

# L'autorité en droit

William Baranès et Marie-Anne Frison-Roche

---

*Entre l'expression de la force et la prise en considération du faible, le droit fait l'objet de négociations. La souveraineté de la loi étant remise en cause par le corps social, le législateur et le juge deviennent des experts dont la fonction de médiation est de trouver des solutions négociées.*

O n associe traditionnellement le droit et l'*imperium*, c'est-à-dire l'autorité qui contraint au respect de la règle en vigueur, au besoin par la force. Ainsi, la loi doit être observée, sous peine pour le contrevenant de subir une sanction ; le jugement doit être exécuté, sauf à ce que la force publique intervienne pour contraindre le condamné. Mais l'*imperium* ne suffit pas à définir le droit : en effet, le droit est aussi, selon sa définition romaine classique, la *juris-dictio*, le fait de dire le droit, avant de l'imposer. *Imperium* et *juris-dictio* forment certes une sorte de couple infernal, dont on a bien du mal à faire le partage et à assurer l'équilibre. Mais si l'on conçoit difficilement un droit privé du moyen de s'appliquer, fût-ce par la contrainte, un droit dénué d'*imperium*, l'on doit aussi refuser, et plus encore, un droit associé à sa seule puissance, dont le contenu perdrait toute pertinence, un droit réduit à l'*imperium*.

Un jugement n'est pas bon par le seul fait qu'il est exécutoire ; une loi n'est pas bonne par le seul fait qu'elle est obligatoire. C'est de leur contenu que découle, aussi et surtout, leur légitimité.

Limiter la définition du droit à l'existence de la sanction qui l'assortit, ce serait désigner le droit comme manifestation pure de la volonté du pouvoir qui en dispose.

D'ailleurs, ce qui paraît aujourd'hui le plus juridique parce que le plus obligatoire, à savoir la loi, est une invention historiquement récente. Avant le siècle des Lumières, la loi telle que nous la connaissons n'est pas conçue. Certes, existent des lois fondamentales du royaume, lesquelles précisément n'émanent pas d'une volonté politique et ne tirent leur autorité que de la pertinence unanimement reconnue de leur contenu. À l'instar de l'actuel bloc de constitutionnalité - lequel recouvre toutes les règles à valeur constitutionnelle -, elles sont des limites à l'*imperium* de tout pouvoir. C'est ainsi que la nation doit consentir à l'impôt. Quant aux ordonnances royales, elles ne sont que des actes réglementaires traduisant l'état coutumier du droit sans pouvoir l'infléchir, et le droit se construit principalement par la jurisprudence, à travers les arrêts de règlement adoptés par les parlements, arrêts par lesquels ces derniers affirmaient une règle générale et abstraite devant désormais s'appliquer obligatoirement aux cas d'espèce analogues à celui tranché par la décision. Ainsi, le droit ne se caractérise pas comme émanation du pouvoir du chef. Jusqu'en 1789, le droit demeure essentiellement régi par la coutume et trouve sa légitimité théorique dans le fait d'un consentement général des intéressés.

À partir du XVI<sup>e</sup> siècle cependant, l'accent va être déplacé au bénéfice de l'État par des théoriciens favorables au pouvoir royal, Bodin en France, Hobbes en Angleterre. Ainsi le droit devient l'instrument formellement légitime de l'exercice du pouvoir de l'État identifié à l'institution monarchique. Un nouveau pas est franchi par Rousseau : la loi, parce qu'elle est conçue comme l'expression de la volonté générale, trouve une légitimité a priori, et le pouvoir central se trouve désormais doté, et de l'instrument privilégié de sa puissance, et d'une immunité corrélative. La loi moderne est née : elle ne trouve sa cause que dans la volonté souveraine de celui qui l'édicte au nom de la nation. Nul besoin de justifier son contenu. Elle possède intrinsèquement l'autorité qui interdit que l'on entrave son efficacité.

Dans le même temps que l'on idéalise la loi, le juge se trouve symétriquement réduit à un rôle d'application de cette norme, sans qu'il puisse prétendre exercer un pouvoir créateur de droit, sauf à devoir répondre de cette forfaiture. La *juris-dictio* semble en théorie retirée des mains du juge pour être concentrée entre celles du législateur, dont l'*imperium* est par ailleurs sans limite. Dès lors, tout s'organise sur un modèle hiérarchique, et entre la loi et le jugement, et entre les différents degrés de juridiction, pour que ne joue plus que l'autorité formelle comme signe de juridicité.

Or, l'autorité exclut le principe même de la négociation. En effet, l'autorité suppose une distinction au profit du supérieur qui lui permet de donner un ordre à celui qui l'observera pour la seule raison qu'il est inférieur. Non seulement ce qui est alors édicté n'a pas besoin d'être justifié, mais son contenu ne saurait être négocié par avance. Plus précisément, entamer des négociations, ce serait reconnaître que l'autre puisse être son égal. C'est pourquoi la négociation ne se conçoit au premier abord qu'en matière contractuelle. En effet, selon une description classique du mécanisme du contrat, les deux personnes en présence, poursuivant chacune un but égoïste contraire (le vendeur veut vendre au plus cher et l'acheteur acheter au moins cher, par exemple), mais également puissantes et éclairées, doivent négocier préalablement, ajustant ainsi leurs prétentions pour qu'advienne un contrat dont on affirme qu'il est nécessairement juste puisqu'il a été négocié entre parties égales et libres. Certes, les rapports de force existant entre les contractants pouvaient de fait fausser cette phase de négociation et obérer son résultat quant à l'équilibre des prestations réciproques.

On mesure donc à quel point une autorité qui négocie semble perdre de ce fait son autorité : elle avoue sa faiblesse en admettant qu'elle puisse avoir tort et qu'il lui faille prendre en considération un autre point de vue que le sien. Ainsi, le chef de famille, le chef d'entreprise, le législateur décident sans partage, sauf à perdre leur puissance. Le droit ne se galvaude pas dans des négociations qui mineraient l'autorité de son émetteur. Par contre-exemple, si le contrat se négocie, c'est précisément parce qu'il est l'œuvre de deux personnes privées, personnages ordinaires non investis d'une autorité particulière.

Mais tout cela est à revoir à l'aune d'une évolution des rapports entre les individus d'une part, des rapports dans le cadre de l'organisation sociale d'autre part. Le paradoxe tient au fait qu'ils évoluent en sens contraire. Concernant les premiers, les rapports contractuels ont cessé d'être individuels et se sont développés les rapports de masse, à travers notamment des contrats types imposés par les professionnels aux consommateurs. Dès lors, plus question de négociation dans les contrats les plus courants et concernant les objets de consommation, puisque les individus n'ont plus de prise sur le contenu des contrats auxquels ils sont contraints d'adhérer. Personne ne peut négocier l'achat de son ticket de métro.

À l'inverse, et concernant les rapports de nature politique, s'est affirmé un nouveau modèle d'organisation de la cité dont la faillite de l'autorité hiérarchique a exigé la construction. En effet, lorsque le droit devient le véhicule des préceptes totalitaires, nazis par exemple, démonstration est faite qu'il ne suffit pas à une loi d'être votée pour devoir être approuvée, voire exécutée. Plus proche de nous, moins catastrophique mais tout aussi probant, le vote de la loi d'amnistie en France a mis en évidence sur le caractère mythologique et illusoire de l'idée de la volonté générale inspiratrice désintéressée de la loi. De même, il ne suffit plus d'être mari et père pour gouverner sa famille, etc. L'autorité n'est plus désormais mécaniquement attachée à la place occupée dans l'ordre social, mais bien plus à la capacité de persuasion du discours tenu. Ainsi « fera autorité » le personnage dont le discours justificatif d'une norme rencontrera l'approbation de ses pairs et des personnes auxquelles la norme en question s'adresse. La question du contenu s'impose de nouveau et, dès lors, la négociation tend à devenir la méthode privilégiée d'élaboration du droit.

Ainsi, la négociation en droit ne saurait être cyniquement réduite au manteau de l'exercice de la force. Elle permet la prise en considération du faible, en tant qu'il possède nécessairement quelque force qui s'impose mais aussi en tant qu'il a une valeur absolue. Plus encore, à une époque d'inflation du savoir, la négociation est une méthodologie du droit dans la mesure où elle permet la collecte d'information.

## *Le manteau de l'exercice de la force*

---

Il fut un temps où, selon le vœu de Confucius, chacun était à sa place et portait à la face des autres le nom qui lui convenait : le père était le père, le fils le fils, le maître le maître, etc. La désignation d'une place conférait de ce seul fait l'autorité, et même une quantité d'autorité à la fois précise et opposable aux tiers. À chacun sa place et l'ordre établi, reflet d'une harmonie elle-même préétablie, règne. Ainsi, dans la société de cour telle qu'elle est décrite par Norbert Elias, chaque duchesse est exactement sur le tabouret qui lui est assigné par l'autorité absolue du roi. Mais aujourd'hui, il n'y a plus de place qu'il suffise d'occuper pour exercer l'autorité. La piété filiale, le dévouement à l'institution, etc., sont autant de liens mécaniques aujourd'hui brisés. Il y a donc concrètement une impossibilité ou une très grande difficulté à exercer un pouvoir hiérarchique a priori.

Est-ce à dire que l'autorité ne régit plus notre société ? Tout au contraire, l'on peut soutenir qu'il s'y développe un renforcement des mécanismes d'autorité, et c'est paradoxalement la négociation qui sert cette évolution. En effet, les rapports sociaux sont aujourd'hui gouvernés par une rhétorique de l'autorité : celui qui a le dessein d'imposer effectivement sa décision offrira à son destinataire la possibilité de prendre contact, de s'affirmer, de s'exprimer et de discuter. Mais il ne s'agira que d'obtenir son adhésion formelle et non de prendre en considération réelle ses arguments et sa situation.

Cette indifférence dissimulée, marque d'un rapport de force aujourd'hui masqué, peut venir du fait qu'il n'existe proprement pas d'objet de négociation. Par exemple, lorsque l'État organise des négociations salariales pour la fonction publique, les marges de manœuvre des pouvoirs publics en la matière sont en réalité si restreintes qu'il s'agit d'une négociation sans objet, satisfaction rhétorique offerte aux partenaires de l'État. En a-t-il été ainsi à propos des services publics ?

Mais il peut aussi s'agir d'une technique par laquelle un choix prédéterminé est imposé. Il s'agit alors d'un mécanisme de séduction, lequel a pour objet d'accroître le rapport de force et pour

effet d'en augmenter la violence par le ravissement qu'il vise. Le destinataire de la décision ne peut qu'admettre aisément un résultat à l'élaboration duquel il croit avoir lui-même contribué. Plus encore, il se prive pour l'avenir du droit de protester, de réclamer et de revendiquer un changement de la règle. Ainsi des salariés qui obtiennent le maintien des effectifs contre un gel, voire une diminution, des rémunérations ne peuvent ensuite « décevement » faire grève pour obtenir une augmentation de salaire. Si une profession réclame une loi mieux adaptée à ses besoins ou servant davantage ses intérêts, telle la profession bancaire qui a vu ses droits considérablement renforcés par la loi du 10 juin 1994 ayant réformé le droit des faillites, elle serait malvenue à en critiquer les termes et l'application. La société consensuelle s'installe, et certains y ont vu un danger pour la démocratie.

Si la négociation n'est que cela, elle doit être récusee dans son principe. Mais elle peut être autre chose, car la négociation peut avoir pour objet de ménager une place au faible.

### *La prise en considération du faible*

---

Le principe de la négociation fait place à chacun, fût-il faible, et reconnaît à toute personne, dès l'instant qu'elle est intéressée, le droit de faire valoir sa conception des choses, voire sa prétention. Cette admission du faible dans le jeu de la négociation peut être opérée en considération de sa faiblesse ou dans l'indifférence de cette dernière.

Dans ce premier mouvement, la négociation traduit une considération du fort pour le faible en ce que le faible est aussi fort. On a vu que la perte de l'autorité a priori avait affaibli le fort. Il s'agit ici de considérer à quel point le faible est aujourd'hui fort, et ce notamment du fait des règles juridiques.

Ce pouvoir nouveau peut venir du regroupement des faibles qui peuvent opposer une force équivalente à celle d'une personne puissante que son isolement affaiblit. L'exemple le plus marquant en est la constitution des syndicats ouvriers face à l'employeur. Le droit accompagne alors le mouvement et reconnaît des droits

spécifiques à l'organisation elle-même. C'est ainsi que les syndicats représentatifs bénéficient d'un certain monopole, notamment quant à la présentation de candidats aux élections des représentants du personnel, privilège que l'on a pu d'ailleurs songer à contester au nom du principe d'égalité. Et c'est précisément la négociation collective qui devient l'instrument d'un rapport de force stabilisé et identifié, établi selon un modèle paritaire. La convention collective qui en résulte parfois a alors un statut juridique surprenant, lié à cette ambiguïté quant à la source de ce qui est ainsi décidé : conventionnelle par nature parce que négociée, le système juridique tend à y voir désormais une source de règles générales et abstraites, véritables règles de droit, contrôlées par la Cour de cassation, sans même qu'elles aient été homologuées par l'administration. Ainsi la négociation, lorsqu'elle bénéficie d'un tel affermissement juridique, devient proprement source de droit.

Mais la source de cette puissance peut se trouver dans le droit lui-même. En effet, des branches entières du droit se sont constituées à partir du constat de l'inégalité dans les rapports de force entre individus. Le droit classique avait affirmé que, notamment dans les rapports contractuels, les parties sont par définition et formellement égales. Nul besoin qu'une règle juridique intervienne pour régir les contrats particuliers, la confrontation des intérêts égoïstes entre personnes de même force suffisant à faire naître l'équilibre. Mais l'observation concrète des rapports contractuels, d'abord dans les contrats de travail, puis dans ceux entre professionnels et consommateurs, contraint à prendre en compte l'inégalité de puissance - puissance économique, puissance de savoir-faire - entre les intéressés. Dès lors se sont constituées des branches d'une sorte de « droit unilatéral de protection » dont le seul but est de rééquilibrer concrètement les rapports sociaux. Ainsi le code du travail organise, dans une litanie d'articles, tous les droits que l'employé peut, grâce à cette intervention législative, opposer à l'employeur, et le code de la consommation procède de même au bénéfice du consommateur.

Mais alors les rapports s'inversent. Ainsi l'employeur ou le professionnel sont comme pris au piège d'un droit tout tourné en faveur de leur partenaire économique et social. Le faible a donc

bénéficié d'une règle qui lui permet souvent de dominer l'autre. Mais la dialectique est capricieuse : on affirme aujourd'hui que le droit du travail est « flexible » et constitue une « technique réversible », selon l'expression de Gérard Lyon, façon de dire que l'instrument juridique revient du côté de l'employeur. On pourra encore prendre en exemple une jurisprudence qui annulait systématiquement les clauses organisant la fixation successive des prix dans les rapports économiques de distribution, permettant ainsi au distributeur de sortir quand il le désirait de relations que l'on affirme par ailleurs comme étant à long terme et de type intégré. La cour de cassation vient de briser cette règle prétorienne ayant donné lieu à trop d'excès. Dès lors, si celui qui fut fort - avant que le droit ne décide de brider quelque peu sa puissance - négocie avec le faible devenu fort par le même mouvement, il peut espérer instaurer un rapport d'égalité auquel il aspire désormais. Il se met aussi à l'abri de ces mouvements de balancier peu prévisibles que l'on observe dans la politique juridique.

En outre, d'une façon plus indirecte, le faible est devenu fort grâce au système juridique lorsque celui-ci, d'une façon générale, tolère, voire organise, la résistance des personnes aux décisions qui leur font grief et auxquelles elles devraient normalement se plier. Cela peut être le fait de l'impuissance du droit : ainsi les mécanismes de voies d'exécution, qui devraient permettre une effectivité des jugements de condamnation, sont bien souvent englués dans des difficultés d'application et paralysés par des tactiques dilatoires efficacement mises en œuvre par le condamné récalcitrant. Il s'avère donc que le jugement ne sera exécuté que si le condamné le veut bien. L'inertie est pour le faible une bonne méthode pour échapper aux prérogatives du fort quand bien même celles-ci sont légitimes.

Une telle situation peut encore être le fait, non plus d'une impuissance, mais d'une volonté du droit. En effet, le système juridique a évolué vers l'organisation de ce que l'on a pu vilipender comme « le droit de ne pas payer ses dettes », mis en œuvre par le juge par le biais des procédures de surendettement, de l'octroi des délais de grâce, par le jeu du traitement amiable des difficultés des entreprises, etc.

Cette dégénérescence de la puissance du droit a gagné la loi

elle-même. Cela tient certes à la mise en cause politique de l'institution, mais surtout aux imperfections techniques graves de l'art législatif. Nous sommes victimes, selon l'expression de Jean Carbonnier, d'une « inflation des lois » : nous croulons sous la multiplication de textes, sans cesse modifiés, et dont le contenu n'est plus aisément compréhensible, même pour les juristes.

En outre, la spécialisation des fonctionnaires qui rédigent les projets de loi gouvernementaux va de pair avec une très large ignorance des autres règles de droit. Il en résulte une incohérence des lois entre elles, sous forme de contradiction (couverte par le principe proprement aberrant, au regard de la logique du système juridique, de l'indépendance des législations : ainsi, le permis de construire, qui ne sanctionne que le respect des règles d'urbanisme, peut être légalement délivré en violation des règles de vues imposées par le droit civil) ou d'incomplétude, alors même que le droit forme un système dans lequel les lois doivent être en harmonie les unes avec les autres pour que l'ensemble fonctionne. Les dysfonctionnements de la loi en paralysent les effets. Il existe ainsi de nombreux cas concrets où celui qui a, sinon la loi, du moins une loi pour lui ne pourra pas en imposer le respect à l'autre, lequel pourra toujours trouver une façon d'y échapper. Il faut donc que la loi négocie proprement avec ses destinataires pour que ceux-ci acceptent de recevoir une législation, parce qu'ils la considéreront comme adaptée à eux. Nous ne sommes alors pas loin du marchandage législatif.

Mais il est une façon plus positive de concevoir la négociation en droit. Dans cette perspective, la présence du faible dans la négociation n'a pas pour objet de tirer conséquence de sa faiblesse mais de lui conférer une véritable participation en considération de ce que les arguments qu'il est susceptible de faire valoir peuvent être de qualité ; dès lors, leur éventuelle prévalence dépend de la pertinence de leur contenu sans que la qualité de leur émetteur soit prise en compte.

Accepter de négocier avec un faible, c'est récuser le critère de la seule force, c'est reconnaître qu'un faible n'a ni plus ni moins de qualité qu'un autre pour avoir raison ou tort. La valeur n'est

pas là. En cela, la négociation est un instrument majeur de la démocratie. On retrouve très concrètement cette dimension en droit.

Prenons l'exemple du fonctionnement des sociétés commerciales : celles-ci sont gouvernées par ce que l'on appelle la « loi de la majorité », impliquant que les actionnaires possédant la majorité des actions puissent emporter la décision lors des délibérations sociales. Pourtant, le droit positif donne de plus en plus de pouvoir d'information, d'expression et de contestation à l'actionnaire minoritaire. Le processus de négociation est encouragé dans un système de décision qui semblait n'être gouverné que par le nombre et la puissance. Cela tient au fait que l'actionnaire minoritaire peut avoir raison, et qu'il convient alors de contraindre les actionnaires majoritaires à l'entendre. On affirme d'ailleurs que le fonctionnement des sociétés se rapproche de plus en plus du modèle politique démocratique et la *Corporate governance* prône une certaine éthique de la discussion.

Cette positivité de la négociation dans le droit s'affirme lorsqu'elle est conçue comme mode éclairé d'élaboration d'un droit adéquat.

### *Le mode éclairé d'élaboration d'un droit adéquat*

---

Même s'il est parfois suspect de gloser sur la complexification de la réalité, il est certain que la décision juridique, qu'elle soit législative ou juridictionnelle, devient de plus en plus difficile à prendre. En effet, le droit est devenu comme un acte de refondation sociale susceptible de recréer une cohésion là où l'idée périlée de l'État ne peut plus l'assurer et si l'on veut empêcher le modèle du marché de rendre compte de toute réalité. Mais l'on demande tout au législateur et au juge : rendre à la famille son unité, faire en sorte que les entreprises ne sombrent pas et retrouvent même un élan vers l'embauche. Les lois de programme recouvrent de leur normativité, d'ailleurs douteuse, ces vœux pieux. De plus, remettant dans le même temps la souveraineté de la loi

en cause, le corps social exige que le législateur trouve une solution adéquate à des situations difficiles que ce dernier doit tout d'abord s'efforcer de connaître.

Technicité, pesée des intérêts, efficacité, tels sont les mots d'ordre nouveaux donnés aux acteurs du droit. Pour cela, législateur et juge doivent devenir des experts dans les matières qu'ils touchent de leur baguette avec plus ou moins de succès. Cela est à mettre en corrélation, une nouvelle fois, avec l'évolution sociologique du phénomène d'autorité. En effet, fait aujourd'hui autorité celui qui a l'expérience et le savoir afférents à une matière précise : le spécialiste, l'expert. Le public est devenu friand de ces savants techniciens, et même pour le juriste il n'est plus bon d'être généraliste, sous peine d'être privé de l'autorité que donne une maîtrise limitée mais ressentie comme infaillible. Maître dans sa technique, spécialisé, doté d'une autorité reconnue de ce fait, puissant parce qu'influent : voilà aujourd'hui ce personnage central de l'expert. On a pu exprimer cette réalité en utilisant le terme de « société expertale ».

Or, les détenteurs traditionnels du pouvoir juridique, tels que le législateur, le juge ou le chef d'entreprise, privés de cette pertinence technique et spécialisée, doivent emprunter à d'autres cette nouvelle légitimité pour en faire leur profit. On voit donc se dessiner en droit des processus d'éclaircissement, sorte d'alternative à l'expertise, et très proches de la négociation. En effet, de la même façon que la négociation contractuelle a pour fin d'ajuster les prétentions des parties mais aussi de les éclairer réciproquement - l'avènement récent d'une obligation précontractuelle de renseignement étant symptomatique de cela -, les autres procédures oscillent de la concertation à la négociation.

S'agissant de l'action publique, c'est clairement la voie de la concertation qui a été privilégiée au détriment de celle sans doute jugée trop aventureuse de la codécision. C'est ainsi que, dans un mouvement qui visait à la démocratisation de l'action publique, diverses lois ont, depuis les années 70, imposé des temps de concertation, par la voie notamment d'enquêtes publiques, dans le cadre des projets d'infrastructures ou d'aménagements publics. Il semble cependant que le peu de cas fait par une administration, habituée

à décider seule, des observations qu'elle recueille de la sorte marque le caractère illusoire de telles procédures. Le recours à la force apparaît souvent plus payant pour les populations intéressées, au prix bien entendu du discrédit des trop timides tentatives d'ouverture de l'action publique vers ses destinataires. C'est qu'il ne saurait y avoir démocratisation au sens propre que s'il y a pouvoir donné au peuple, par exemple par la voie de procédures de consultations locales pouvant imposer un veto à un projet d'aménagement, si l'on veut éviter le référendum d'initiative populaire, plus dangereux peut-être. L'absence de tradition d'une alliance entre ouverture de discussions préalables et accumulation d'expertises au sein de la haute administration s'est avérée récemment, à propos des réformes envisagées en matière de protection sociale.

Cette volonté de réconcilier l'action publique et le principe de négociation a sans doute été mieux concrétisée en ce qui concerne l'office du juge. Certes, classiquement, le juge décide unilatéralement ce qu'il convient de juger, après avoir été éclairé par les parties au litige exerçant leur droit à la contradiction. Mais l'on affirme que l'un des buts premiers de l'intervention du juge est de ramener la paix sociale en arrêtant le trouble constitué par le litige. Fort de cette mission très classique mais que l'on n'avait pas jusqu'ici fait prévaloir sur les autres (telles que dire le droit), la tendance actuelle est de limiter l'office du juge à cette seule fin. On observe alors que la meilleure façon de ramener la paix n'est pas de trancher le litige, le terme même de « trancher » marquant l'antinomie avec le but recherché, mais de mettre tout le monde d'accord, d'une façon informelle, par le recours à une négociation. Menée sous l'œil bienveillant du juge, elle devient médiation. Solution psychosociologique et alternative de résolution du litige, beaucoup voient en elle la voie nouvelle d'une justice enfin efficace parce que négociée.

La fonction d'information, substitution du mécanisme de l'expertise, est alors dépassée pour acquérir une autonomie telle que la négociation remplace la décision. Ainsi, le juge fait en sorte, en laissant au besoin un peu le droit de côté, que les parents divorcés s'arrangent entre eux au mieux des enfants, afin que le couple parental survive au couple conjugal. Mais cette nouvelle conception des choses n'est pas sans inconvénients.

Le plus radical réside dans la nécessité, pour que la négociation se substitue au jugement, le juge ne faisant alors qu'encourager puis entériner la solution négociée, que les règles de droit en cause soient à la disposition des parties. En effet, on ne peut négocier qu'à propos de règles susceptibles d'être pliées, voire adaptées. Or, la médiation est aujourd'hui organisée en matière pénale. On affirme pourtant que le droit est au cœur de l'ordre public et qu'il vise à préserver les intérêts fondamentaux de notre société. Comment peut-on alors concevoir d'en disposer par la négociation ?

Certes, l'introduction de la négociation en matière pénale ne concerne et ne saurait concerner que des comportements estimés comme peu répréhensibles et pour lesquels une condamnation effective n'est pas nécessairement de mise. D'ailleurs, ils sont le plus souvent l'objet de classements sans suite. Mais cela révèle alors que c'est l'incrimination même des agissements dont il s'agit qui est excessive, et qu'il conviendrait bien plutôt de les dépénaliser. La mise en place de négociations, à première vue contre nature en matière pénale, met ainsi en lumière une tendance critiquable du système juridique : une pénalisation tentaculaire des comportements et une réduction corrélative du principe de liberté individuelle. Il n'est pas de mode de le dire ou de le dénoncer, comme si précisément il fallait que tout ordre de la loi prenne un tour pénal pour que, par un second effet pervers, le juge puisse en disposer et entrer dans un processus étrange de négociation avec la personne poursuivie.

Mais restons dans le domaine pénal pour apprécier l'enjeu que peut constituer la négociation avec le délinquant, non plus avant que la poursuite aboutisse à un jugement, mais après celui-ci. En effet, il faut reconnaître que tous les mécanismes d'adaptation des peines, des libertés conditionnelles, des remises de peines, etc., procèdent du mécanisme de négociation : si le condamné se tient bien, il obtiendra ces allègements. On a pu exprimer des réserves de principe contre de tels procédés, notamment en ce que la souveraineté du jury ou du tribunal qui avait fixé le quantum de la peine est bafouée. Mais cette infiltration de la négociation dans ce qui paraît un élément définitif d'une condamnation irrévocable trouve sa raison d'être dans une conception renouvelée de la sanction pénale.

En effet, si le droit classique concevait la peine comme la rétribution d'une faute, la théorie de la défense sociale, élaborée au XIX<sup>e</sup> siècle par des médecins, a développé une conception objective de la sanction, comme mesure d'élimination d'un individu dangereux, même s'il est inconscient, sa culpabilité étant désormais un élément indifférent au regard de l'opportunité de le soumettre à une mesure de sûreté. Plus récemment, Marc Ancel a construit une théorie dialectique, dite de la défense sociale nouvelle, affirmant que le délinquant n'a pas nécessairement conscience de la faute qu'il commet mais que l'enjeu de la mesure pénale est précisément de faire naître en lui cette conscience afin qu'il renonce à la récidive. Dès lors, la peine se transforme en mesure éducative, en politique de réinsertion, en prise de contact plus étroit avec le délinquant : elle peut être négociée au fur et à mesure que ce dernier retrouve son rang d'homme socialisé et profite d'un sentiment a posteriori de culpabilité.

Si cohérentes que soient ces nouvelles thèses qui promeuvent chacune d'une façon théoriquement fondée l'insertion de la négociation dans des processus judiciaires jusqu'ici rigides, elles n'échappent pas à divers écueils. Ainsi la théorie de Marc Ancel n'a pas trouvé la réussite escomptée malgré la mise en place de systèmes d'application imposants. Dans le cas de la médiation et de la transaction, il est bien difficile d'éviter que de tels procédés ne se réduisent à permettre à celui qui le peut d'acheter la décision qui lui convient.

Cette perspective vicieuse concerne également le législateur. En effet, le rôle des lobbies se renforce et les groupes de pression arrachent régulièrement des lambeaux de loi à leur convenance, comme si le splendide législateur n'était plus aujourd'hui qu'une sorte de lépreux. Sans vouloir forcer le trait à l'excès, c'est bien de défiguration dont il s'agit lorsqu'on examine des lois nouvelles, ou des textes communautaires, composés d'articles ou d'alinéas contradictoires, chacun ayant été rédigé pour favoriser tel ou tel lobby. La loi n'est plus négociée ; elle est acquise. Nous retrouvons de façon éclatante le rapport de force que la négociation avait voulu chasser en même temps qu'elle récusait le phénomène de l'autorité a priori.

Il est bien difficile de dépasser cette aporie. L'on doit pourtant compter sur la rationalité, voire la vertu, du législateur. En effet, parce que l'appel à la négociation est la méthode qui permet d'éclairer ce dernier en lui fournissant une expertise dont il est démuné mais parce que le législateur est souverain, il doit organiser cette pesée des intérêts sans s'aliéner pour l'un d'eux. Ligne de crête, diraient certains...

La loi serait un acte de décision juridique qui ne résulte pas de la négociation, mais qui prend pourtant nécessairement appui sur elle. Ainsi, les personnes qui vont subir la force obligatoire de la loi auront été mises en mesure de faire valoir leurs arguments, fussent-ils au service d'intérêts privés, de faire entendre leurs voix dans un débat contradictoire, avant que le législateur édicte la norme. Ainsi, la loi trouve sa légitimité dans les échanges qui précèdent son édicition, selon une méthode qui est celle du procès. C'est en effet au sein de ce dernier qu'une telle confrontation, échange, voire négociation, peuvent s'organiser. Dès lors, la figure du jugement, parce qu'il n'est concevable qu'au terme d'un tel procès et qu'il constitue cependant une véritable décision qui en est autonome, s'impose comme nouvelle rationalité juridique qui admet la négociation sans se réduire à elle.