par delà ce que Paul Ricoeur a appelé la pluralité des foyers de juridicité, serait de faire entrer le pluralisme à l'intérieur même des institutions juridiques.

A ce point, émerge une question essentielle, celle de déterminer si le pluralisme peut s'inscrire ou non dans un raisonnement juridique, sachant que cela implique des sources multiples et non hiérarchisées.

Pour exposer cette question, je voudrai préalablement expliciter chacun de ses termes avant de les mettre en relation. Je suivrai donc une démarche en trois temps:

- d'abord présenter l'objet de mon étude: la politique criminelle;
- ensuite, décrire les sources juridiques européennes susceptibles d'avoir une incidence sur la politique criminelle;
- enfin, essayer de répondre à la question: une relation entre politiques criminelles et contraintes européennes est-elle juridiquement pensable?

## **I .La politique criminelle.**

J'ai déjà évoqué l'indétermination des contours dès lors que l'on passe du droit pénal à la politique criminelle.

Celle-ci, en effet, est née d'un double phénomène: d'un côté la diversification des pratiques développées en réponse à l'infraction et à la déviance, qu'accompagne un certain éclatement des catégories juridiques traditionnelles particulièrement en droit pénal; d'un autre côté, et les deux phénomènes sont liés, la recomposition du champ juridique qu'engendre l'apparition de nouvelles catégories. Recomposition qui, au fond, se réalise autour d'un droit des droits de l'Homme à la fois national, je pense pour la France au bloc de constitutionnalité, et aussi européen: convention européenne de sauvegarde, mais aussi principes fondamentaux, du côté du droit communautaire.

Pour aborder le point de la diversification des pratiques, on observe qu'elle se situe à la fois au-dedans et au-dehors du droit pénal. A l'intérieur, le postulat classique de l'unité, de l'homogénéité du droit pénal est dépassé, même en tant que fiction, car les écarts sont trop visibles pour que l'illusion soit maintenue; la fidélité apparente du droit

pénal français à la division tripartite - crime, délit, contravention - ne masque plus l'éclatement des catégories de fond et de procédure.

Quant au droit pénal de fond, par exemple, si le crime demeure une catégorie relativement homogène, en revanche les notions de délits et de contraventions recouvrent des éléments extrêmement hétérogènes; à cela s'ajoute une diversification des peines qui accentue le brouillage des catégories pénales classiques. En effet, hormis la peine de prison il n'existe plus de peines spécifiquement pénales; les amendes, les peines alternatives, pour la plupart d'entre elles, ne présentent plus de véritable spécificité pénale. Les unes s'apparentent à la sanction civile, ce sera le cas par exemple d'une peine assortie du sursis qu'accompagnera une obligation de réparation; les autres relèvent de la sanction administrative s'agissant d'interdiction professionnelle, de suspension de permis, de fermeture d'installation ou d'établissement. D'autres enfin s'apparentent à la médiation lorsque le tribunal ajourne le prononcé de la peine en l'assortissant d'une injonction et, finalement, prononce une dispense de peine.

Dans le domaine de la procédure on décèle de même un certain nombre de signes indicatifs de l'affaiblissement de la spécificité pénale, et ce aux différents moments du procès.

Si l'on se réfère à la première phase du procès, celle de la constatation de l'infraction, on observe qu'elle n'obéit pas toujours à des règles spécifiques. En effet, dans ce domaine on relève un certain nombre de dispositions communes en matière pénale et administrative. En ce sens on citera l'ordonnance de 1986 relative aux infractions économiques.

Quant à la décision de poursuivre, on observe un certain nombre de cas où l'Administration se substitue, en droit ou en fait, au Ministère Public pour apprécier de l'opportunité des poursuites tant dans le domaine de la répression pénale qu'administrative.

La garde à vue, longtemps apanage de police judiciaire, s'étend en réalité sous d'autres noms: la rétention, en matière de contrôle et de vérification d'identité qui est une mesure de police administrative, de même, la rétention des étrangers en voie d'expulsion, ainsi que l'actuel projet de maintien forcé des étrangers en zone de transit.

Du moins, pourrait-on être porté à croire que demeure la spécificité des juridictions d'instruction, sorte de noyau dur de la procédure pénale.

A l'encontre de cette idée, on constate d'un côté la disparition de ces juridictions dans plusieurs pays et, de l'autre leur forte marginalisation là où elles subsistent. Il faut avoir à l'esprit qu'à l'heure actuelle, en France et en Belgique, moins de dix pour cent des affaires sont portées à l'instruction. Cela signifie que le renvoi direct en



jugement, très proche du procès civil, a progressé par le canal de la citation directe ou de la comparution immédiate.

Enfin, les règles relatives aux droits de la défense, notamment pour ce qui est du débat contradictoire, se développent en tous domaines: au civil comme en matière administrative et, prochainement peut-être, en matière de médiation.

Là apparaît un autre processus d'extension et non plus d'éclatement qui, diamétralement opposé, contribue, lui aussi, à réduire la spécificité pénale: j'évoque la légitimation, au dehors, du développement de catégories voisines.

En effet, du-dehors la spécificité pénale est atteinte de divers côtés. Sans méconnaître que dans le passé la sanction pénale n'a jamais constitué la réponse exclusive à l'infraction, force est de constater que l'on est passé de phénomènes ponctuels, non ou peu organisés, à ce qu'aujourd'hui on nomme des stratégies sociales. Ainsi, en 1990 on relevait "La recherche de nouvelles stratégies sociales" comme titre d'un colloque du Conseil de l'Europe. Pour l'essentiel il s'agissait d'interventions tendant à éviter l'entrée dans le processus pénal ou son interruption; c'est-à-dire d'interventions qui, globalement, se rattachaient à l'idée de médiation.

A cet égard, il y a là un paradoxe entre l'appartenance apparente de la médiation à une catégorie voisine du droit pénal et sa finalité qui est l'évitement du système pénal. L'ambiguïté de la relation de la médiation avec le système pénal provient de son but, l'exclusion du système pénal, et le statut de référence première que celui-ci détient; en effet, tout échec de la médiation se résoud dans le système pénal. Dès lors, se pose la question des moyens d'éviter l'aggravation de la situation pénale du délinquant du fait de l'échec d'une médiation préalable.

Enfin, s'ajoute le fait, qu'en l'absence de cadre juridique propre à la médiation, les pratiques sont le plus souvent greffées sur le système pénal et, en France notamment, sur le principe d'opportunité des poursuites du Ministère Public.

Parallèlement à la médiation se sont développées les sanctions administratives susceptibles d'être prononcées directement par l'administration, comme c'est le cas en matière fiscale, ou par l'intermédiaire d'une autorité indépendante, comme on en a des exemples en matière économique ou boursière. Dans ce dernier exemple, l'autonomie par rapport à la sanction pénale est beaucoup plus grande que dans la médiation. Ainsi, le Conseil Constitutionnel admet ces sanctions dans leur principe, même si elles ont une fonction de punition et non de simple régulation. En contrepartie, le Conseil Constitutionnel impose, progressivement, un rapprochement de leur régime juridique avec celui du droit pénal; en revanche, le cumul des sanctions à raison des mêmes faits n'est pas exclu: Cf décision de 1989 relative à la C.O.B.

Enfin plus récemment apparue, je citerai dans l'ordre des catégories voisines: l'indemnisation collective des victimes d'infraction.

Très difficile à classer juridiquement, il s'agit à l'évidence d'une indemnisation extra-pénale, puisque d'une part elle est prise en charge par l'Etat et que d'autre part, elle a perdu son caractère de subsidiarité à l'égard du droit pénal, dès lors que l'obligation de réparation préalable pesant sur l'auteur de l'infraction ne conditionne plus l'indemnisation par l'Etat. A ces observations s'ajoute le fait que l'indemnisation est prévue par le code de procédure pénale; cela conduirait à analyser ce dispositif comme constituant un nouveau cas de responsabilité de l'Etat, donc une mesure de nature administrative. Cependant, on relève, à l'inverse, que le Code qualifie de civile la commission chargée de prendre les décisions d'indemnisation.

Cet exemple permet de mesurer la difficulté qu'il peut y avoir à se référer aux catégories traditionnelles pour rendre compte des pratiques actuelles face à l'infraction et à la déviance.

La conjugaison du développement des catégories voisines et de l'éclatement interne de la classification pénale aboutit, en conséquence, à l'ouverture du champ pénal. Or cette ouverture ne se traduit pas nécessairement par une dilution ou une confusion générale des catégories juridiques, dès lors que ce phénomène s'accompagne d'un autre, celui d'une recomposition du champ juridique.

Recomposition en cours, donc nécessairement difficile à cerner, qui me paraît tenir à l'émergence de ces nouvelles catégories nées des droits de l'homme, dépassant et enveloppant le droit pénal pour prendre en compte l'ensemble des réponses à l'infraction ou à la déviance.

Cette recomposition est au fond assez facile à comprendre; la référence aux droits de l'homme, en effet, l'impose parce qu'elle amène à fonder le raisonnement juridique sur les droits concernés plutôt que sur les institutions compétentes. Il est vrai que le droit pénal est en position centrale, lorsque l'on parle de droits de l'homme, parce qu'il y a une tension très forte entre l'un et l'autre. Le droit pénal a pour fonction de garantir les droits de l'homme mais parallèlement cette fonction légitime des restrictions, des exceptions, voire des dérogations multiples. Le droit pénal constitue en quelque sorte une protection et une menace pour les droits de l'homme, d'où une tension que le mouvement de dépénalisation ne parvient pas à atténuer. En effet, substituer à la sanction pénale une sanction administrative ou un internement médical ou de sûreté peut renforcer ou au contraire affaiblir les droits de l'homme sans que cet effet puisse être prédéterminé. A l'inverse, ériger en sanction pénale une mesure auparavant de nature administrative, comme



la reconduite à la frontière des étrangers, peut de même impliquer un renforcement ou un délabrement des droits de l'étranger en situation irrégulière.

Le droit des droits de l'homme semble ainsi opérer un véritable renversement de perspective suscitant parfois des regroupements juridiques inattendus. Dès lors qu'il incite à considérer toutes sanctions ou toutes mesures restrictives d'abord par référence au droit concerné, il est facteur de rapprochement tantôt entre le droit pénal et le droit administratif, tantôt entre le droit civil et le droit pénal et tantôt entre le droit administratif et le droit civil.

Par exemple, la catégorie nouvelle des matières pénales regroupant, du point de vue du droit à un procès équitable, divers types de sanctions tant pénales stricto sensu qu'administratives ou disciplinaires, a comme dénominateur commun une certaine proximité avec les conceptions traditionnelles du droit pénal.

Autre exemple, la catégorie des mesures privatives de liberté ou d'enfermement qui regroupe, à travers un régime juridique partiellement commun, sanctions pénales, mesures de police et diverses mesures d'internement médical ou éducatives selon les cas.

Dans ce contexte, la jurisprudence interne n'est pas sans influence en ces matières; je pense particulièrement au rôle du Conseil d'Etat, du Conseil Constitutionnel mais aussi à celui de la Cour de Cassation. Reste qu'il me semble que c'est d'abord à partir des contraintes européennes - article 5 de la Convention pour les privations de liberté, article 6 pour la matière pénale et le procès équitable, Droit Communautaire et Convention Européenne pour ce qui touche à la police des étrangers - que la politique criminelle s'est structurée autour des nouvelles catégories.

Ceci me conduit, en conséquence, à essayer d'analyser l'importance des sources européennes se surajoutant aux droits nationaux; j'en arrive donc au second point annoncé:

## **II .Les sources juridiques européennes.**

Précédemment j'ai déjà employé l'adjectif multiple.

Les sources européennes sont multiples, d'abord en raison de la diversité des institutions européennes qui, il faut le souligner une fois encore, ne sont pas hiérarchisées entre elles. En effet, s'il existe depuis longtemps un projet de ratification de la Convention Européenne des Droits de l'Homme par la Communauté des douze, celui-ci n'a pas abouti à ce jour. Le traité de Maastricht relatif à l'union européenne précise seulement que les

questions d'intérêt commun appartenant, notamment, aux domaines de la justice et des affaires intérieures, telles que politiques d'asile, d'immigration ou de lutte contre certaines infractions, doivent être traitées dans le respect de la Convention. Pour avoir le mérite d'exister, cette formule n'implique cependant pas la primauté de la Convention Européenne par rapport au droit communautaire. En somme, elle ne fait qu'entériner une pratique de référence à la Convention Européenne instaurée dans les années soixante dix par la Cour de Justice. A l'inverse, et cela est plus rare, il arrive aussi que la Cour Européenne des droits de l'Homme, à Strasbourg, se réfère, notamment en matière de police des étrangers, au droit communautaire. Il y a en conséquence un jeu de références croisées, d'influences mais pas de hiérarchie.

Cela dit, l'Europe n'est pas seulement diverse dans ses institutions, elle l'est aussi dans ses méthodes. Il y a un point sur lequel je voudrais insister, car il commande directement le type de contraintes qu'exercent les sources européennes sur la politique criminelle. Sur ce plan les méthodes varient; elles vont de la simple entraide répressive internationale jusqu'à la neutralisation de la norme pénale interne par la norme européenne, avec, entre ces extrêmes, toute une gradation que trois séries d'exemples illustreront.

- L'entraide répressive internationale.

Avec celle-ci la contrainte est faible, parce que l'autonomie des ordres juridiques nationaux est préservée; les Etats conservent la maîtrise de leurs politiques criminelles nationales, et cela explique le nombre élevé de conventions applicables. Je pense ainsi au jeu des conventions du Conseil de l'Europe telles que la Convention européenne d'extradition, la Convention d'entraide judiciaire, la Convention sur le transfert des personnes condamnées et la Convention pour la répression du terrorisme qui sont les plus largement ratifiées.

Si l'on passe à l'échelle des douze et de la Communauté Européenne, il existe aussi, en dépit de l'échec du projet plus ambitieux de créer un espace juridique européen doté d'une cour pénale européenne, un certain nombre de conventions telles que l'accord de Dublin sur le terrorisme, la Convention relative à l'application de la règle "non bis in idem", la Convention sur la transmission des procédures répressives etc. et encore le Traité de Maastricht sur l'union européenne qui prévoit également une coopération judiciaire et policière, en particulier dans certains secteurs comme le terrorisme, le trafic de drogue, la fraude internationale etc.

Dans un cadre géographique plus restreint, il faut ajouter à cela les accords de Schengen qui comportent des dispositions relatives au développement de l'entraide répressive entre les huit pays signataires ainsi qu'un renforcement de la coopération judiciaire et policière.



Paradoxalement, en dépit de leur nombre, ces conventions me paraissent constituer un ensemble trop limité et éclaté pour que l'on puisse parler d'un véritable espace pénal européen.

Mais, s'agissant d'évoquer les contraintes européennes, il est nécessaire de tenir compte d'autres processus déjà en place, moins vulnérables peut-être et plus contraignants sans doute, qui vont de la coordination à la subordination.

- Le processus de coordination évoque l'idée d'harmonisation si l'on prend le mot dans un sens limité; l'idée d'unification reste exclue parce que seule est imposée une certaine proximité des ordres nationaux par rapport à la norme européenne. Je serai tenté de résumer cela en parlant d'obligation de compatibilité et non de conformité, parce que les Etats conservent, dans cette hypothèse, une marge d'appréciation.

Techniquement c'est ce qu'à l'origine on appelait, en droit communautaire, les directives ou détermination des buts à atteindre sans que soient imposés les moyens à mettre en oeuvre.

L'évolution a fait que les directives sont devenues des règles de plus en plus précises; cependant les Etats gardent encore, malgré quelques tentatives récentes de la Commission, le choix de la sanction et notamment sa nature pénale, administrative ou civile. De même dans le domaine proprement communautaire que constitue la protection des intérêts financiers de la communauté, par exemple fraudes aux subventions de la C.E.E, si les Etats ont obligation de sanctionner ces fraudes, ils conservent la liberté de choix de la sanction et de détermination de la procédure applicable.

Cela rappelé, c'est principalement à partir de la Convention Européenne que le processus de coordination s'est développé au fil de la jurisprudence de la Commission et de la Cour de Strasbourg. On l'observe dans les domaines où, sans imposer l'uniformité des politiques criminelles, cette jurisprudence limite les choix nationaux par une sorte d'encadrement juridique renforcé. Contrôle exercé à la fois à l'égard des sanctions pénales et administratives, mais aussi vis-à-vis d'autres mesures de l'ordre de la police, des internements médico-sociaux, des écoutes téléphoniques, etc.

Ce contrôle repose sur un fondement commun, celui de l'atteinte au droit protégé, que ce soit une privation de liberté ou une atteinte à la vie privée, comme c'est le cas en matière d'écoutes téléphoniques, ou encore toute autre atteinte.

L'autre élément commun de ce contrôle réside dans le fait qu'il porte essentiellement sur ce que l'on pourrait appeler les piliers de l'Etat de droit; c'est-à-dire cumulativement la légalité et la garantie judiciaire ou, pour employer un néologisme, la judiciarité.

De ce point de vue la légalité prend une signification européenne autonome à la fois plus large et plus étroite qu'en droit interne.

La légalité européenne emprunte une signification plus large dans la mesure où le terme renvoie à l'ensemble du droit en vigueur et pas seulement au droit écrit; sur ce point la position de la Cour de Strasbourg a été très clairement exposée au travers d'affaires tant britanniques que françaises. Cependant, en même temps la Cour impose une conception plus étroite en ce qui concerne le contenu de la norme. En effet, elle considère que la base légale doit répondre à certaines conditions de qualité: la loi, et a fortiori si elle est de droit non-écrit, doit être accessible, précise et prévisible. Je me demande à cet égard comment, dans notre système jurisprudentiel, la condition de prévisibilité peut être remplie dès lors que, à la différence des systèmes de common-law, il n'y a pas de règle du précédent et, qu'en conséquence, fait seule jurisprudence la décision la plus récente et non la plus ancienne.

De même, la garantie judiciaire est imposée non seulement en droit pénal ou en matière pénale, mais aussi chaque fois qu'une mesure privative de liberté est prise et ce, quelque soit la nature juridique de cette mesure. Il y a donc là un véritable habeas corpus européen, beaucoup plus protecteur que le modèle original britannique.

L'idée de base est en réalité extrêmement simple. Elle consiste à reconnaître à toute personne, privée de sa liberté par arrestation ou détention, le droit d'introduire un recours devant un tribunal. Cela signifie que l'existence d'une base légale demeure insuffisante en l'absence d'une garantie judiciaire qui, elle-même, implique tout un jeu de conditions beaucoup plus développées qu'en droit interne: conditions de lieu, de temps - principe de célérité - ou encore de déroulement de l'action - principe de contradiction des débats - .

En définitive, si chaque Etat conserve une marge d'appréciation concernant le choix de la mesure à prendre face à l'infraction ou à la déviance, on observe que, tant en droit communautaire que sur le fondement de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, un rapprochement se produit qui conduit à une certaine harmonisation des politiques criminelles. Harmonisation qui dans certains hypothèses va parfois jusqu'à l'unification.

- L'unification constitue l'autre processus observé, le plus contraignant.

C'est la subordination qui impose à chaque Etat une obligation de conformité, c'est-à-dire l'identité entre norme nationale et norme européenne.

A s'en tenir à la lecture des traités et des conventions, les institutions européennes ne détiennent pas de compétence directe pour imposer l'uniformité dans le domaine du droit pénal et de la politique criminelle. En réalité c'est par le canal de l'interprétation des textes que la jurisprudence est parvenue à imposer la primauté de la norme européenne, même dans les matières réservées, en principe, à la souveraineté nationale.



Néanmoins, ce processus d'unification demeure partiel et asymétrique en ce sens que l'effet de neutralisation de la norme répressive interne - décriminalisation - est plus complet que l'effet d'incitation à réprimer corrélativement.

En droit communautaire, le principe de primauté permet seulement d'inciter les Etats à prévoir une sanction là où il n'y en a pas, mais il n'autorise pas d'imposer, au plan supra national, la criminalisation.

En revanche, l'effet de neutralisation du droit pénal interne par la norme communautaire - décriminalisation - a été consacré à plusieurs reprises tant par la Cour de Justice que par la chambre criminelle de la Cour de Cassation, en droit français.

Le raisonnement juridique consiste, en effet, à écarter les incriminations pénales dès lors qu'elles contrarient un principe de droit communautaire. Parmi un grand nombre de principes susceptibles d'être invoqués en ce sens, l'article 30 du Traité de Rome constitue sans conteste celui qui est le plus fréquemment avancé: prohibition des restrictions quantitatives à l'importation et toutes mesures d'effet équivalent. Or, chaque fois que l'on peut considérer qu'une sanction pénale peut induire des effets équivalant à une restriction à l'importation, elle devient contraire à l'article 30; cela aboutit alors à une décriminalisation en application du droit communautaire.

Cette atteinte à la souveraineté nationale surprend sans doute moins, déjà, dans une Europe fortement intégrée, comme le souligne l'expression Communauté Européenne, que dans le cadre du Conseil de l'Europe dont la vocation originelle était plus modeste: organiser la coopération politique en Europe. Pourtant, la Convention Européenne, sous le contrôle de la Commission et de la Cour de Strasbourg, pose de véritables interdits à caractère obligatoire pour les Etats. Ainsi, ils sont tenus de respecter l'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Prohibition qu'une affaire pendante devant la Cour laisse suspecter qu'elle n'est peut-être pas parfaitement respectée en France; mais, c'est sur ce fondement que le Royaume Uni a été condamné à l'occasion des pratiques anti-terroristes utilisées en Irlande.

L'interdit de la peine de mort s'impose aussi de manière absolue pour les pays qui ont ratifié le protocole additionnel; de même pour l'article 5, relatif aux privations de liberté, qui énumère limitativement les cas dans lesquels une personne peut être arrêtée ou détenue. Cela signifie a contrario que tous les cas non énumérés sont interdits aux Etats; on a vu ainsi la condamnation de l'Italie à raison d'une législation prévoyant des privations de liberté, à l'égard des personnes dangereuses ou liées à la mafia, indépendamment de toute condamnation pénale.

Cette esquisse révèle, en droit positif, la diversité des dispositifs juridiques par lesquels s'imposent les contraintes européennes aux politiques criminelles nationales.

Si l'on veut dépasser le droit positif, ce bilan soulève une question théorique fondamentale qui rejoint ce séminaire: peut-on penser le droit dans une dimension, sinon, universelle du moins européenne?

Cette question nous amène à un troisième et dernier point que l'on peut exposer sous la forme interrogative suivante:

### **III .Une relation entre politiques criminelles et contraintes européennes est-elle juridiquement pensable?**

La formule "juridiquement pensable" nécessite d'être explicitée, ce qui implique de définir préalablement un critère de la juridicité.

Dans la conception traditionnelle, la juridicité d'un système de normes est en étroite relation avec le degré d'intégration de ces normes. Un système est d'autant plus juridique que les normes sont mieux intégrées.

Dans son livre sur les noms de la loi Gérard Timsit montre que l'intégration varie en fonction des trois figures d'engendrement du droit ou des normes.

Il s'agit d'abord de la prédétermination qui renvoie aux conditions d'émission de la norme, très schématiquement le législateur.

Ensuite, il y a la co-détermination ou marge, variable selon les systèmes, laissée aux récepteurs chargés d'appliquer la norme.

Enfin, la surdétermination ou code de valeurs, loi silencieuse, qui inspire émetteur et récepteur de la norme; par exemple les principes généraux du droit communautaire.

En d'autres termes, un système de droit est fortement intégré, donc pleinement juridique, lorsque la norme est émise de façon précise et univoque, qu'elle est reçue sans marge d'appréciation et interprétée selon la logique formelle classique -le syllogisme aristotélicien-, que cette norme est légitimée par référence à un code culturel homogène.

Certes, un tel schéma, même en droit interne, relève plus de l'idéal que de la réalité des pratiques. Cependant, en tant qu'idéal type il n'est guère contesté, sauf à s'efforcer de réduire ou dissimuler les écarts.

En revanche, à l'échelle européenne la transposition ne peut être effectuée sans qu'apparaisse l'impossibilité de projeter le système en qualité d'idéal type. En effet, la



reconnaissance, aux récepteurs de la norme européenne - les Etats chargés de l'appliquer - , d'une marge d'appréciation paraît ,dans bien des cas, inévitable.

Dans ce contexte, la notion d'idéal type devient inopérante. Doit-on alors en conclure que les contraintes européennes entraînent nécessairement un affaiblissement de la juridicité et, par conséquent, un déclin du droit?

Certains le pense, d'autres le dise; cela traduirait une certaine difficulté à penser le droit dans une dimension universelle, sauf à prendre un pari inverse qui consisterait à faire dépendre les critères de juridicité de la fonction assignée au système de droit.

Or cette fonction varie selon que l'on conçoit un système de droit comme un système clos, conception étroite, ou au contraire comme un système ouvert ayant vocation à l'échange supra ou infra national.

Dans la première conception la juridicité se limite au critère du degré d'intégration des normes; en revanche, dans la seconde, on débouche sur d'autres critères. Ceci m'incite à proposer de transposer au droit l'hypothèse d'Henri Atlan selon laquelle la sous-détermination des structures constitue parfois un avantage permettant l'institution d'une inter-subjectivité basée sur une communication imparfaite.

On serait alors conduit à poser différemment le critère de juridicité; c'est-à-dire en combinant degré d'intégration du système et sa capacité d'échange avec d'autres systèmes.

Pour être séduisante cette proposition demeure, me semble-t-il, difficile à mettre en oeuvre, car on ne peut admettre que la communication extérieure conduite à remettre en cause sa logique propre, gage de sécurité juridique et instrument de résistance à l'arbitraire.

La question se pose alors de savoir s'il est possible de construire un raisonnement logique à partir de concepts imprécis et à la lumière d'un code de valeurs pluralistes et par conséquent hétérogènes.

Dans la mesure où se renouvelle actuellement la pensée logique, par le biais d'une diversification de ses branches et du développement de ce que l'on appelle les logiques non-standard, je voudrai revenir, sous cet anle, sur les trois figures de l'engendrement des normes.

D'abord la prédétermination ou émission des normes.

Dès lors que l'on admet que des normes soient posées au plan européen et que l'on souhaite dépasser le stade de la simple entraide, une alternative s'ouvre dans les termes suivants:

- soit poser des règles précises excluant toute marge nationale d'appréciation, c'est-à-dire imposer un processus de subordination caractérisé par une prédétermination forte;

- soit poser des principes directeurs préservant mieux la souveraineté des Etats avec le risque de l'imprécision, c'est-à-dire une prédétermination faible.

La première branche de l'alternative conduit, au nom de l'orthodoxie juridique, à renoncer à la souveraineté nationale; la seconde, à l'inverse, préserve celle-ci mais aboutit à un renoncement à construire une véritable communauté juridique.

En réalité, l'Europe fait place à l'un et l'autre de ces processus puisque l'on a relevé précédemment l'existence à la fois de règles précises et de principes directeurs.

Or, l'existence de l'Europe juridique repose sans doute sur la combinaison des deux composantes de l'alternative, à condition que le choix entre l'une ou l'autre repose sur des critères objectifs et non sur la pure opportunité politique.

Ces critères on les a déjà ébauchés lorsqu'a été évoquée la hiérarchie des valeurs sous-tendant la Convention Européenne.

Si l'on se réfère aux valeurs à protection absolue ou quasi-absolue, qui fondent les interdits de la torture, des traitements inhumains ou d'abolition de la peine de mort, on observe qu'aucune marge d'appréciation n'est admise. De même on se souvient que l'article 5 n'autorise, en matière de privation de liberté, aucune exception en dehors des cas limitativement énumérés.

En revanche, la considération de l'ensemble des droits et libertés prévus aux articles 8 à 11 de la Convention, vie privée, liberté de pensée, etc, laisse apparaître que la protection de ces droits demeure subordonnée aux restrictions nécessaires dans une société démocratique; restrictions appréciées avec une marge d'appréciation reconnue aux Etats et, par conséquent, variable selon les cas de figure.

On pourrait déduire de ces exemples que le choix entre prédétermination forte ou prédétermination faible et entre processus de subordination ou de coordination correspondrait à la volonté d'imposer un degré d'intégration plus élevé lorsqu'il y va de valeurs considérées comme essentielles.

Le constat ne résoud pas tout; la dualité n'est en effet acceptable que dans la mesure où le recours, même partiel, aux principes directeurs ne livre pas les justiciables à l'arbitraire des juges. Surgit alors la question de déterminer la possibilité d'une interprétation rigoureuse sur le fondement d'un concept imprécis. On retombe là, sur la question de la co-détermination; c'est-à-dire de la référence au pouvoir d'engendrement du droit, que détient le récepteur chargé d'appliquer la norme, par le canal de l'interprétation.

Selon la conception traditionnelle, la co-détermination doit être faible, car l'interprétation doit obéir aux principes de la logique classique: principe d'identité, principe de non contradiction, et principe du tiers exclu.

Le respect de ces principes repose à la fois sur une définition précise des concepts et des catégories juridiques, mais aussi sur une architecture cohérente et hiérarchisée de l'ensemble.



C'est en effet seulement à cette condition que le jugement peut prendre la forme du syllogisme, la majeure étant la règle de droit, la mineure la constatation des faits, la décision constituant la conclusion.

A défaut de réunir ces conditions, doit-on conclure que l'interprétation devient arbitraire?

Ici, je crois qu'il faut aborder de front la difficulté, inhérente au système européen de normes, des concepts imprécis: ainsi, le concept de matière pénale tel qu'il a été dégagé par les instances de Strasbourg à partir de la Convention, ou encore, par le Conseil Constitutionnel français lorsqu'il parle de sanctions ayant le caractère d'une punition à propos de matières extra pénales.

Il est sûr qu'au sens européen le concept de matière pénale est imprécis par nature, et non pas seulement pour des raisons simplement sémantiques tenant à l'imprécision du langage; il s'agit d'imprécision par nature puisque le concept englobe, à partir de la catégorie précise du droit pénal, d'autres catégories et certaines sanctions administratives, disciplinaires.

Dès lors les trois principes de la logique formelle classique se trouvent remis en cause de manière presque caricaturale; une même pratique peut être à la fois pénale au regard du système européen et non pénale selon le droit interne.

En revanche, le raisonnement peut se construire selon une autre logique et en particulier selon la logique de gradation décrite sous l'appellation de logique floue; adjectif dont la traduction est particulièrement malheureuse lorsque l'on sait qu'en réalité l'expression "logique floue" repose sur des conditions extrêmement rigoureuses.

Nous avons travaillé sur ce thème et avons mis en lumière ces conditions à propos de la matière pénale. A cet égard, nous poursuivons actuellement sur la notion de "restriction nécessaire dans une société démocratique" pour essayer d'effectuer un travail semblable d'explicitation de la jurisprudence avec une approche différente de la logique aristotélicienne.

Ce raisonnement rigoureux se développe en trois temps;

- premier temps: le concept imprécis, en l'occurrence la matière pénale ou la société démocratique, doit être rattaché à une notion de référence spécifiable. Dans le premier des cas étudié, la notion de référence était la tradition pénale européenne que la Cour et la Commission spécifie à partir de trois critères, et une multitude de sous-critères, qui sont 1) la technique juridique interne, 2) la nature de l'infraction, 3) la sévérité de la sanction.

- c'est seulement lorsque cette notion de référence spécifiable peut être mise en lumière qu'il devient possible, dans un deuxième temps de procéder à une évaluation, implicite mais très visible dans les arrêts, d'un degré de proximité par rapport à la notion de référence.

- dans un troisième temps, reste à établir un seuil de compatibilité à partir duquel la proximité des pratiques nationales sera jugée suffisante pour que la qualification de matière pénale ou de société démocratique s'applique.

Au terme du raisonnement, il y a une décision reposant sur ce seuil de compatibilité; décision qui sera toujours binaire, comme en logique classique entre conforme et non conforme, entre compatible et non compatible. La différence tient alors au contenu de ce que l'on pourrait appeler "la vérité juridique" résultant de cette décision.

En logique classique, cette vérité est en principe à contenu unique, si l'on respecte parfaitement le syllogisme; à l'inverse, en logique floue la "vérité juridique" prend un contenu multiple.

On retrouve là une différence identique à celle séparant règles et principes directeurs. Une même règle ne peut engendrer deux solutions différentes, alors qu'avec les principes directeurs, un même principe peut donner lieu à des solutions à contenu différent.

Pour reprendre un même exemple, on peut qualifier de matière pénale des sanctions correspondant à des situations tout à fait différentes: d'un côté une sanction administrative pécuniaire et d'un faible montant, parce que dans cette hypothèse le critère de la nature de l'infraction aura été déterminant dans la mesure où elle est susceptible d'être commise par toute une population; d'un autre côté on appellera aussi matière pénale une sanction à caractère disciplinaire comportant une peine privative de liberté d'une certaine durée, parce que là c'est le critère de la sanction qui prédomine, même si elle ne concerne qu'un ensemble très limité de personnes, par exemple la discipline militaire ou pénitentiaire.

On arrive ainsi à une vérité plurielle qui est peut-être la condition du raisonnement juridique dans un monde pluraliste; c'est-à-dire dans un monde où la légitimité de la norme s'inscrit dans un code culturel qui est lui-même hétérogène. En évoquant cette notion de code culturel je renvoie à cette notion de valeurs, de principes et de croyances auxquels adhèrent l'émetteur et le récepteur de la norme; c'est-à-dire renvoi au thème de la sur-détermination, pour reprendre la terminologie proposée par Gérard Timsit.

\*

\* \*

Pour conclure, j'esquisserai la question de la sur-détermination des normes par des valeurs contenues dans un cadre culturel implicite.

L'intégration parfaite d'un système de norme nécessite qu'il soit sur-déterminé par un code de valeurs, implicite peut-être, mais homogène. Cette homogénéité est par essence variable, même au plan du droit interne; à l'échelle européenne,



l'hétérogénéité est plus forte. Cela tient d'abord aux structures elles-mêmes; très grossièrement il y a d'un côté l'europe des marchands caractérisée par la prédominance des contraintes économiques, et d'un autre côté l'europe des droits de l'homme où prévalent les contraintes éthiques. Ensuite il y a l'importance de l'interprétation donnée par les instances de Strasbourg de la Convention Européenne de Sauvegarde. La Cour fait de l'hétérogénéité un principe juridique; pluralisme, tolérance, esprit d'ouverture constituent à ses yeux, et cela apparaît dans l'étude de ses décisions, des éléments en l'absence desquels il n'est pas de société démocratique.

Cela signifie qu'une sur-détermination excessive, qui imposerait un code culturel trop homogène, notamment en matière de morale, serait contraire à l'esprit démocratique pour la Cour de Strasbourg.

Je me garderai donc de conclure véritablement, ou plutôt en guise de conclusion je vous laisserai débattre de cette interrogation: déclin du droit ou promotion dans le laboratoire européen d'un droit de type nouveau qui s'affranchirait de son identification à l'Etat

\* \* \*