

MARTENS P., *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*  
*Six leçons sur le désenchantement du droit,*  
Coll. Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Namur,  
n°28, Namur, Presses universitaires de Namur, 2007

Compte-rendu par Antoine Bailleux

Le dernier livre de Paul Martens reprend les enseignements dispensés par ce dernier en 2005, dans le cadre de la Chaire Francqui, aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur. Juge à la Cour constitutionnelle de Belgique, professeur de théorie et de sociologie du droit, P. Martens livre une réflexion pénétrante sur les fondements et les limites du droit contemporain. Six leçons durant, l'auteur interroge la prétention de notre droit positif à s' « auto-fonder » dans l'ignorance de toute forme de transcendance.

Dans le style éblouissant qui caractérise ses écrits, P. Martens entreprend de sonder les impasses auxquelles conduit le droit rationnel moderne. Marquant l'avènement de la démocratie libérale et de l'Etat bureaucratique, le droit moderne relègue la religion dans la sphère privée et consacre l'autonomie de la raison juridique. Ce désenchantement du droit ne se fait cependant pas sans heurts et s'accompagne d'un certain nombre de « retours du refoulé ». Les dérives de l'individualisme bourgeois et du légalisme formel, conjuguées à la résurgence de certains phénomènes de « réenchantement » du droit, conduisent l'auteur à formuler une double interrogation. D'une part, le droit peut-il réellement se passer de points de repère extérieurs, soustraits aux évolutions de la loi positive et aux errements de l'opinion publique ? D'autre part, si cette première question devait recevoir une réponse négative, quel pourrait être ce point d'Archimède, cet idéal capable de servir d'utopie de substitution dans nos sociétés sécularisées ? Ces questions, P. Martens les aborde par petites touches successives, ne craignant ni les références croisées ni les répétitions, au long de six leçons qui constituent autant d'angles d'approche distincts marqués par un même souci pédagogique et un même penchant pour l'interdisciplinarité.

La première leçon rappelle d'abord qu'historiquement, le désenchantement du droit a répondu à un mouvement général de désacralisation, amorcé bien plus tôt dans d'autres domaines de l'agir humain, tels que la musique, la science ou la philosophie. Ce constat n'enlève rien à l'importance des questions soulevées par un tel phénomène. Acolyte aveugle du pouvoir, se souciant du « juste » et non du « bien », privant l'homme du confort de l'hétéronomie, le droit moderne se trouve confronté au « défi tocquevillien », qui pointe les dangers couvant derrière une société composée d'individus infantilisés, obnubilés par la seule quête de plaisirs égoïstes et matériels. Et en embuscade, surgit cette question : « Une cité peut-elle survivre sans le respect de lois dont elle n'est pas entièrement l'auteur ? » (p.31). Cette première leçon nous offre encore trois structures de référence pour penser cette crise du droit. C'est d'abord la « trilogie » de N. Bobbio, qui permet de concevoir l'origine de l'Etat tantôt sous le signe de la famille, tantôt sous celui du contrat, tantôt encore sous celui de la violence. C'est ensuite la distinction opérée par J. Carbonnier entre le non-droit, le « grand droit » - qui procède de normativités extra-juridiques - et le « petit droit » - qui se ramène aux lois positives. C'est enfin la distinction entre les sphères publique et privée, malmenée par les « retours du refoulé » que connaît le droit contemporain.

La deuxième leçon dresse le constat d'une désacralisation progressive de l'Etat. Naguère pourvu d'un « corps mystique, intangible, immortel, à l'abri des plaintes des citoyens et du regard du juge » (p.41), l'appareil étatique a perdu de sa superbe à mesure que l'individu montait en puissance. Depuis la mise en cause de la responsabilité civile de l'Etat – « administrateur » d'abord, « législateur » ensuite – jusqu'aux poursuites pénales intentées contre ses plus illustres représentants, c'est à l'érosion de la souveraineté étatique et à l'avènement d'une « démocratie juridictionnelle » que l'on assiste. Cette démystification de l'Etat s'accompagne d'une valorisation de l'individu et de ses droits subjectifs. De l'Etat « bourgeois » à l'Etat-Providence, les droits individuels deviennent le centre de gravité de l'ordre juridique.

L'avènement de « Etat jurisprudentiel » se trouve au centre de la troisième leçon. L'auteur y souligne la part du juge dans le démantèlement des frontières qui séparent traditionnellement le droit de la morale. L'apparition des principes généraux du droit d'abord, la juridicisation de valeurs telles que la liberté de circulation et les droits de l'homme ensuite, l'attribution d'une force normative à la Constitution enfin, sont autant de phénomènes à mettre – au moins partiellement – sur le compte des juges et de leurs zélateurs. Cette recolonisation du droit par la morale, corrélative de la montée en puissance des juges, conduit P. Martens à s'interroger sur la viabilité du « patriotisme constitutionnel » comme utopie de substitution. Défendus et promus par des juges européens parfois plus soucieux du résultat à obtenir que de la cohérence de leurs raisonnements, les droits de l'homme apparaissent ainsi comme un fonds axiologique commun, susceptible de donner chair à une communauté juridique fondée sur un « pluralisme délibératif » (p.82).

Dans la quatrième leçon, l'auteur évoque le « réenchantement du droit » qui surgit au détour de certaines décisions relatives aux droits des homosexuels. Il observe d'abord une évolution récente dans les rapports entre le droit et la sexualité. Celle-ci investit désormais la sphère publique et demande une régulation juridique qui prend le plus souvent la forme du contrat et qui doit tenir compte des normativités concurrentes – morale, scientifique, économique. Cette « formalisation » ou « neutralisation » de la sexualité par le droit a toutefois trouvé sa limite dans le débat relatif à l'adoption par les couples homosexuels. Les opposants à l'homoparentalité – que l'auteur appelle des « symbolistes », par opposition aux « démocrates » – estiment en effet qu'il y a dans la structure familiale fondée sur la différence des sexes une « nature des choses », un donné « préjuridique » qui doit demeurer soustrait à la délibération démocratique. Selon P. Martens, la Cour européenne des droits de l'homme souscrit à ce point de vue dans l'arrêt *Fretté c. France*, qui marque le réinvestissement du droit par la morale. Mais une morale qui s'exprime ici « à nu », pas même travestie sous les oripeaux d'un droit de l'homme ou d'un principe général de droit.

La cinquième leçon revient quant à elle sur la multiplication des phénomènes de replis identitaires – nationalistes ou communautaires – qui affectent aujourd'hui de nombreux Etats. Cette évolution atteste elle aussi des limites du libéralisme politique, fondé sur un individu désincarné et sur des valeurs à prétention universelle. C'est bien évidemment la scène politique et judiciaire belge qui sert ici de toile de fond au juge constitutionnel. Celui-ci commente les différents arrêts qui, rendus par les juridictions suprêmes du pays, ont rythmé la « contamination » progressive du droit par la dynamique centrifuge du modèle fédéral belge. Mais P. Martens s'arrête également sur le cas plus surprenant et insolite des Etats-Unis, où le nationalisme recrudescit s'apparente à un « mélange de repli sécuritaire, d'impérialisme armé et de soutien mystique à l'Etat d'Israël » (p.123).

La sixième leçon se penche enfin sur ce qui constitue sans doute le meilleur exemple du « retour du refoulé » que connaît le droit contemporain. C'est l'arrêt « lancer de nain » du Conseil d'Etat français qui est ici élevé en symptôme, lui qui fait de la dignité humaine un rempart contre le droit à disposer librement de soi-même. P. Martens se montre sceptique face à l'irrésistible ascension de cette « norme suspecte » que constitue la dignité humaine. D'un côté le professeur la réproouve en expliquant, preuves jurisprudentielles à l'appui, que la juridicisation de la dignité humaine aboutit à sa relativisation dès lors qu'elle se trouve concurrencée par d'autres droits fondamentaux – tels que la liberté d'expression. De l'autre, « le juge demande que ne lui soit pas enlevée cette arme ultime car l'imagination barbare de l'homme est à ce point développée que ses innovations criminelles sont toujours en avance sur les trouvailles des juristes » (p.138).

Les « considérations finales » et l'« épilogue » qui clôturent ce livre en récapitulent les enseignements et suggèrent des pistes à explorer. Au nombre des enseignements, on comprendra que le droit est condamné – mais aussi invité – à se mouvoir dans un entre-deux, à égale distance des dérives individualistes de l'autonomie d'un côté, et du péril liberticide de l'hétéronomie et du holisme de l'autre. Quant aux pistes à explorer, on retiendra d'une part, la nécessité d'accompagner la pratique du droit d'une « éthique de la sollicitude » destinée à moduler les effets inévitables voire inhumains de la loi positive. D'autre part, l'auteur suggère de multiplier les modes de règlement des conflits en dehors de l'arène judiciaire, et d'assurer, au sein de celle-ci, une plus grande place à la négociation et à la discussion.

On l'aura compris, P. Martens livre ici une réflexion extrêmement stimulante. Dans un style lumineux et à l'aide d'exemples parlants, il aborde une question devenue fondamentale pour les sciences humaines. On regrettera peut-être simplement que l'auteur ne se soit guère aventuré au-delà du stade du diagnostic.