

Le droit privé de contenu

BENOÎT FRYDMAN

Les transformations qui affectent le droit contemporain sont souvent comprises en termes de transferts de pouvoirs entre autorités de régulation¹. Au plan interne, on constate ainsi un glissement du législatif et de l'exécutif vers le judiciaire ou, de plus en plus souvent, vers des « autorités indépendantes », quitte à s'inquiéter du « gouvernement des juges ». Au plan global, on diagnostique à juste titre une perte d'influence de l'État au bénéfice de certaines organisations régionales ou internationales, quitte à dénoncer la « technocratie » de ces instances.

Ce paradigme des vases communicants dissimule cependant une réalité différente et préoccupante, à savoir la transformation des contenus du droit, plus précisément la perte de sa substance, la disparition de pans entiers de règles. Ainsi, la mise en avant du judiciaire, plutôt que d'annoncer un véritable gouvernement des juges, signale plus souvent l'abandon de la règle juridique au profit d'une « mise en balance ponctuelle des intérêts en conflits ». L'action spectaculaire des juges, dans certaines affaires particulières, dissimule en réalité que, dans la majorité des situations, qui échappent aux tribunaux, les rapports de force peuvent désormais jouer à plein. Pareillement, la montée en puissance des organisations internationales économiques et financières annonce moins la création d'un super État, européen ou global, qui viendrait se substituer aux États-nations, qu'elle ne dissimule une vaste entreprise de dérégulation visant à accélérer l'avènement d'une sorte de « droit naturel économique », sans frontières ni contrepoids.

Cette contribution a pour objet de présenter de manière à la fois synthétique et concrète, exemples à l'appui, ces phénomènes, divers dans leurs formes mais convergents dans leurs effets, par l'action desquels le droit, pourtant de plus en plus en présent, se vide de sa substance, c'est-à-dire de ses règles. En d'autres termes, il

s'agit de montrer comment l'apparente «montée en puissance du juridisme» recouvre en réalité une «crise de la prescription»². Dans la première partie, nous examinerons certaines étapes du glissement en cours de la réglementation à la régulation aux plans global et européen. La seconde partie sera consacrée aux conséquences du glissement interne de la réglementation vers la balance judiciaire.

Le niveau supranational: de la réglementation à la régulation

Que la mondialisation ne désigne pas seulement une nouvelle phase du capitalisme mais également un phénomène politique qui fragilise ou met en cause la souveraineté des États est trop bien connu pour qu'il soit nécessaire de s'y attarder longuement. L'État, figure centrale de la modernité politique et juridique, est en déclin, à tel point que beaucoup considèrent aujourd'hui que «refaire la démocratie» requiert de la repenser sans l'État à un échelon européen, voire global. Telle n'est pas la piste (pourtant intéressante) que j'explorerai ici. Mon propos consistera plutôt, dans cette première partie, à décrire les étapes concrètes suivant lesquelles s'opère progressivement, à l'échelon de l'Europe et du monde, le passage de la règle à la régulation, à l'intervention conjuguée d'un ensemble de facteurs de nature technique, juridique, politique et idéologique.

L'internationalisation croissante des échanges, des marchés, des communications et des relations rend chaque jour plus manifeste l'*inadéquation d'échelle* entre le niveau souvent étatique de la réglementation juridique et le champ beaucoup plus large où se déroulent effectivement les phénomènes que la norme prétend régir. L'État, classiquement construit sur une assise territoriale, éprouve de plus en plus de difficultés à se saisir de situations qui excèdent le cadre de ses frontières, ou même échappent à toute localisation. La situation nouvelle créée par le développement des réseaux de communication, en particulier Internet, nous en fournit une bonne illustration.

Internet est parfois présenté comme un espace de non-droit. En réalité, d'un point de vue juridique classique, la situation est plutôt inverse. C'est le trop-plein de droit qui tue ici la règle. Chaque État a vocation à exercer la police des activités qui se déroulent sur son territoire. Mais comment peut-on localiser une activité immatérielle en particulier lorsque celle-ci se déroule dans un espace purement virtuel de communication? La solution classique consiste dans ce cas à déterminer la loi applicable par référence à un «facteur de rattachement», par exemple la nationalité ou la résidence des personnes impliquées ou encore le lieu où le message est émis ou reçu.

Appliquée à Internet, cette solution aboutit pratiquement à affirmer la compétence de tous les États à l'égard de toutes les activités développées sur le réseau. Ainsi, par exemple, les ventes à distance, comme les ventes par correspondance, sont généralement soumises à des formalités particulières, dans un souci de protection du consommateur. Telle législation nationale est applicable dès lors que le consommateur a sa résidence habituelle sur le territoire de l'État et qu'il a accompli dans cet État les actes nécessaires à la formation du contrat ou bien y a été touché

par une publicité². Cela revient à dire qu'un site de vente par correspondance (comme celui de La Redoute, des 3 Suisses ou d'Amazone) est en principe tenu de respecter les réglementations et formalités de tous les pays où résident des acheteurs potentiels. Autant dire qu'il n'en respecte aucune, sauf parfois sa législation nationale. À l'impossible, nul n'est tenu. On ne peut manquer à cet égard d'être frappé par la simplicité des clauses des conventions souscrites sur Internet lorsqu'on les compare aux formulaires beaucoup plus longs que l'on soumet aux acheteurs à l'occasion d'opérations conclues selon des voies plus traditionnelles.

La même situation prévaut bien évidemment dans les matières pénales ou de police. En Allemagne, il y a quelques années, le parquet de Munich avait tenté de s'opposer, lors d'une brève épreuve de force, au fournisseur d'accès Compuserve, à propos de 200 sites et groupes de discussions controversés, diffusant des messages à caractère pornographique ou pédophile. Dans un premier temps, Compuserve obtempéra et suspendit les sites litigieux dans le monde entier. Mais l'obstacle fut très vite contourné et le contenu des sites reproduit sur des «sites miroirs» et diffusé par mailinglist, de sorte que le fournisseur, arguant de sa position concurrentielle, leva le blocage au bout d'un mois⁴.

Tout récemment, la justice française a été saisie d'une affaire similaire concernant cette fois certains services proposés par Yahoo. À l'initiative de la Licra, ainsi que d'autres associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme, la société Yahoo! Inc. s'est vu reprocher de permettre, via un service d'enchères en ligne⁵, la vente publique de milliers d'objets et insignes à la gloire du 3^e Reich et d'héberger sur son service «Geocities⁶», différentes pages antisémites reprenant notamment les textes de *Mein Kampf* et du *Protocole des sages de Sion*. Estimant une telle apologie du nazisme contraire à la loi française⁷, le tribunal de grande instance de Paris a ordonné à Yahoo le 22 mai 2000 de «prendre toutes mesures de nature à dissuader et à rendre impossible la consultation sur Yahoo.com du service de vente aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constitue une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis». Suite aux objections de Yahoo, qui prétendait que la mise en place de telles mesures serait techniquement impossible, le tribunal a rendu le 20 novembre 2000, sur la base d'un rapport d'expertise international, une décision complémentaire ordonnant à Yahoo de prendre, dans les trois mois et sous peine d'astreinte, les mesures techniques d'affichage, de filtrage et d'identification des utilisateurs, de nature à empêcher la consultation des sites et des données illicites par tout utilisateur se trouvant sous la juridiction de la République⁸. Dans l'intervalle, le Parlement français a modifié le 1^{er} août 2000 la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁹ de manière à aggraver les responsabilités et les obligations qui pèsent sur les fournisseurs d'accès.

Ces décisions de la justice française ont été suivies d'effet puisqu'elles ont conduit les responsables de Yahoo à faire machine arrière. Ceux-ci ont annoncé qu'ils interdiraient désormais la vente d'objets nazis et d'autres organisations de haine comme le Ku Klux Klan, dans le même temps où ils rendaient ce service d'enchères payant par le prélèvement d'une commission.

La société poursuit cependant l'action introduite devant une juridiction de Californie en vue de faire annuler les décisions judiciaires françaises rendues contre elle. Sans préjuger de l'issue de ce recours, on peut en souligner les risques compte tenu de la Constitution américaine, dont le 1^{er} amendement interdit toute restriction légale à la liberté d'expression, disposition qui, selon un arrêt récent de la Cour suprême des États-Unis, bénéficie de manière pleine et entière au média Internet¹⁰.

Il va de soi que les opérateurs jouent eux-mêmes de l'inextricable imbroglio réglementaire que crée le cumul des différents ordres juridiques nationaux sur le réseau des réseaux, notamment en localisant de manière opportune leurs sites et activités de manière à bénéficier de la réglementation la moins contraignante ou la plus protectrice de leurs intérêts (*forum shopping*). Ce phénomène n'est nullement limité aux communications sur Internet mais s'observe depuis longtemps, en particulier dans les domaines fiscal (évasion) et de la réglementation sociale (délocalisation). Il semble que seul un cadre normatif global – et encore – soit en mesure de garantir désormais le respect du droit. Le moins qu'on puisse dire est que l'on en est loin dès lors que certaines grandes puissances s'y refusent et privilégient la solution jugée plus souple et plus efficace d'une *autorégulation* par les principaux acteurs du marché.

Cette dernière observation peut être élargie à l'ensemble des opérations internationales, économiques et financières. À cet égard, il serait tout à fait inexact de penser que les institutions économiques et financières internationales ou régionales, tels l'OMC, le FMI ou même l'Union européenne, auraient vocation à remplacer les États, à une échelle supérieure, dans leurs missions de police et de réglementation des échanges. Sur le plan du droit, l'action de ces organisations se définit plutôt de manière *négative*. Elles veillent au respect des mécanismes de marché et de la liberté des échanges, en combattant toutes les dispositions qui les limitent d'une manière directe ou indirecte. Dans ce but, elles surveillent les règles de tous ordres prises par les États, en contestent le cas échéant la légitimité et exigent en conséquence leur suppression, dès lors que ces règles aboutissent dans leurs effets à fausser le jeu de la libre concurrence. On le voit bien, dans les différends pendants devant les instances d'arbitrage de l'OMC, en particulier ceux qui opposent les États-Unis à l'Europe à propos de la viande aux hormones ou du maïs transgénique, il est en pratique difficile, sur le plan juridique, de faire prévaloir sur la logique du libre-échange, qui domine les traités et l'action de ces institutions, d'autres objectifs, notamment de santé publique, ou d'autres principes, tels que le désormais célèbre principe de précaution.

Un tel déséquilibre prévaut également en Europe, alors pourtant que l'Union européenne prétend construire, au-delà d'une simple zone de libre-échange, une véritable union politique, fondée sur un ordre juridique autonome. Du traité de Rome à celui de Maastricht, du Marché commun au marché intérieur et à la monnaie unique, les règles fondamentales du droit européen assignent prioritairement l'objectif d'un espace de libre-échange sans entraves ni barrières. Ces règles fondamentales, d'application directe et immédiate, sont interprétées de manière extensive

et progressive par les instances administratives et judiciaires de l'Union. Elles suffisent à invalider des normes nationales qui contrarient leurs objectifs. Certes, les réglementations nationales, disqualifiées comme constituant des obstacles à la liberté des échanges, peuvent si nécessaire être remplacées par des règles communautaires, règlements ou directives. Mais l'adoption d'un tel régime de substitution n'est nullement automatique et nécessite au contraire un large accord entre les États membres (majorité qualifiée ou unanimité), qu'il est souvent difficile de réunir.

Dans un tel régime, où la liberté est de principe et la règle l'exception, où les procédures de dérégulation sont automatiques et l'adoption de règles de substitution laborieuse, dans ce régime à deux vitesses, il n'est guère étonnant que les exigences des marchés l'emportent généralement sur d'autres considérations générales susceptibles de motiver l'intervention de la puissance publique, telles des préoccupations sociales ou de santé publique. La mise au placard du projet de gouvernement économique, les retards à l'allumage répétés de l'Europe sociale ou encore l'incapacité prolongée des organes de l'Union à adopter des mesures sérieuses et efficaces pour combattre l'épidémie de la vache folle – sans parler de la réforme de la politique agricole commune – le confirment de manière aussi spectaculaire que navrante.

À cet effet quasi mécanique de dérégulation, lié à la logique de promotion du libre-échange qui a présidé à l'institution et à la définition des compétences des organisations économiques et financières, s'ajoute l'action volontariste de ces organisations. Ainsi, par exemple, les *plans d'ajustement structurel*, à la mise en œuvre desquels le FMI conditionne l'octroi de prêts aux pays en difficulté ou en cessation de paiement, organisent généralement le démantèlement de pans entiers du droit du pays emprunteur dans le souci affiché d'ouvrir plus largement celui-ci à l'économie mondiale.

Dans le même sens, mais moins connue, on notera la tendance récente des traités internationaux à soustraire le règlement des litiges commerciaux aux juridictions des États parties, pour les soumettre à l'*arbitrage international*, c'est-à-dire à des juges privés. Cette solution, classique et somme toute normale pour les litiges entre particuliers, était jusqu'il y a peu très rare dans les contrats d'État, conclus entre une ou plusieurs entreprises privées et un État. Autrefois, les États parvenaient à imposer la compétence de leurs juridictions ou, à tout le moins, l'application de leur droit national. De plus en plus souvent, ils reconnaissent désormais, dans des clauses de portée générale, la compétence des arbitres internationaux, qui ont naturellement tendance à dire le droit, moins en référence à un ordre juridique étatique déterminé qu'aux principes de la *lex mercatoria* (droit des marchands) et aux traités de libre-échange.

Indépendamment de ces prescriptions internationales, les États, soucieux d'attirer chez eux les investissements et les entreprises, abaissent encore de leur propre initiative le niveau de leur réglementation afin de sauvegarder ou d'améliorer leur position concurrentielle. C'est donc à un véritable mécanisme de dérégulation compétitive que le *forum shopping* autorisé par l'hiatus entre la globalisation des échanges

et la fragmentation des réglementations soumet les différents ordres juridiques nationaux, y compris les pays les plus riches et les plus attachés à leur protection juridique.

Un important courant doctrinal, majoritaire même dans les milieux économiques et financiers, légitime cette vaste entreprise de dérégulation au nom des dogmes de l'économie néoclassique et de la *théorie de l'équilibre général*¹¹. Dans ce système axiomatique, qui promeut la régulation optimale des échanges par le seul mécanisme des prix, la règle juridique, spécialement la réglementation étatique¹², est considérée au mieux comme inutile, au pire comme nuisible, en tant qu'elle perturbe le libre jeu de la concurrence et empêche l'allocation optimale des ressources. D'un point de vue normatif, l'État doit seulement veiller à réglementer les marchés, à assurer leur police et à prêter, si nécessaire, la force de la loi à l'exécution des opérations qui y ont été régulièrement conclues. Dans une version moins radicale, l'État est également fondé à intervenir pour remédier à l'inexistence ou à l'insuffisance des régulations spontanées, notamment dans les situations bien étudiées d'échec du marché (*market failure*). Cependant, même dans ce cas, où l'initiative et le service publics retrouvent quelque crédit, les autorités feront bien de mettre sur pied des marchés *ad hoc* favorisant la régulation du problème plutôt que d'édicter des règles substantielles plus contraignantes.

Cette question a occupé le centre des discussions qui ont échoué lors de la Conférence internationale de La Haye sur le réchauffement climatique de la planète. Alors qu'un accord politique était intervenu dès Kyoto entre les pays développés sur une réduction des émissions de gaz à effet de serre de l'ordre de 5 % entre 1990 et 2010, un différend subsiste sur la nature des mesures à adopter pour parvenir à la réalisation de cet objectif. Les États-Unis ont proposé de recourir à un système de *quotas de pollution négociables*, qu'ils ont déjà mis en place et expérimenté à différents niveaux internes. En résumé, le procédé consiste à émettre et à distribuer chaque année aux entreprises des « permis d'émission », sous la forme de titres négociables, régulièrement cotés en Bourse. La masse globale des titres est réduite chaque année afin de parvenir progressivement à l'objectif fixé. Pour faire face à la réduction du volume de leurs titres, les acteurs économiques peuvent décider d'investir en vue de réduire les nuisances. Dans ce cas, s'ils n'utilisent pas l'intégralité de leurs « droits de polluer », ils remettent leurs excédents en circulation sur le marché. Ces titres sont convoités par les pollueurs qui, ayant décidé de ne prendre aucune mesure d'assainissement, sont contraints de compléter leur quota désormais insuffisant. Les promoteurs de ce mécanisme mettent en avant les nombreux avantages qu'il procure. Il permet de sauvegarder au maximum la liberté de choix des acteurs économiques, selon leurs préférences et les contraintes qui s'imposent à eux, tout en assurant la réalisation de l'objectif global de dépollution. Bien plus, il organise la répartition équitable des coûts de la dépollution entre les différents pollueurs par le jeu du marché, spécialement de la fluctuation de la cote des droits de polluer en fonction de l'état de l'offre et de la demande.

Il s'agit à présent ni plus ni moins que de transposer ce système à l'échelle planétaire, ce qui permettrait aux États-Unis de ne prendre aucune mesure de réduc-

tion et de racheter les quotas, largement excédentaires, attribués aux pays de l'ex-Union soviétique. En outre, un «mécanisme de développement propre» (MDP) serait instauré par le moyen duquel les pays industrialisés pourraient financer des projets économisant les émissions de CO₂ dans les pays du Sud, moyennant l'octroi de crédits de pollution supplémentaires. Les Européens, en particulier la France, ont marqué leur accord de principe à un tel système. Ils s'opposent seulement aux États-Unis en tant qu'ils demandent d'en limiter l'usage à la moitié des engagements tout au plus, afin de contraindre les pays industrialisés à prendre des mesures positives de réduction de leurs émissions polluantes¹³. Cette discussion a pris fin suite à la dénonciation des accords de Kyoto par l'administration Bush.

On voit bien ce qui choque un certain nombre d'observateurs et une partie du public dans la mise en place de ce système. Cela touche fondamentalement à la *transformation du contenu et du statut de la norme*. Une mesure d'interdiction, de contrôle ou de réduction d'une activité jugée nuisible et même dangereuse pour l'avenir du monde et de l'humanité est renversée, à la faveur de l'instauration d'un mécanisme de marché, en véritable droit de polluer la planète et d'émettre des gaz toxiques. Même si les effets escomptés sont obtenus, cette préférence donnée à la régulation sur la réglementation aboutit à priver le droit d'un contenu potentiel, spécialement à priver le monde du repère d'une règle, dont la formule dûment entérinée aurait pu guider l'action des uns et des autres et à la violation de laquelle s'attacheraient des sanctions ou même seulement une forme de réprobation collective. En d'autres mots, à la faveur du système des quotas de pollution négociables, qui va probablement être adopté dans l'avenir, c'est tout simplement le principe suivant lequel il est «mal» de polluer qui se trouve en quelque sorte effacé et passé à la trappe.

Ainsi privée de contenu, la régulation ou la gouvernance projetée à l'échelle régionale ou mondiale paraît un peu vide de sens, sinon dénuée d'efficacité. Pour pallier ce déficit idéologique, les instances de régulation cherchent à réinjecter un contenu juridique de nature à légitimer les processus en cours. De manière peu surprenante, ils redécouvrent ce matériel dans la matière des *droits de l'homme*, spécialement des libertés privées au sein des droits dits de première génération¹⁴. On voit ainsi des groupes transnationaux revendiquer à leur profit, au nom des droits de la personne humaine, le respect de la propriété privée, de la liberté du commerce et d'entreprise et même de la liberté d'aller et de venir, que l'on refuse dans le même temps aux populations, spécialement aux ressortissants des pays pauvres. De même, l'Union européenne, à défaut pour les États membres de s'accorder jusqu'à présent sur une réforme institutionnelle qui permettrait de «faire la démocratie» à l'échelle communautaire, prétend mettre les droits de l'homme au cœur du projet politique qui lui fait défaut, par le moyen d'une Charte, sans grande portée juridique, à laquelle la présidence française semble avoir accordé une valeur emblématique. Comme on le verra dans la seconde partie, l'invocation permanente des droits de l'homme participe également, au plan interne cette fois, des mécanismes par lesquels le droit se trouve progressivement vidé de son contenu.

Le niveau interne: de la règle légale à la balance judiciaire

Au plan national, le droit est généralement perçu comme de plus en plus présent dans tous les domaines de la vie privée et publique, y compris, depuis peu, le contrôle de l'action politique. Cependant qu'elle accroît ainsi censément son empire, la norme juridique change néanmoins de forme. Un double mouvement peut être observé à cet égard. D'une part, la règle tend à être remplacée par des principes plus généraux, à contenu flou ou variable, voire sans contenu du tout. Voyez, par exemple, outre le principe de précaution précité, l'invocation permanente des principes de proportionnalité et de subsidiarité. D'autre part, et dans le même temps, la norme tend à s'individualiser, comme si toutes les décisions, pour être justes et efficaces, devaient se prendre au cas par cas, chaque affaire méritant un traitement particulier et une solution spécifique. Ce double mouvement n'est contradictoire qu'en apparence puisque aussi bien un traitement individualisé s'accommode bien mieux d'un principe général ou d'un cadre formel que des dispositions légales ou réglementaires classiques. Nous allons examiner à présent comment en pratique ce double mouvement de généralisation et d'individualisation crée un espace béant dans lequel la règle de droit sombre et se perd. Pour ce faire, je présenterai, toujours sur la base d'exemples, deux tendances majeures du droit contemporain, bien connues des théoriciens du droit: sa procéduralisation et sa constitutionnalisation.

Le mouvement de *procéduralisation* du droit contemporain peut s'autoriser, en première analyse, de l'important courant dit lui aussi «procédural» de la philosophie contemporaine, conduit avec beaucoup de talent par Jürgen Habermas¹⁵. Selon cette philosophie, réduite à son principe et transposée au droit, la raison, si elle se reconnaît désormais impuissante à découvrir et à imposer en son nom des normes substantielles, peut néanmoins définir le cadre et les contraintes d'un débat contradictoire qui doit idéalement permettre de réaliser l'accord des parties sur l'établissement ou l'application d'une norme fondée sur le meilleur argument. Cette théorie encourage et légitime les initiatives qui visent notamment à confier aux parties elles-mêmes, dans un cadre judiciaire ou para-judiciaire approprié, le soin de régler leurs litiges, au mieux de leurs intérêts, dans le respect de la loi. Elle a également permis de réaffirmer l'importance primordiale de certains principes juridiques (comme le respect des droits de la défense, sur lesquels veille, en ultime recours, la Cour des droits de l'homme de Strasbourg, sur la base de l'article 6.1. de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) qui établit le droit au procès équitable et en détermine les règles essentielles.

Toutefois, certains mécanismes de procéduralisation aboutissent en pratique à l'effet exactement contraire. Ainsi, par exemple, la *médiation pénale*, instituée en France par une loi du 4 janvier 1993, qui connaît chaque année plusieurs dizaines de milliers de cas d'application dans l'ensemble du pays¹⁶. Importée d'Amérique, la médiation pénale a, depuis les années 1990, le vent en poupe en Europe. Elle est définie comme un mode alternatif de règlement des litiges à caractère pénal par le moyen d'une conciliation ou d'une réconciliation des personnes, en particu-

lier l'auteur d'une infraction et sa victime, négociée par les parties par l'entremise d'un tiers, le médiateur.

De l'aveu des autorités publiques, la médiation représente en pratique un mode de gestion nouveau, rapide et peu coûteux de la petite délinquance, notamment en tant qu'elle fournit le moyen d'appréhender, dans le cadre d'une politique inspirée par le principe de la «tolérance zéro», un certain nombre d'«incivilités» qui échappaient jusque-là, en droit ou en fait, à l'action des tribunaux et même du parquet. La médiation pénale est mise en œuvre à l'initiative du procureur, qui tantôt exerce lui-même le rôle de médiateur (en Allemagne et en Belgique notamment), tantôt, comme en France, délègue cette fonction à un tiers. Le parquet n'en perd pas pour autant le droit d'exercer ultérieurement des poursuites, par exemple si la médiation échoue ou si son résultat ne le satisfait pas. Il peut aussi imposer, comme en Belgique, des mesures supplémentaires, comme par exemple une cure de désintoxication pour un délit lié à l'usage d'alcool, de drogue ou de stupéfiants. En tout état de cause, la médiation requiert l'accord préalable des intéressés et la reconnaissance préalable du fait et de ses torts par l'auteur de l'infraction.

De ces seuls éléments, ouvertement assumés, on peut déjà déduire la violation caractérisée de plusieurs règles fondamentales du droit pénal moderne. Premièrement, en recourant à la médiation pour réprimer les incivilités, les autorités procèdent non seulement à «l'extension du filet pénal», selon la formule consacrée dans le jargon des criminologues, mais violent potentiellement le principe cardinal de la *légalité des délits et des peines*, conquête de la Révolution sur la justice de l'Ancien Régime, puisque l'on en vient à stigmatiser, au nom d'une surveillance tous azimuts, des comportements qui ne constituent pas clairement des délits et à les réprimer indépendamment des sanctions prévues par le Code pénal. En outre, la *présomption d'innocence* est bafouée par la reconnaissance préalable de culpabilité, imposée sous la menace de poursuites pénales, que la médiation permet soi-disant d'éviter, alors qu'en réalité elle s'y ajoute. Enfin, les principes d'*impartialité* et d'*égalité des armes* sont gravement méconnus par une procédure, par ailleurs soustraite à la *publicité*, au cours de laquelle le procureur intervient à la fois comme «juge» et comme partie poursuivante.

Il ne faut pas méconnaître les risques d'extension de cette procédure d'exception, qui évite les règles du droit pénal, tout en supprimant ses garanties essentielles. Cette nouvelle procédure évoque en effet, sans s'y réduire, le mécanisme du *plea bargaining* (marchandage de plaidoirie) par lequel se règlent 80 % des affaires aux États-Unis. À l'issue de tels marchandages, le procureur promet une incrimination moins pénalisante, en échange d'une reconnaissance préalable de culpabilité, qui le dispense d'en apporter la preuve devant un jury convoqué à cette fin. Ce marchandage secret, échappant au contrôle tant de la victime que du public, mené sous la contrainte de fortes pressions financières et la menace de peines considérables, compromet l'égalité des prévenus devant la justice et vide de leur substance les garanties constitutionnelles du *due process of law*.

Une réflexion comparable pourrait bien entendu être appliquée aux procédures de formation, de surveillance et de sanction des chômeurs, à l'instar de celles qui sont prévues dans la nouvelle convention controversée de l'Unedic en France, qui aboutissent en pratique à lier le versement des allocations à l'instauration de mécanismes de contrainte. De telles procédures, qui se généralisent en Europe, transforment peu à peu le contenu des normes juridiques, d'un droit social fondamental à un revenu de substitution en une institution disciplinaire de surveillance, qui se dissimule sous des objectifs gestionnaires.

Venons-en pour finir au phénomène de *constitutionnalisation* du droit contemporain. Ce terme désigne la part croissante faite aux droits fondamentaux, spécialement aux droits de l'homme, dans la mise en œuvre des règles juridiques et la solution des litiges. On aurait tort d'en limiter la portée aux décisions par lesquelles les cours constitutionnelles, comme le Conseil constitutionnel en France, peuvent faire obstacle à l'adoption ou à la mise en œuvre d'une loi, au motif qu'elle méconnaît une prescription de la Constitution. Par-delà le contrôle de la constitutionnalité des lois, le recours aux droits fondamentaux se répand petit à petit à l'ensemble de l'appareil judiciaire et à toute la gamme des contentieux. Souvent présentée comme un progrès, cette constitutionnalisation du droit entraîne parfois des effets pervers de perte de substance de la règle juridique, imputables à un certain mode d'application du droit par les juges. Une fois encore, on abordera la question par le biais d'un exemple, emprunté cette fois à la jurisprudence européenne de la Cour des droits de l'homme de Strasbourg.

Un ciné-club d'Innsbruck, l'Otto-Preminger-Institut, avait programmé le film de Werner Schroeter, *Le concile d'amour*, d'après la pièce d'Oscar Panizza, qui caricature outrageusement et tourne en dérision les principaux dogmes de la religion catholique. À la requête de l'évêque d'Innsbruck, la copie du film fut saisie puis confisquée, ce qui empêcha bien entendu sa diffusion. Tous les recours devant les juridictions autrichiennes ayant échoué, le ciné-club se plaignit à Strasbourg d'une violation caractérisée de la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention. Suivant les principes bien établis de sa jurisprudence, la Cour vérifie d'abord que l'ingérence publique était prévue par la loi, ce qui était le cas, le blasphème étant puni par le Code pénal autrichien. La Cour examine ensuite si la restriction avait été imposée dans un but légitime, qu'elle découvre en l'espèce dans le souci des autorités autrichiennes de protéger les droits d'autrui, précisément la liberté de culte de l'immense majorité des Tyroliens, choqués dans leurs convictions religieuses par le film blasphématoire.

Pour la Cour européenne, l'affaire s'analyse dès lors en un *conflit entre deux droits fondamentaux concurrents* également protégés par la Convention, à savoir d'une part la liberté d'expression et d'autre part la liberté de conscience et de culte. La Cour estime, selon son habitude, qu'un tel conflit se règle, en vertu du *principe de proportionnalité*, non pas en hiérarchisant les droits en question, mais bien *en mettant en balance les intérêts concrets des parties en litige*, intérêts que ces droits ont pour fonction de protéger. La Cour estime sur cette base ne pas pouvoir condam-

ner l'État autrichien dont les juridictions, en privilégiant l'intérêt d'une immense majorité de catholiques sur la curiosité d'une poignée de cinéphiles, dans le souci de préserver l'ordre public, n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation¹⁷.

Cet arrêt, qui ressemble à quantité d'autres¹⁸, montre clairement comment l'invocation des droits de l'homme peut conduire, non pas forcément à garantir la « primauté du droit », suivant l'expression qu'affectionne la Cour de Strasbourg, mais à son évacuation pure et simple. À l'invocation d'un droit fondamental, la liberté d'expression, répond symétriquement l'invocation par la partie adverse d'une autre liberté, la liberté de conscience et de culte. Le seul constat de ce conflit potentiel justifie, aux yeux de la Cour, la mise en œuvre d'une méthode que l'on désigne couramment sous le nom de « mise en balance des intérêts » (*balance of interests test*) et qui tend à se généraliser auprès des cours et tribunaux.

Cette méthode, prônée il y a un peu plus de cent ans par le juriste français François Gény, doit son inspiration philosophique, moins à l'utilitarisme de Bentham et au paradigme du spectateur impartial, qu'au positivisme d'Auguste Comte et à ses velléités de gestion scientifique de la moralité sociale. Elle appréhende le droit comme un instrument de gestion des conflits d'intérêts qui agitent en permanence la société et d'aménagement de situations d'équilibres provisoires. Assimilés à des ingénieurs appelés au chevet de la « chaudière sociale », les magistrats tentent de soulager les pressions trop intenses et de trouver un point d'équilibre dynamique entre les forces concurrentes. Ils s'efforcent ainsi de conjuguer stabilité et évolution et de contribuer à la réalisation paisible du « progrès social ». Une fois dissipé l'effet des formules scientifiques chères aux positivistes, rien ne permet cependant de distinguer la mise en balance judiciaire des intérêts d'un simple jugement de valeur, sans validité aucune au regard de la science ni du droit, par le moyen duquel le juge s'autorise à apprécier au cas par cas la légitimité de tel ou tel rapport de forces. Ce faisant, le magistrat s'émancipe de l'obéissance qu'il doit aux règles qu'il est censé appliquer, qu'elles soient légales ou même jurisprudentielles, se dispensant du même coup d'en investiguer et d'en préciser la teneur.

En l'espèce, le juge aurait pu et même dû approfondir le sens et la portée de la liberté d'expression, qui impose, dans une société démocratique, selon la jurisprudence même de Strasbourg, de tolérer les « propos qui heurtent, choquent ou inquiètent » une frange ou même la majorité de la population. La Cour aurait dû se demander si le blasphème entrait ou non dans ce cadre. Elle aurait également dû s'interroger sur la portée exacte de la liberté de culte, conçue à l'origine pour protéger des cultes minoritaires contre les ingérences publiques discriminatoires visant à en décourager la pratique. La Cour aurait dû expliquer en quoi, c'est bien le moins, cette règle autoriserait désormais, au mépris du principe de laïcité, les adeptes d'une religion à faire interdire les propos qui blessent leurs croyances. Plutôt que de se livrer à ce travail d'investigation et d'interprétation, qui constitue l'essence même de la raison judiciaire, la Cour se précipite dans un grossier calcul d'intérêts, sans valeur juridique, qui l'amène à entériner purement et simplement un rapport de forces de pur fait, au détriment des libertés qu'elle a pour mission de défendre et

de la règle de droit elle-même dont elle doit assurer la primauté. On voit parfaitement ici comment le double mouvement de recours aux principes fondamentaux et d'individualisation de la décision par le moyen d'une pondération casuelle des intérêts fait sombrer corps et bien la règle de droit.

Ces exemples fragilisent l'antienne bien connue du « gouvernement des juges », qui suppose la transmission entre les mains des magistrats d'un certain pouvoir politico-juridique autrefois sous la maîtrise du législateur. Cette analyse manque l'essentiel, à savoir l'évanescence du pouvoir et de la normativité ainsi transférée. Ce qui est perdu d'un côté ne se retrouve pas de l'autre. Monté en épingle par quelques affaires spectaculaires, le pouvoir du juge se réduit de plus en plus souvent à l'arbitrage, au cas par cas, d'un conflit d'intérêts auquel nulle règle ne vient donner son sens et sa portée politique.