

L'acte de juger et l'idée de droit social libertaire

Édouard Jourdain

L RÔLE DERRIÈRE LA FIGURE DU JUGE UNE OMBRE THÉOLOGICO-POLITIQUE qui le rend d'emblée suspect. Le pouvoir qu'il a de sanctionner en se plaçant au-dessus des parties ne relève-t-il pas de ces attributs que l'on retrouve dans l'idée de Dieu ? Nonobstant l'idée qu'une société y compris anarchiste ne fera pas l'économie d'une réflexion sur les règles, les conflits et les transgressions, se pose la question de la figure du juge comme tiers, ainsi que son rapport au droit et aux principes directeurs de la société dans laquelle il agit. Autrement dit nous retrouvons deux questions : la question de sa fonction (Y a-t-il une conception libertaire du jugement qui est possible ?) et la question de l'organisation sociale (et juridique) à laquelle il se réfère pour son jugement. Pour la réponse à la première question, il s'agirait d'envisager de revisiter la question du tiers en faisant la différence entre le tiers exclu (qui suppose une certaine transcendance dont les attributs sont héritiers du monothéisme et du concept de souveraineté) et le tiers inclus (qui suppose une certaine égalité et immersion dans le corps social). Il serait alors question de savoir si l'on peut envisager la figure du juge sur un certain plan d'immanence irradié de rapports juridiques libertaires et éga-

litaires (reflets et garanties de rapports concrets) tout en conservant la dimension symbolique qui est indispensable au rituel judiciaire. Dans une première partie, le passé ne passant jamais, nous esquisserons une généalogie du droit et de l'acte de juger afin de déterminer ce que pourrait être un réagencement juste des composantes anthropologiques qui les traversent. Dans une seconde nous rendrons compte de la possibilité d'un droit social libertaire en nous appuyant particulièrement sur les fondements du rituel judiciaire et l'œuvre de Gurvitch. Enfin dans un troisième temps, considérant qu'il est possible d'élaborer de justes règles du jeu (en ce qui concerne les procédures de décision et d'édiction des normes, le statut de la propriété, etc.) constituant une garantie relative de la paix civile, nous verrons qu'il existe des cas qui ne correspondent à aucune norme existante. En ce cas il est nécessaire de concevoir les modalités d'un jugement qui excède le droit positif, fût-il libertaire et égalitaire.

Généalogie du jugement

LE TRAGIQUE ET LE PROCÈS

Remonter à l'origine du jugement ou du tribunal nous renvoie à un problème très concret : comment conjurer une éventuelle autodestruction de la société par la réaction en chaîne de vengeances interpersonnelles ? La trilogie de *l'Orestie* est rédigée en -458 par Eschyle, juste après une crise politique qui a donné lieu à des réformes démocratiques et à la création de l'Aréopage, tribunal qui va juger les meurtres. Elle relate la tragédie suivante : Agamemnon, roi de Mycènes et d'Argos, a engagé la guerre contre les Troyens qui ont enlevé Hélène, fille du roi de Sparte chez qui il s'était réfugié. Sa flotte ne peut cependant partir en raison des vents contraires envoyés par Artémis, qui estime que cette guerre est injuste dans la mesure où elle va entraîner la mort d'enfants. Pour lever le sort, elle demande à Agamemnon le sacrifice de sa fille innocente Iphigénie, ce qu'il accepte. Revenant vainqueur de sa guerre contre les Troyens, son épouse Clytemnestre le tue. Dix ans après, Oreste venge son père en tuant sa mère. Il demande alors l'asile à Athéna mais les Érinyes¹ le poursuivent en demandant la vengeance de

Clytemnestre. Athéna fonde alors pour le juger le tribunal de l'Aréopage. Elle aurait pu employer la foudre contre les Érinyes mais elle décide de rompre le cycle de la violence. C'est désormais la survie de la Cité qui est en jeu, menacée par l'*hybris*. L'institution de la justice vient ainsi interrompre le cycle des vengeances interpersonnelles et mettre un frein à la passion populaire (que l'on peut assimiler aux Erinyes) peu soucieuse des droits individuels et pouvant être encline au lynchage.

Le théâtre et le procès sont très proches, confrontant tous deux un homme et une situation. C'est pourquoi nous pouvons retrouver dans la tragédie grecque la véritable naissance du procès tel que nous l'entendons (en cela la trilogie de l'*Orestie* d'Eschyle est significative). La tragédie marque le passage d'un ordre dominé par la volonté divine où l'homme est le jouet du destin, à des formes de rationalisation de la volonté régulée par les débats contradictoires. Il n'en reste pas moins que la tension demeure entre ces deux ordres jusqu'à nos jours : le tragique résulte de cette condition humaine où l'individu est à la fois acteur de son action et dépassé par les événements dont cette dernière est la résultante. Cette dimension tragique n'est pas la seule à perdurer pour s'être recomposée dans le judiciaire contemporain; nous retrouvons aussi celles de la souillure et du péché. Au commencement, l'éthique et la physique ne sont pas différenciés : ce ne sont pas tant le vol et le meurtre qui sont condamnés que la transgression d'un tabou objectif, par exemple franchir un espace sacré. Dans ce cas on parle de la souillure qui est liée à la transgression d'un ordre naturel pur, susceptible de contaminer l'ensemble du corps social (c'est pourquoi le bannissement demeure la mesure la plus fréquente consécutive à la souillure afin d'éviter cette contamination). Si la souillure relève d'une distinction entre le pur et l'impur, le sacré et le profane qui sont délimités par des tabous objectifs, le péché est lié à une relation intersubjective entre les hommes et leur dieu. Ce qui compte désormais est un rapport d'allégeance du bas vers le haut, où l'homme n'a plus à être purifié pour être en règle avec l'ordre, mais doit se racheter afin de réitérer sa soumission à une autorité. Avec l'infraction pénale moderne, l'éthique devient centrale : c'est le libre-arbitre de l'acteur qui devient déterminant dans son rapport à des règles consciemment édictées par les hommes. « Si la souillure est le moment objectif de la faute, le péché son moment ontologique, la responsabilité juridique moderne en est le moment subjectif². » Ce n'est pas pour autant que ces étapes se succèdent en supprimant les précédentes. Il reste bien sûr des traces de la souillure et du péché dans le procès moderne, que ce soit dans sa fonction de circonscription

60 • L'ACTE DE JUGER ET L'IDÉE DE DROIT SOCIAL LIBERTAIRE

de l'impur ou d'expiation des péchés (« Je reconnais être coupable...Je vais expier en effectuant tant d'années de prison... »). Quand bien même les mœurs et le droit évoluent, nous sommes davantage en présence de recompositions en vertu de créations sociales historiques, pour le meilleur et/ou pour le pire. Toute la question consiste à savoir quelles sont les compositions envisageables avec un nouveau droit d'inspiration libertaire.



DE ROME À NOS JOURS

Revenons sur la généalogie du droit et du jugement afin d'approfondir cette problématique. Pomponius, dans son *Enchiridion*, rappelle qu'à l'origine du droit romain nous retrouvons un collège de pontifes qui était en charge de l'interprétation du droit et des affaires sacrées de la Cité. Les principes mêmes du *ius* étaient gardés secrets par ce Collège. La *lex*, qui peut se lire donc, sera l'instrument de la plèbe en tension avec le *ius*, tenu secret, qui sera l'instrument du patriciat. Si le *ius* va peu à peu se publiciser et une partie de la plèbe pouvoir prendre part à son contrôle, c'est à la condition qu'il soit l'affaire d'une aristocratie d'experts qui va donner la caste des juristes. Le secret des dieux va ainsi se fondre dans l'obscurité d'une rationalité technique qui perdure de nos jours, réservée à des initiés. Lorsque l'on passe à la figure du juge dans l'Occident chrétien, nous retrouvons trois nouvelles fonctions qui le caractérisent et dont a hérité la modernité³ : la dette de justice, l'autonomie du jugement et la déontologie du magistrat. Les cités antiques, que ce soit en Grèce ou à Rome, n'étaient pas à proprement parler débitrices de justice.

Elles étaient avant tout débitrices d'ordre, c'est-à-dire que seuls les litiges jugés assez importants eu égard aux dangers qu'ils pouvaient représenter pour la paix civile de la cité étaient pris en compte. Avec la christianisation, le royaume de la Justice, en écho aux paroles du Christ, est promis à tous. Par conséquent, aucune plainte ne peut être déclarée irrecevable, ce qui va entraîner un développement du droit civil supérieur au droit pénal. Quant à l'autonomie (relative) de la fonction de juger, elle est bien plus ancienne que la théorie moderne de la séparation des pouvoirs. Au Moyen-Âge, le roi se trouve régulièrement partie, pouvant lui aussi être jugé, même si la justice est rendue en son nom. C'est que le juge tient son pouvoir d'une double légitimité : celle du roi mais aussi celle de Dieu, qui est supérieure à celle-ci. Enfin, le magistrat est lié à une déontologie rigoureuse, marquée par l'avertissement que l'on retrouve dans l'Évangile selon Saint Matthieu : « Comme vous jugez, vous serez jugés. »

Aux XVII^e et XVIII^e siècles nous assistons à une dévalorisation de la figure du juge pour trois raisons principales : « elle met en danger l'unité et la puissance du souverain, elle est intrinsèquement irrationnelle et elle favorise l'arbitraire en substituant des décisions singulières aux règles générales issues de la raison et exprimées dans la loi⁴. » La lente réémergence du pluralisme juridique à l'encontre d'un légicentrisme incarné par la souveraineté de l'État a cependant réhabilité la figure du juge, que ce soit pour le meilleur (prise en compte du pluralisme et de la complexité sociale) et pour le pire (contexte libéral où le plus faible est davantage victime de rapports de force, où la force de la loi est moins présente). Dans cette perspective, une nouvelle rationalité émerge, privilégiant des rapports d'horizontalité supposés plus efficaces. La justice de cabinet tend ainsi à se substituer au rituel judiciaire afin de diminuer la violence du conflit que l'on peut retrouver dans un procès et se focaliser davantage sur les relations personnelles sur le mode de la médiation. Si cette procédure peut paraître plus humaine, elle n'en est pas moins exempte de défauts, au premier chef celui d'évacuer avec le conflit le contradictoire.

« Si le *Procès* de Kafka donne l'exemple d'une accusation sans charge, la justice de cabinet offre le spectacle inverse de charges sans accusation. [...] Si le rituel judiciaire repose sur l'aveu, l'aboutissement de la justice de cabinet repose sur l'autocritique⁵. »

Autocritique qui ne résulte pas moins d'une forme d'autorité sociale valant pour norme, et dont l'intériorisation n'en constitue pas

62 • L'ACTE DE JUGER ET L'IDÉE DE DROIT SOCIAL LIBERTAIRE

moins une pression à l'égard du justiciable. Parallèlement et logiquement en lien avec cette mutation, nous assistons à l'avènement d'une justice sans sujet, dont l'ambition est de faire coïncider science et droit. Face au coût de la justice, à l'imperfection humaine du jugement et à la spécialisation des juristes seuls détenteurs du savoir se sont développées les legal technologies, sous l'impulsion d'ingénieurs notamment, et qui consistent à recueillir le plus de données possibles⁶ (*big data*) qui seront analysées ensuite par un algorithme afin d'établir des probabilités sur les chances de réussite des dossiers, les fourchettes d'indemnisation et les arguments les plus convaincants qui vont déterminer les décisions. Dans cette perspective, le juge n'est plus *a priori* indispensable dans sa fonction de juger. Il lui suffit de suivre les indications de l'algorithme qui valent comme norme scientifique. Or, cette idée d'un droit sans sujet, *a priori* immunisant contre les risques d'arbitraire, se révèle dangereusement conservatrice à plusieurs points de vue : basée sur le prédictif, et donc sur le risque de récurrence, il est évident qu'en termes de probabilités un individu en situation précaire se verra infliger une peine plus lourde pour un même délit qu'un individu dans une situation stable. D'autre part, mettant sur le même plan tous les faits (évacuant ainsi une évaluation de leur hiérarchie), supprimant le principe du contradictoire et imposant au juge une indication « objective », il est patent que l'évolution du droit se verrait sérieusement compromise. Les modalités du jugement sont étroitement liées, par conséquent, à une toile de fond idéologique justifiant des rapports et des institutions juridiques qui elles-mêmes constituent l'armature du politique tel que se le représente la société. Si tant est qu'il soit possible de concevoir la possibilité de bien juger, il importe donc dans un premier temps de penser les conditions d'une telle possibilité, ce qui nous amène à analyser le procès en termes anthropologiques et le droit dans la perspective d'un socialisme libertaire.



Du droit juste, condition de la justesse du jugement

LE RITUEL ENTRE ORDRE ET DÉSORDRE

Loup-tacheté et Aigle rusé sont chefs de deux tribus voisines de Sioux. Vieux guerriers expérimentés, ils ont néanmoins décidé d'enterrer la hache de guerre afin de régler un différend qui les oppose concernant le droit de chasse sur une île qui se situe sur la limite de leurs deux territoires. Ils s'avancent donc fièrement l'un en face de l'autre. Ils s'assoient lentement. Aucun son ne sort de leur bouche : entamer les pourparlers serait considéré comme un aveu de faiblesse. Nul ne sait combien de temps ils restent figés l'un en face de l'autre. Jusqu'au moment où l'un d'eux a sorti sa pipe. C'est « souvent un grand soulagement que de pouvoir faire une chose neutre qui n'a rien à voir avec les deux motivations en conflit et prouve, au contraire, une certaine indifférence vis-à-vis d'elles⁷. » Quoi qu'il en soit, le chef en face sort aussi sa pipe, objet tiers qui va permettre le début des pourparlers dans une atmosphère apaisée. Une telle opération a dû se répéter des dizaines de fois jusqu'à devenir ce rituel désormais fameusement connu du « calumet de la paix ». Le rituel, dont le procès est une forme, revêt une dimension symbolique qui, comme le montre son étymologie, désigne un objet partagé en deux dans lequel les parties se reconnaissent. Le symbole, donc, réunit ce qui était séparé. Cette réunion ne suppose cependant pas la fusion, et il suffit parfois d'un rien pour qu'une des parties brise le symbole pour faire sécession. La dialectique de l'ordre et du désordre (ou encore de la séparation et de l'union, du conflit et de la réconciliation, du chaos et du symbolique) est particulièrement prégnante dans le rituel judiciaire. Celui-ci consiste en effet à répéter le chaos afin d'en faire ressortir un ordre positif. Il s'agit alors de reconstituer la transgression afin de régénérer l'ordre social. La confrontation des récits, c'est-à-dire la multiplication des subjectivités, doit ainsi sur un fond chaotique donner à voir l'épaisseur du réel afin de mieux être à même de pouvoir être évalué.

« C'est aux puissances du chaos, ennemies de l'être et destructrices, que le condamné est donné en proie, mais cela ne fait que rendre manifeste à quoi il appartient réellement. Et au moment où la société triomphe sur le transgresseur du droit, elle renouvelle et représente la victoire des

64 • L'ACTE DE JUGER ET L'IDÉE DE DROIT SOCIAL LIBERTAIRE

dieux de la lumière créateurs de l'ordre : Marduk contre Thimiat, les Devas contre les Asuras, les dieux de l'Olympe contre les Titans⁸. »

Le droit comme rituel consiste à maîtriser le réel en le représentant, en classifiant les objets et les personnes. « Voilà l'efficacité symbolique du procès : agir sur le réel en agissant sur la représentation du réel⁹. » La classification et la représentation ont certes une dimension positive et une dimension négative. La dimension positive vient du fait qu'elles permettent la création de l'ordre et de l'unité (qui ne se réduit pas nécessairement à l'Un). La dimension négative consiste en ce qu'elles ne peuvent embrasser la totalité du réel, ce qui conduit par conséquent à l'une de ses possibles réductions parmi d'autres. Demeure ainsi irréductible une part de chaos à la fois susceptible de détruire l'ordre défini ou de le régénérer. C'est dans la perspective de cette dernière option que s'inscrit la possibilité d'un droit socialiste libertaire. En embrassant un maximum de richesses et potentialités du réel (en vertu de l'autonomie des êtres collectifs), il prend en compte cette irréductibilité du chaos de manière à ce qu'il ne soit pas un facteur de destruction mais d'évolution de l'ordre (il ne s'agit donc plus de concevoir l'opposition de la « lumière » et des « ténèbres » en termes diachroniques mais synchroniques).

L'IDÉE DE DROIT SOCIAL

Après la Seconde Guerre mondiale, Georges Gurvitch¹⁰ rédige une *Déclaration des droits sociaux*¹¹. Si certes il insiste sur la dimension performative que peut avoir une déclaration en tant que symbolique, il se demande néanmoins de quelle manière une déclaration de droits peut ne pas se réduire à un aspect formel. Le « droit social » n'est pas un droit lié à la politique de l'État qui serait censé consacrer son rôle interventionniste dans l'économie. Gurvitch n'est d'ailleurs pas tendre avec l'État socialiste qu'il considère comme un « proche parent de l'État bourgeois serviteur, protecteur et maître, mais plus omnipotent encore et plus absolu¹². » Dans le cas où les bénéficiaires sont réduits à de simples assistés passifs, « les régimes autoritaires et totalitaires seraient aussi capables, en principe, que les démocraties de réaliser un pareil droit social¹³. » Ainsi du droit étatique du travail qui a dépossédé les travailleurs de leur capacité à s'émanciper en vertu de leur propre droit. Dans son article « Labor Law as Ideology : Toward a New Historiography of Bargaining Law »¹⁴, Karl Klare montre

ainsi que le droit du travail en est venu à saper les aspirations radicales du mouvement des travailleurs pour permettre un simple compromis social au sein du système capitaliste. C'est ainsi que « le droit du travail a servi à redéfinir la signification du mouvement ouvrier lui-même – pour lui-même et pour la société en général¹⁵ ». Une telle conception du droit méconnaît le phénomène du pluralisme juridique qui découle du pluralisme de fait. En effet chaque être collectif possède « la capacité d'engendrer son propre ordre juridique autonome réglant sa vie intérieure¹⁶. » Chaque être collectif engendre ainsi son propre droit social qui ne s'aliène sous aucune forme, excluant ainsi le droit de subordination : « Le droit social est pour nous le droit autonome de communion par lequel s'intègre d'une façon objective chaque totalité active, concrète et réelle incarnant une valeur positive, droit d'intégration (ou si l'on préfère d'inordination), aussi distinct du droit de coordination (ordre de droit individuel) que du droit de subordination, seuls reconnus par les systèmes de l'individualisme juridique et de l'universalisme unilatéral¹⁷. » Gurvitch considère que « Le problème même de la Justice ne se pose que si l'on admet la possibilité d'un conflit entre des valeurs morales équivalentes¹⁸. » Dans la lignée de Proudhon, la justice pour Gurvitch consiste donc à harmoniser, à permettre l'équilibre des antinomies. Elle sert ainsi d'intermédiaire entre l'idéal moral (qui suppose la synthèse harmonieuse de l'universel et du particulier), et la réalité empirique (qui est chaotique et conflictuelle). La Justice n'est donc « ni complètement hétérogène à la morale, ni identique à elle¹⁹. » C'est pourquoi Gurvitch distingue la règle du droit, qui est multilatérale, de la règle morale, qui est unilatérale. Autrement dit, la règle de droit engage toujours les différentes parties par une relation de droits et de devoirs, contrairement à la règle morale qui ne nécessite pas de réciprocité. D'autre part, la règle de droit est liée à des cas concrets et est assez précise pour permettre cette relation de droits et de devoirs, contrairement à la règle morale. Par exemple la règle morale « ne tue pas » s'applique indistinctement, quelles que soient les situations, tandis que la règle de droit énumère les cas où il est possible de tuer (cas de légitime défense, guerre, etc.). Gurvitch distingue neuf sources formelles applicables à la constatation du droit social : la coutume, la convention, le statut autonome, la pratique des tribunaux non étatiques (arbitraux, syndicaux et autres), la pratique des organes non judiciaires, la doctrine, le précédent, la déclaration sociale et la reconnaissance. Si tant est que les principes d'autonomie politique et économique sont garantis par le droit et par les mœurs²⁰, il n'en

reste pas moins que l'office du juge reste à penser dans ces conditions au même titre que le droit sans l'État, d'une part pour régler les litiges liés à la transgression du dit droit, ensuite pour traiter « l'intraitable » (autrement dit ce qui ne se réduit pas à des rapports politiques et économiques).

Le jugement, impossible et nécessaire

DÉCISION ET ÉQUILIBRE DES FORCES

La faculté de juger est étroitement liée à la capacité de décider, ce qui, selon Aristote, « semble la chose la plus propre à la vertu » (*Ethique à Nicomaque*, III, 4, 1111 b5). Précédée de la délibération (intérieure et avec des personnes tierces), elle doit être gouvernée par la *phronèsis*, c'est-à-dire par la prudence qui a affaire au particulier, au cas (c'est pourquoi cette vertu est si indispensable au casuiste). Benjamin Cardozo, juriste et juge américain, se pose les questions suivantes en ouverture de son ouvrage *La nature de la décision judiciaire*, publié en 1921 :

« Que fais-je lorsque je tranche un litige ? Quelles sont les sources d'information vers lesquelles je me tourne pour guider mon jugement ? Quelle est la part que j'accorde à chacune pour parvenir au résultat ? S'il existe un précédent applicable à l'espèce, quand refuserai-je de le suivre ? En l'absence de précédent, comment dégagerai-je la règle qui à l'avenir fera jurisprudence ? »

Il s'inspire pour répondre à ces questions de trois méthodes. 1/ la méthode historique : il s'agit de prendre en compte l'histoire et les traditions afin d'apprécier justement l'évolution du droit et voir dans quelle mesure un précédent est à même de fournir des solutions pour résoudre un litige. 2/ La méthode sociologique : il est nécessaire de tenir compte du contexte social mais la subjectivité du jugement liée au cas particulier doit être régulée par les principes directeurs énoncés dans la loi (objectivité). 3/ Enfin, la méthode logique : la même règle doit être appliquée aux mêmes cas. Elle peut cependant rencontrer des limites si le juge n'introduit pas le principe d'équité. Cardozo prend l'exemple de la cour qui ne peut pas autoriser un légataire à hériter d'une personne qu'il a assassinée : certes, le premier principe est la force obligatoire du testament, le deuxième consiste en ce que le juge civil ne peut pas aggraver les

peines prononcées au pénal, mais un troisième principe vient caser les deux premiers : un homme ne peut pas profiter de sa propre turpitude.

Revenons aux *Euménides*. Oreste est jugé à l'Aréopage. Dans le juré des Douze, parmi lesquels votent onze mortels et Athéna, six votent contre lui. C'est la voix d'Athéna qui finalement va l'acquitter malgré l'égalité parfaite des voix. Que veut dire Eschyle ? Tout d'abord, que la complexité du réel ne permet pas à la justice de désigner un vaincu. Ainsi Athéna aux Érinyes : « C'est que vous n'avez pas été vaincues : un verdict à égalité des voix est sorti des urnes conformément au vrai, non pour t'humilier. » (Eschyle, *Euménides*, 795-796). Il peut bien y avoir un vainqueur, mais en demi-teinte dès lors qu'il n'y a pas à proprement parler de vaincu. Ce sont les différents points de vue qui se sont affrontés à égalité et dont est sorti tout de même un vainqueur dans la mesure notamment où, comme le remarque Aristote, « le législateur, voyant que le défendeur est en état d'infériorité sur tous les points, lui a donné l'avantage lorsque le jury est divisé par l'opinion » (Aristote, *Problèmes*, XXIX, 13). D'autre part, Eschyle pointe le fait que la décision juste ne résulte pas nécessairement d'une supériorité arithmétique ou d'un jury composé des siens (Oreste est jugé coupable par six mortels sur onze). Enfin, Eschyle montre que la justice n'est pas affaire d'unanimité hors cas exceptionnels, elle est bien plutôt affaire d'égalité de points de vue :

« À chaque fois que surgit ce concept de *dikè* (la justice), rôde l'idée de *dikha*, d'un conflit latent entre deux camps aux forces égales et qu'il conviendrait néanmoins de trancher élégamment, sans rompre un ténu équilibre. [...] La justice est donc dans un entre-deux, idéalement parfait, et non dans un unisson. On retrouve un peu là l'idée chère à Aristote du juste milieu qui, loin d'être un consensus mou, est au contraire une ligne de crête entre deux abîmes²¹. »

Nous sommes très proches ici de l'équilibre des antinomies cher à Proudhon. En résumé, l'acte de juger est toujours impossible, car il est incapable de restituer la totalité des antinomies du réel, mais il est toujours nécessaire, car il doit rétablir dans la mesure du possible l'équilibre de ces antinomies (l'injustice étant ce qui va introduire dans le réel un déséquilibre). Les Grecs avaient déjà pris conscience de cette impossibilité de restaurer totalement cet équilibre : *adikein* est le verbe grec signifiant « commettre une injustice », mais il n'existe pas dans sa dimension positive, comme pour signifier qu'il peut être tout à fait avéré qu'un tort a été commis mais

que la réparation du tort n'est jamais tout à fait complète, ou que la décision de faire justice n'est jamais complètement juste, dans la mesure où elle ne peut embrasser et rendre compte de toute la complexité du réel. Aussi est-ce pourquoi toute décision, pour s'approcher de la justice, doit pouvoir s'effectuer sur fond d'un droit juste qui n'est sans doute pas une garantie absolue mais relative, assurant une base juridique de paix civile (instituant la prévention de la ré-émergence d'une *stasis* propre à la lutte des classes ou à la lutte des dominants contre les dominés) et fournissant au jugement « l'esprit » auquel s'inspirer. Or, ce droit juste implique de définir ce qui est conforme à ce droit. Si nous retrouvons dans le *Digeste* la formule de Javolenus affirmant que toute définition est périlleuse (*Digeste*, 50, 17, 202), c'est parce que c'est d'elle que va découler tout le raisonnement juridique et par conséquent ce qui est juste. Ce n'est pas anodin si Proudhon a ainsi consacré son premier mémoire à définir précisément ce qu'était la propriété.

AU-DELÀ DE LA NORME

Comment faire, cependant, lorsque des cas ne peuvent être résolus en vertu des normes en vigueur, ou mettent en exergue le fait que la norme est dépassée ? C'est tout l'enjeu de la tension entre la loi (décidée par le corps politique) et la jurisprudence (décidée par quelques individus pour des cas particuliers.) Deux exemples nous permettent d'illustrer ici cette tension : celui du roi Salomon et celui du juge Magnaud. Nous sommes en -970. Le roi Salomon a à peine 23 ans. Deux femmes viennent requérir son jugement. Elles habitent sous le même toit et ont accouché à peu près en même temps l'une et l'autre d'un garçon. Ayant l'habitude de dormir près du nouveau né, un matin l'une d'entre elles se réveille à côté d'un cadavre mais ne reconnaît pas son fils, et soupçonne par conséquent l'autre femme de l'avoir substitué. Les deux mères revendiquent l'enfant encore vivant. À qui appartient-il ? Sans élément permettant de savoir qui dit vrai, Salomon ordonne de couper l'enfant en deux en vertu de l'application de l'égalité arithmétique qui doit prévaloir dans ce cas. L'opinion populaire à cette époque considérait comme allant de soi, pour ce qui nous semble aujourd'hui un acte de barbarie. Nous connaissons la suite. L'une des deux femmes refuse la sentence et accepte de laisser l'enfant à l'autre; de cet instinct maternel Salomon en déduit qu'elle est la véritable mère. Ici, le jugement procède d'une double phase : l'édition d'une sentence logique adéquate à l'opinion publique va servir de ruse afin de rendre



réellement justice (adéquante ici à une vérité objective) par le truquement d'une décision qui sera reconnue *ex post* par le peuple comme « sage ». Transposé à l'époque moderne, avec une loi et un droit bien établis, nous retrouvons le cas du juge Magnaud. Le 4 mars 1898, ce dernier prend une décision qui va faire date dans les annales judiciaires. Louise Ménard a 22 ans, elle élève seule un petit garçon de deux ans qui partage avec sa mère un maigre bon alimentaire. Elle est accusée d'avoir volé un pain. Elle n'avait pas mangé depuis trente-six heures. Le procureur demande la condamnation de la voleuse. Le tribunal se retire pour délibérer. Au bout d'une heure ou deux, le président Magnaud rend son jugement :

« Attendu qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse

manquer de pain autrement que par sa faute. Que, lorsqu'une pareille situation se présente, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi. Attendu que la faim est susceptible d'enlever à tout être humain une partie de son libre-arbitre et d'amoin-drir en lui la notion du bien et du mal. Qu'un acte, ordinairement ré-préhensible, perd beaucoup de son caractère frauduleux lorsque celui qui le commet n'agit que poussé par l'ambitieux besoin de se procu-rer un aliment de première nécessité. [...] Que l'irresponsabilité doit être admise en faveur de ceux qui n'ont agi que sous l'irrésistible im-pulsion de la faim. Qu'il y a lieu, en conséquence, de renvoyer la pré-venue des fins de la poursuite, sans dépens. »

Le juge Magnaud venait ainsi d'introduire dans la jurispru-dence l'« état de nécessité », qui considère que n'est pas péna-lement responsable celui qui, pour sauvegarder un intérêt supérieur, enfreint la loi. Cette décision du juge Magnaud augure le début d'une longue liste, notamment à l'encontre des délits de mendicité et de vagabondage ou encore permettant le divorce par consente-ment mutuel, ce qui lui vaudra sa mise au placard par la hiérarchie judiciaire, ne l'autorisant plus à présider les audiences.

Tout l'enjeu du jugement dans un socialisme libertaire consiste à la fois à limiter l'arbitraire des juges, des législateurs et de l'opi-nion publique, ainsi qu'à conjurer le conservatisme propre au droit, ce qui passe par l'instauration de contre-pouvoirs, de contrôles et de continuel ajustements entre normes et jurispru-dences. Les *legal technologies*, par exemple, peuvent bien sûr être utiles pour limiter la part d'arbitraire que l'on retrouve dans toute subjectivité humaine. Leur juste emploi nécessite néanmoins plu-sieurs conditions, parmi lesquelles l'accès public aux algorithmes (ce qui suppose une remise en cause de la propriété intellectuelle), la pluralité de ces algorithmes assurant la continuité du contra-dictoire, et le maintien du sujet humain comme seule instance lé-gitime apte à prendre des décisions. Autant de conditions indis-pensables à l'évolution du droit et à la juste appréciation des situations. D'autre part, si tout un chacun peut prendre part aux affaires juridiques, comme tout un chacun peut prendre part aux affaires politiques, ce n'est pas uniquement parce que le droit peut être connu et pratiqué par tous, mais aussi parce qu'il requiert des subjectivités non professionnelles. Comme l'écrivit Chester-ton : « C'est affreux de livrer un homme à la vengeance des hommes. Mais c'est une chose à laquelle un homme peut s'habi-tuer, tout comme il peut commettre d'autres actes affreux, et même s'habituer au soleil. Ce qui est horrible chez tous les gens de loi, même chez les meilleurs, chez tous les juges, les magistrats, les

avocats, les inspecteurs et les agents de police, ce n'est pas qu'ils sont méchants (certains sont gentils), ce n'est pas qu'ils sont stupides (quelques-uns sont très intelligents), c'est simplement qu'ils s'y sont habitués²². » Et d'en conclure, en parlant des jurés : « Notre civilisation a décidé, et fort justement, que déterminer la culpabilité ou l'innocence des hommes était chose trop grave pour qu'on le confie à des hommes qualifiés pour cette tâche²³. » C'est donc en vertu d'une perpétuelle recherche d'équilibre des antinomies, entre subjectivité et objectivité, science et opinion, loi sans État et jurisprudence, chaotique et symbolique, ce sur fond d'un équilibre des forces prévenant la réémergence de rapports de domination et d'exploitation, que peuvent se dessiner les linéaments d'une philosophie libertaire du jugement.

Édouard Jourdain

1. Les Érínyes sont des déesses infernales. Justes mais sans merci, aucune prière ni sacrifice ne peut les émouvoir, ni les empêcher d'accomplir leur tâche. Elles refusent les circonstances atténuantes et punissent toutes les offenses contre la société et à la nature telles que le parjure, la violation des rites de l'hospitalité et surtout les crimes ou l'homicide contre la famille.
2. Antoine Garapon, *Bien juger*, Odile Jacob, 2000, p. 184.
3. Cf. Robert Jacob, *La grâce des juges*, PUF, 2014.
4. Philippe Reynaud, *Le juge et le philosophe*, Armand Colin, 2008, p. 107.
5. Antoine Garapon, *op.cit.* p. 259.
6. Ces données se composent de trois catégories principales : les données concernant la jurisprudence, les caractéristiques des sujets de l'affaire et enfin le contexte (social, moral, etc.). C'est ainsi que la startup Legalist, lancée par une jeune étudiante de 20 ans débauchée par des magnats de la Silicon Valley de l'université d'Harvard où elle étudiait, propose de financer tous types d'actions en justice en échange de la moitié des sommes attribuées par la justice au plaignant. Pour ce faire, elle a conçu un algorithme capable de déterminer en 48 heures les chances de succès et la durée probable des procédures à partir d'une base de données de 15 millions de dossiers sur les vingt-cinq dernières années.
7. Konrad Lorenz, *L'agression. Une histoire naturelle du mal*, Flammarion, 2010, p. 77.
8. Mathias Vereno, « La peine comme rite dans l'histoire des religions », *Le mythe de la peine*, Aubier, 1967, p. 289. Cité par A.Garapon, *Bien juger, op.cit.*, p. 65-66.
9. Antoine Garapon, *Bien juger, op.cit.* p. 69.
10. Georges Gurvitch (1894-1965), philosophe, sociologue et juriste largement inspiré par Proudhon a développé à partir de sa thèse *L'idée du droit social* (1932) la notion d'un pluralisme juridique adéquat à la possibilité d'une société autogestionnaire.
11. Georges Gurvitch, *La déclaration des droits sociaux*, LGDJ, 1946, 2009.
12. *Ibid.*, p. 32.
13. *Ibid.*, p. 74.



72 • L'ACTE DE JUGER ET L'IDÉE DE DROIT SOCIAL LIBERTAIRE

14. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, volume 4, 3 juin 1981, p. 450-482, disponible sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=bjell>
15. Peter Gabel, « Critical Legal Studies et la pratique juridique : la conception de la culture juridique et de la pratique du droit comme interventions culturelles », in *Droit et société* 36/37, 1997, p. 381.
16. G. Gurvitch, *La déclaration des droits sociaux*, op.cit., p. 72.
17. G. Gurvitch, *L'idée du droit social*, extraits in *Qui a peur de l'autogestion ?*, 10/18, 1978, p.126.
18. *Ibid.*, p. 213.
19. *Ibid.*, p. 214.
20. Comme Kropotkine le souligne par exemple, « la non-intervention de ceux qui assistent à une bagarre, ou à un conflit qui se prépare, est simplement une mauvaise habitude que nous avons acquise depuis que nous avons le juge, la police, le prêtre et l'État, – et que l'intervention active des amis et des voisins empêcherait déjà une immense majorité de conflits brutaux. » (Kropotkine, « L'Organisation de la Vindicté appelée Justice », *Temps nouveaux*, 1901, p.14.)
21. Nicolas Bouluc, « Tu sais ne pas être injuste » : *Justice et procès dans les Euménides d'Eschyle*, Criminocorpus [En ligne], <http://criminocorpus.revues.org/2121>
22. G.K. Chesterton, *Le paradoxe ambulante*. 59 essais, Actes Sud, 2004, p.324.
23. *Ibid.*, p. 325.

Dossier

