

NUIT DU DROIT 4 OCTOBRE 2018

Même si les propos qui vont suivre seront personnels et tout à fait libres, je m'inscris dans le thème de cet atelier « et si le droit n'existait pas » et je tenterai d'articuler les éléments de réponse que je proposerai avec la raison même de la manifestation du jour, qui est l'anniversaire de la Constitution de 1958.

De la sorte, il aura deux temps dans la réflexion :

- D'abord, aborder une question philosophique : car, traiter la question de la non-existence oblige à poser la question de la nature de l'existant : quelle est sinon l'essence du droit, du moins, quels sont ses fondements ou son origine ? sujet de philosophie politique pour lequel la référence évidente est Thomas Hobbes.

- Ensuite, célébrer un anniversaire, c'est poser la question du temps et donc des évolutions qui se sont produites depuis l'époque ou depuis la date considérée. Ce seront des considérations plus historiques – sans tomber dans le cours d'histoire. Car si les idées ne gouvernent pas le monde, parfois elles imprègnent le réel, et de pures constructions intellectuelles se traduisent directement dans les institutions.

Ecartons tout d'abord deux fausses réponses à la question « et si le droit n'existait pas » ?

D'abord, se trouverait-on face à un vide juridique ? la réponse est non. Car cette expression désigne une lacune au sein d'un plein, un oubli, un trou, un manque, et non car l'absence absolue de droit ... de même que le vide physique n'est pas le néant, car il est bourré d'énergie et de particules virtuelles, de même un vide juridique c'est encore une manifestation de l'existence du droit.

Remarque identique en ce qui concerne l'expression de non-droit (les zones de non-droit) car employer cette expression, c'est souhaiter, que le droit revienne et réoccupe l'espace d'où il n'aurait pas dû partir ... c'est une nostalgie du droit, donc un désir de droit.

Je crois, fondamentalement, qu'il resterait un désir de droit car comme le dit Kant dans son « Projet de Paix perpétuelle » (1795) :

« La nature veut de manière irrésistible que le pouvoir revienne finalement au droit »

Aujourd'hui on ne dirait pas que la Nature veut ... mais Nous voulons que ... Donc, ce n'est pas tant que le droit a horreur du vide, c'est le projet historique même de nos sociétés modernes que de voir le droit

régler tous les aspects publics ou privés de l'existence. Et c'est compréhensible, comme le rappelle Pierre Manent, si l'on se souvient que l'humanité cessé d'être mineure en déclarant ses droits, les droits de l'homme. Dans ces conditions nos sociétés placent le droit au centre de leurs actions et désirent être gouvernées par le droit.

Partir d'une fiction « et si le droit n'existait pas » ... c'est comme jouer à la devinette : untel tombe à l'eau, qui reste dans le bateau « et si le droit n'existait pas » que resterait-il ?

la coutume, l'habitude, les usages sociaux, la Loi des Ancêtres, la Loi de Dieu ... ?

Autant de réponses possibles, donc autant de conflits potentiels, or le but précisément est d'éliminer les conflits quant à la source du droit, pour ne pas faire face à des droits concurrents.

Or, peut-on parvenir à une réponse unique, rationnelle, qui permettrait ensuite une fondation universellement admise du droit ?

Puisque notre propos aujourd'hui est de répondre à une question contre-factuelle, à une fiction, nous répondrons par une autre fiction, au sens de mythe ou de récit explicatif : les théories de l'état de nature et du contrat social :

Toute chose se définit par rapport à ce à quoi elle s'oppose.

Or, selon la construction théorique de Hobbes, qui explique l'origine du Droit – et donc le légitime, le Droit s'oppose précisément à l'état de nature.

I. le droit est une réponse à la violence : le Léviathan.

Il s'agit de partir d'un fait qui fasse absolument consensus.

Chacun veut vivre et persévérer dans son être

Chacun a peur de mourir de façon violente

Car chacun a peur des autres, chacun est menacé

Donc chacun a le droit de se défendre, voir d'attaquer de façon préemptive.

Au départ donc l'individu a au moins ce droit. Il a également un droit sur toutes choses *jus in omnia*, car pouvoir arraisonner tout bien est la condition de sa survie.

Tous les hommes étant dans la même situation, il y a égalité du risque de mort et égalité des prétentions, donc égalité des droits.

Comment sortir de l'état de nature ? La condition générale de l'humanité, c'est que la vie est solitaire, misérable, brutale, mauvaise et courte (*solitary, poor, brutish, nasty and short*)

Pour en sortir, chaque individu – dépositaire d'un droit – va contracter avec ses semblables, puis déléguer volontairement ses droits à un Pouvoir qui sera véritablement au-dessus, c'est à dire vraiment souverain : le Souverain.

Ce pouvoir est une créature des hommes, une affaire humaine, un artifice, il n'a strictement rien à voir avec un fondement transcendantal ou divin : Hobbes l'appelle le Léviathan (il emploie aussi le mot de State, c'est à dire l'Etat, ou de Commonwealth.

Comment va agir l'Etat ? par la contrainte physique certes, mais ce n'est pas le principal. Il va agir par la volonté. Or, Vouloir c'est Parler, et la Loi est le langage naturel de l'Etat.

Conséquence : puisque les hommes ont créé l'Etat, puisqu'ils lui ont confié contractuellement leurs droits, lorsque l'Etat exprime sa volonté, il agit en légiférant, et ce sont bien les hommes qui expriment leur volonté à travers lui.

Par suite, la question de l'obéissance est résolue de manière parfaite.

En effet obéir à la volonté du Souverain, c'est obéir à soi-même et obéir à soi-même, c'est être libre. Rousseau a lu Hobbes.

De là vient l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : la loi est l'expression de la volonté générale.

On peut retenir deux conclusions :

Selon une formule de Hobbes : C'est l'autorité, non la vérité qui fait la loi. *Auctoritas, non veritas, fecit legem.*

Ce qui ruine les prétentions du droit comme justice, ou du droit comme équité.

Cela ruine également les théories du droit naturel. Le droit naturel étant conçu comme conformité à un ordre préexistant. Que cet ordre soit naturel ou divin.

Il n'y a de droit que le droit positif.

Ainsi, les hommes ont créé un Etre supérieur dont l'une des fonctions, non la seule, mais peut-être la principale, est de produire des règles donc de créer du droit : « *est attaché à la souveraineté l'entier pouvoir de prescrire des règles par lesquelles chacun saura de quels biens il*

peut jouir et quelles actions il peut accomplir sans être molesté par les autres sujets.

Conséquence immédiate, il lui appartient également de rendre la justice et de décider de l'issue des litiges :

« est attaché à la souveraineté le droit de rendre la justice c'est à dire de connaître de tous les litiges ... car si les litiges ne font pas l'objet d'une décision, chaque sujet n'est plus protégé contre les torts qu'il peut subir de la part des autres. Les lois sont proclamées en vain et chacun aspirant à sa conservation, garde le droit de se protéger par sa force personnelle, ce qui est l'état de guerre, et s'oppose au but en vue duquel toute République a été instituée ; »

Donc d'une part : c'est au sein de l'Etat que la loi est élaborée : par le Parlement (on croit souvent que le Parlement n'est pas l'Etat, car on confond pouvoir exécutif et Etat ... ou par le pouvoir exécutif lui-même: pouvoir règlement autonome de l'article 37 de la Constitution.

Donc d'autre part, l'Etat garantit l'effectivité du droit : les tribunaux sont des institutions de l'Etat.

Tout cela ne pose guère de difficultés en ce qui concerne les tribunaux de l'ordre judiciaire : car ils jugent les personnes privées ou les rapports entre celles-ci (droits pénal et civil).

C'est beaucoup plus contre-intuitif pour la juridiction administrative : en effet : l'Etat peut-il se juger lui-même ? comment se fait-il que l'Etat accepte de se soumettre au droit. Le droit administratif serait-il un miracle ? voir Prosper Weil : Que sais-je droit administratif.

II Le droit administratif n'est pas un miracle, c'est une évolution.

La question est donc celle-ci : comment passe-t-on d'un pouvoir tout puissant à un pouvoir qui accepte d'être contredit ? C'est une question d'histoire. Il faut une fissure dans la théorie, car comme le dit Léonard Cohen : *il ya une fissure dans toute chose, c'est ainsi que la lumière y pénètre. There's a crack in everything, that's how the light gets in.*

Un bref retour à Hobbes : une fois l'Etat institué les citoyens se comportent pacifiquement parce qu'ils craignent l'Etat. Certes, cette crainte est beaucoup plus limitée que celle qui régnait dans l'état de nature. Mais, de même que la peur de mourir est la source de la légitimité de Léviathan, de même, la peur qu'il inspire peut créer une

nouvelle légitimité : d'ailleurs Hobbes dit « j'ai le droit de me conserver » – même contre les ordres de Léviathan, si ceux-ci mettent ma vie en danger. Certes, il peut m'envoyer à la guerre, dit-il mais il ne peut pas m'ordonner de me tuer, car je n'ai pas pu lui déléguer ce pouvoir, car logiquement on ne peut se faire de tort à soi même ou s'infliger un dommage.

Dès lors et c'est un apport d'un lecteur de Hobbes, John Locke : les lois qui encadrent « le mien et le tien » doivent également s'appliquer au Souverain. Le Souverain est soumis à la loi.

Donc : il faut appliquer la loi, il faut contrôler le respect par l'Etat des lois qui s'imposent à lui. Et à partir de là, on doit faire de l'histoire.

Nous sommes ici pour un anniversaire mais je ne prendrai pas les dates de 1958 avec la Constitution ni celle de 1789 pour la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ou pas directement.

Mais très rapidement 3 dates

Les 16-24 août 1790

Le 24 mai 1872 et le 13 décembre 1889

Le 22 juillet 1980 et le 23 janvier 1987.

1790 : Moins d'un an après la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen cette loi dispose :

Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

Pour mettre fin aux abus des parlements, l'administration ne sera plus contrôlé par les juges. Qui va contrôler l'administration ? elle-même.

Mais malgré la création du Conseil d'Etat, le pouvoir propre du juge de l'administration restera longtemps quasi-nul puisque c'est le Conseil d'Etat propose au chef de l'Etat un projet de décision c'est la justice retenue. La chose jugée se présentait sous la forme d'un décret impérial ou d'une ordonnance royale.

Système qui dure plus de 80 ans malgré une légère interruption entre 1849 et 1851.

Donc l'étape suivante est 1872 : ce n'est qu'avec le retour de la IIIème République : que formellement on parvient à la « justice déléguée ».

La logique libérale a supplanté la logique révolutionnaire. Certes le 1^{er}

arrêt qui en tire les conséquences date du 13 décembre 1889 mais désormais l'administration est contrôlée par des juges. En tout état de cause la loi de 1872 est capitale car elle a dégagé un principe qui a été rangé au nombre des Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République.

Et l'on peut finir par le Conseil constitutionnel : la loi de 1872 fonde la reconnaissance de la juridiction administrative par le Conseil constitutionnel. Car vous savez que la Constitution de 1958 a un titre sur l'autorité judiciaire c'est le Conseil constitutionnel qui lui donne un statut constitutionnel, cela par deux décisions :

Tout d'abord la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère

spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement.

Et la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 :

*Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 ... qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative **l'annulation** ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle.*

Le cœur c'est le recours pour excès de pouvoir :

Le mot important c'est « excès ». Le pouvoir, il en faut, mais pas trop !

Cela étant dit, est-ce que la juridiction administrative est là pour :

Exercer une tutelle contentieuse sur l'administration ?

Défendre les droits des particuliers ?

Agir pour rétablir la légalité ?

Un requérant sait-il quand il pense défendre ses droits subjectifs, qu'il agit comme procureur du droit pour que nulle illégalité n'entache l'ordonnement juridique ?

Quoi qu'il en soit, le droit administratif existe.

Quoi qu'il en soit, nous, juges de l'exécutif, tout en faisant partie, nous nous distinguons du représentant classique du pouvoir, le policier :

Là où le policier dit : « faites comme ça, pas de discussion ! »

Le juge administratif dit aux parties et à leurs avocats : « donnez vos arguments, et discutez ! ». Nous allons tenter de la montrer.