

Les 11 « vents dominants »

8. Principe de précaution, judiciarisation

(mars 2015)

Dominique SCHNAPPER

Pourquoi TMI a-t-il joint, dans une même interrogation sur les facteurs de la confiance (les « vents »), le principe de précaution et la judiciarisation ? Ce sont des caractéristiques qui sont produites par deux séries de phénomènes apparemment disjoints. On peut pourtant plaider, justement, que la convergence, que soulignent les premiers travaux de TMI, tient de ce qu'on assiste, dans les deux cas, à la remise en cause du progrès en tant que tel et à l'interrogation inquiète sur ses effets et, en même temps, à un certain affaiblissement de la volonté politique. Les démocraties européennes sont devenues essentiellement « providentielles ».

I.

Du progrès heureux à l'interrogation inquiète

Depuis le temps des Lumières, tout au long du XIX^{ème} siècle et jusqu'à l'utilisation de la bombe atomique en 1945 et la découverte de la *shoah*, les Européens ont vécu le progrès scientifique et technique dans l'optimisme. Ils développaient formidablement la science et ses applications techniques et ils admiraient à juste titre les résultats de leurs efforts. Ils ne pouvaient manquer de constater l'enrichissement progressif des populations et, en même temps, l'extension du régime démocratique qui semblait accompagner le progrès de la première, puis de la deuxième révolution industrielle. On ne doutait pas alors du fait que ces évolutions étaient entièrement positives. Quand on évaluait les ressources de la planète en pétrole, par exemple, on constatait qu'après l'épuisement des ressources connues, on découvrait de nouveaux gisements en sorte que les hommes disposaient toujours des ressources nécessaires pour assurer le même nombre d'années de consommation, malgré l'augmentation constante de cette consommation. On ajoutait d'ailleurs qu'on trouverait ou qu'on inventerait dans l'avenir d'autres sources d'énergie, si le pétrole venait à manquer.

Plus généralement, au cours des deux premiers siècles de la révolution industrielle, on pensait que c'était le progrès scientifique lui-même qui corrigerait les effets pervers qui pouvaient naître de ce progrès. Les théoriciens de la société industrielle dans les années 1960-1970 s'inscrivaient encore dans cette perspective optimiste. Cette génération avait connu directement ou indirectement la misère et la crise des années 1930 et ne pouvait manquer d'apprécier les transformations de la vie humaine qu'apportait le développement économique. Ils n'étaient pourtant pas insensibles aux désillusions du progrès : ils avaient assisté à l'utilisation de l'atome pour inventer la bombe atomique et constaté que les techniques de production pouvaient être appliquées pour organiser la destruction de peuples entiers selon la rationalité industrielle.

Aujourd'hui, le rapport à la production et au productivisme a changé. Ce qui domine désormais, au moins en Europe, c'est la conscience que les progrès techniques peuvent aussi avoir un coût, immédiat ou à long terme, sur les conditions de l'existence individuelle et collective. Leurs avantages – en particulier l'enrichissement général de toutes les populations – sont considérés comme allant de soi et ont cessé de provoquer la surprise ou l'admiration. Ils paraissent évidents ou normaux. En revanche, leurs coûts éventuels sont soulignés, comme si toute démarche humaine pouvait ne comporter aucun risque. C'est ce qui a conduit à inscrire dans la Constitution française le « principe de précaution ». Le refus de prendre des risques est une conséquence de la constatation qu'il peut exister des conséquences du progrès économique qui sont dangereuses ou regrettables, à court ou à long terme.

II.

La démocratie providentielle

La conscience des possibles effets pervers du développement économique croise une autre évolution des démocraties contemporaines. Le principe de précaution s'inscrit aussi dans le projet d'une société dont la légitimité repose prioritairement sur l'ambition d'assurer le bien-être de tous ses membres.

La démocratie providentielle, par ses choix fondamentaux, privilégie la recherche du bien-être dans toutes ses dimensions : la sécurité, la survie matérielle, la compensation lors des incidents de la vie (maladie, accidents, chômage, retraite), le confort moral et intellectuel (scolarité, formation, accès à la culture). Plutôt que des citoyens elle risque de rassembler des « ayant droit » qui n'entendent pas lutter pour s'exprimer en tant que sujets politiques, mais en tant qu'individus avides de conserver leurs droits et de les augmenter. Notre société est sans doute la plus sûre qu'on ait connue, celle où la sécurité est la mieux assurée. Mais la sécurité, comme l'égalité, ne comporte pas de limites intrinsèques. Les démocrates ont une exigence sans bornes de sécurité et de confort matériel, moral et intellectuel. En témoigne le développement de la démocratie providentielle qui s'étend aussi bien dans le monde du confort et de la protection sociale que dans celui de la vie intellectuelle, culturelle ou sportive. C'est au nom de la recherche du bien-être matériel et moral de la population, au nom de la sécurité garantie par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que les gouvernants sont tentés de reculer devant des décisions dont ils pensent qu'elles comportent un risque intrinsèque.

L'homme démocratique ne veut plus mourir ni pour un Dieu, ni pour la patrie, ni pour les autres. L'utopie démocratique porte sur le destin immédiat dans la société telle qu'elle est. Etant donné le privilège qu'il donne à son bien-être et à celui de ses proches immédiats, il ne veut prendre aucun risque. L'homme démocratique est devenu précautionneux. Or, la recherche ou l'innovation comportent inévitablement un risque qui par définition ne peut être rigoureusement évalué.

Toute décision politique implique par nature un choix, ses effets aboutissent objectivement et inévitablement à favoriser certains groupes ou certaines personnes aux dépens des autres, en fonction des choix essentiels auxquels s'est ralliée, implicitement ou explicitement, la

collectivité. Mais la société démocratique ne peut pas échapper aux contraintes des élections. L'action des hommes politiques est plus animée par le souci de leur réélection que par celui de l'intérêt général. Ils prennent des décisions à court terme, celui des échéances électorales, plutôt que celui des décisions qui engagent l'avenir plus lointain. Pour revenir à un autre thème que nous avons déjà traité, la temporalité politique démocratique favorise le court terme, elle rend difficile de prendre des décisions au-delà des prochaines élections. C'est un risque inhérent à tout système démocratique, mais il est accentué dans la démocratie providentielle, étant donné l'exigence des démocrates qui veulent qu'on réponde immédiatement à leurs demandes impératives de bien-être. Le souci de prendre en compte la volonté des gouvernés et de régler l'action des gouvernants selon les exigences des échéances électorales risque d'affaiblir toute volonté politique. Les gouvernants peuvent, par prudence naturelle (il faut protéger l'ordre public) et par le souci, normal en démocratie, de leur réélection, s'en remettre à l'autorité judiciaire pour qu'elle prenne en charge les décisions qui devraient être du ressort du pouvoir politique légitime.

III

Judiciarisation et dépolitisation

Toute décision politique consistant à choisir, au nom d'un intérêt plus général, entre les intérêts des uns et des autres, a des conséquences différentes pour les divers groupes sociaux. Les gouvernants de la démocratie providentielle ont pour souci premier de ne mécontenter personne, au nom de l'égalité de tous et de la recherche du bien-être pour tous, ils sont donc tentés de refuser de trancher les conflits normaux de la vie collective. C'est alors que le système juridique se voit confier la tâche de jouer le rôle proprement politique auquel les hommes politiques ont renoncé. La judiciarisation est une forme de dépolitisation.

C'est ainsi qu'on assiste à la multiplication des interventions de la justice dans le débat public. Les Cours constitutionnelles ont acquis un rôle politique croissant. Comment nier, par exemple, le poids proprement politique – au niveau de l'Europe entière - des décisions de la Cour de Karlsruhe sur les projets de traités européens ? Elles sont toujours attendues comme un événement qui peut orienter radicalement le processus de la construction de l'Europe. La poursuite pénale des ministres et des parlementaires n'est pas purement pénale, elle est aussi, et parfois avant tout, politique. Mais toute insuffisance ou toute erreur politique ne risque-t-elle pas d'être interprétée comme une faute ? C'est souvent au droit et aux juristes qu'on confie aussi le soin de régler les problèmes moraux que suscitent les progrès scientifiques, en particulier ceux de la bioéthique. Par ailleurs, des juges se voient attribuer la tâche de mettre en scène par des procès retentissants les grands débats sur le passé de la nation, qu'il s'agisse, en France, du procès de Klaus Barbie, de la politique du gouvernement vichyste à travers le procès de Maurice Papon ou de la Commission « Vérité et réconciliation » dans l'Afrique du sud de l'après-apartheid. Les juges ne prennent-ils pas alors des décisions dont les gouvernants devraient avoir la responsabilité ? Les juges prennent-ils la place des politiques ? Il est vrai que toute interprétation du droit par le juge comporte un horizon politique.

La régulation accrue exercée par le droit n'est pas seulement liée à la tendance de tout pouvoir à s'étendre au-delà de ses limites, elle tient aussi aux formes récentes que prend l'exercice de ce pouvoir. L'extension de l'Etat moderne multiplie les occasions de porosité entre le public et

le privé. Lorsque l'action de l'Etat national était essentiellement régaliennne et que son autorité s'exerçait de manière « verticale », la formule de Max Weber sur le monopole de la violence légitime rendait compte assez fidèlement de la frontière entre l'action étatique et le règlement des conflits privés par les autorités judiciaires. Lorsque l'Etat, devenu démocratique et providentiel, intervient toujours plus dans les divers domaines de la vie de la société, lorsqu'il multiplie le nombre et la précision des politiques publiques ainsi que le nombre des instances chargées de les appliquer, de les contrôler et de les évaluer, il devient l'un des partenaires d'une action qui associe des intervenants multiples. Les responsabilités politiques sont alors assumées par des acteurs divers, collectivités locales, juges, organismes ou associations relevant du droit privé.

La multiplication des acteurs, des organismes et des dispositions juridiques donnent un pouvoir accru aux juges chargés d'interpréter le droit. Plus le nombre des textes juridiques s'accroît – l'inflation législative est régulièrement dénoncée et jamais contenue –, plus s'exerce la liberté du juge. Le droit et l'appel à l'ordre judiciaire deviennent des ressources qui peuvent se révéler efficaces pour réguler les rapports humains, les rivalités et les conflits. La référence juridique est mobilisée dans les relations sociales. La justice traite de questions sur lesquelles auparavant elle n'était pas sollicitée ou n'aurait pas envisagé d'intervenir. Il faut ajouter que l'extension des droits subjectifs (« droit à l'éducation, au travail, au repos... »), liée à l'essor de la démocratie providentielle et aux exigences de *l'homo democraticus* qui entend disposer de toujours plus de libertés et de bien-être, ne peut que multiplier les domaines d'intervention et les dispositifs chargés de conduire l'action publique.

L'idée de contrat, librement discuté entre personnes autonomes, est plus adaptée à l'esprit démocratique que la réglementation étatique. La porosité entre le politique et le judiciaire ne peut manquer de s'accroître, comme le suggèrent les exemples des Etats-Unis, du Brésil ou du Québec, où cette évolution est plus avancée qu'en France. Le droit risque de s'étendre abusivement hors de son domaine propre et de régler les problèmes qui sont de l'ordre du politique et de la compétence des hommes politiques légitimés par l'élection.

IV

Confiance entre individus et confiance institutionnelle

La judiciarisation accrue des rapports humains repose sur une inquiétude concernant la confiance entre les personnes. Lorsque la confiance règne entre deux personnes qui se connaissent, elles n'ont pas besoin de régler leurs relations contractuellement. Lorsqu'on précise ces relations par un contrat, cela signifie que la confiance dans le contrat – donc dans l'ensemble du système juridique – remplace la confiance entre les personnes. Les fiancés qui veulent établir entre eux une relation qui soit « pure », selon la formule d'Anthony Giddens, c'est-à-dire exclusivement liée à leurs sentiments et à l'engagement qu'ils prennent, sont réticents à l'idée de signer un contrat de mariage qui semble indiquer que la confiance totale, née de leur engagement personnel, n'existe pas entre eux. Ils ne veulent pas être définis dans leur rôle social, celui de conjoints, par les règles sociales qui instituent le mariage, mais par leur engagement de personne à personne. En revanche, les contrats de mariage entre les vedettes de cinéma et les milliardaires américains prévoient les conditions matérielles d'un divorce

éventuel. Le contrat implique un changement fondamental dans les relations entre les individus. La confiance dans l'abstraction que constitue le système juridique est-elle de même nature que la confiance entre les individus ?

En forme de conclusion

Dans une société nombreuse où l'interconnaissance est faible, le contrat est nécessaire pour régler les relations entre les individus. Reste que son développement ne doit pas éliminer la confiance née de la connaissance et de la reconnaissance des autres et de l'« attente » de leurs comportements. Il ne faudrait pas que l'inévitable extension de la judiciarisation ait pour effet pervers de rompre la confiance entre les personnes née de leurs relations directes, indépendamment de ce que prévoient les contrats et les organigrammes.