



Laurent Cohen-Tanugi

Le droit
sans l'État

puf

Laurent Cohen-Tanugi

Le droit sans l'État

2007



Copyright

© Presses Universitaires de France, Paris, 2015

ISBN numérique : 9782130640097

ISBN papier : 9782130564294

Cette œuvre est protégée par le droit d'auteur et strictement réservée à l'usage privé du client. Toute reproduction ou diffusion au profit de tiers, à titre gratuit ou onéreux, de tout ou partie de cette œuvre est strictement interdite et constitue une contrefaçon prévue par les articles L 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. L'éditeur se réserve le droit de poursuivre toute atteinte à ses droits de propriété intellectuelle devant les juridictions civiles ou pénales.

Avec le soutien du



www.centrenationaldulivre.fr



Présentation

Publié il y a plus de vingt ans dans la collection Recherches politiques, ce texte militait pour un réexamen de notre vision du droit en Amérique et une revalorisation de ce droit en France. Il préfigurait, à l'échelle internationale, ce que l'on nomme aujourd'hui la gouvernance globale, un ordre international multilatéral reposant sur la règle de droit. Mais aujourd'hui, où en sommes-nous, s'interroge l'auteur dans une postface inédite ? Une réflexion théorique originale et neuve sur le droit et la démocratie.

L'auteur

Laurent Cohen-Tanugi

Normalien et diplômé de Harvard, avocat aux barreaux de Paris et de New York, Laurent Cohen-Tanugi poursuit depuis vingt ans une réflexion de fond sur les grandes problématiques politico-économiques du monde contemporain. Spécialiste reconnu des affaires européennes et transatlantiques, il est l'auteur de plusieurs essais influents, lus et traduits à l'étranger, dont, dernièrement, *Guerre ou paix, Essai sur le monde de demain*.

Table des matières

- Préface (*Stanley Hoffmann*)
- Introduction à la troisième édition
 - Du droit sans l'État, de la société contractuelle et de l'État de droit
- Avant-propos
- Chapitre Premier. Vers la société contractuelle
 - 1 - Les deux modes de régulation
 - 2 - Droit et démocratie
 - 3 - La France face à l'autorégulation
 - 4 - Tocqueville revisité
- Chapitre II. Cultures juridiques et régulation sociale
 - 1 - *Lawyers* et énarques
 - 2 - Deux cultures juridiques
 - 3 - Droit, flexibilité, rigidités
 - 4 - La gestion du droit
- Chapitre III. Le juridique et le politique
 - 1 - Histoire d'un conflit
 - 2 - Le droit dans le système politique
 - 3 - Deux pratiques de la représentation
 - 4 - Pour en finir avec le « gouvernement des juges »
- Chapitre IV. L'État, la société et le droit
 - 1 - L'Administration sous le règne de la loi
 - 2 - Les lacunes de l'État de droit
 - 3 - Avez-vous rencontré l'intérêt général ?
 - 4 - Le public et le privé

- Chapitre V. Légalisme et étatisme : deux modèles de démocratie
 - 1 - La règle de droit, le marché et leur envers
 - 2 - Figures de la démocratie
- Chapitre VI. La dimension internationale
 - 1 - Régulation interne et compétitivité internationale
 - 2 - Interfaces transatlantiques
 - 3 - Américanité, hexagonalité et « *worldliness* »
- Conclusion
- Postface. *Le droit sans l'État*, vingt ans après

Préface

Stanley Hoffmann

Voici le plus tocquevillien des ouvrages sur les États-Unis écrits depuis Tocqueville – et, pour cette raison même, le meilleur. Comme Tocqueville, Laurent Cohen-Tanugi a le don de saisir l'essence même d'une société politique. Comme Tocqueville, il y parvient par l'emploi de la méthode comparative : les contrastes entre la France et les États-Unis le mettent constamment sur une route où les intuitions justes et les réflexions percutantes fourmillent. Comme Tocqueville, et tant d'autres auteurs français intéressés par les États-Unis, c'est à la France, ou plutôt à la réforme de la France, que pense Laurent Cohen-Tanugi lorsqu'il analyse les traits distinctifs du système américain. Mais la plupart de ces autres auteurs se sont contentés de décrire une Amérique schématique ou simplette, dont ils se servent ensuite comme d'une arme dans la guerre idéologique franco-française. Comme Tocqueville, Laurent Cohen-Tanugi a le respect de la vérité, le sens de l'histoire, le goût des nuances. C'est pourquoi ses conclusions, concernant la France, n'en sont que plus impressionnantes. Lui sait de quoi il parle : non point de l'Amérique reaganienne ou de je ne sais quelle révolution conservatrice américaine (il y voit, fort justement, une réaction conservatrice au sein *d'un système permanent, et non point un changement de système*) mais de la société politique américaine

telle qu'elle s'est développée à partir de valeurs, de pratiques et d'institutions que Tocqueville avait déjà rencontrées ; non point de la France socialiste, opposée à une France néo-libérale pratiquant l'économie de marché, mais de la France telle que l'ont constituée des siècles de domination étatique et de politisation par le haut. Ce que Laurent Cohen-Tanugi décrit, c'est la vitalité d'un certain modèle culturel : celui de la société auto-régulée et contractuelle des États-Unis ; et c'est l'épuisement du « modèle étatique centralisé » français, dont Tocqueville avait, il y a plus d'un siècle, analysé l'origine, et les méfaits, et dont, il y a une vingtaine d'années, Michel Crozier avait souligné l'inadaptation aux nouvelles conditions de l'économie mondiale et aux impératifs et aspirations de la société française apparue après la liquidation de ce que j'avais appelé la société bloquée.

Laurent Cohen-Tanugi, juriste, nous parle du rôle du droit dans la démocratie américaine, et du contraste entre ce rôle énorme, et la portion congrue à laquelle il est réduit en France. Opposition entre un droit qui résulte de l'autorégulation de la société américaine et s'applique de la même façon aux individus ou groupes privés et à l'État (un État fragmenté, dans un pays où la volonté générale est identifiée au droit) et un droit produit par l'État, intégré à l'État, instrument de la tutelle de l'État sur la société. Opposition entre un droit instrument de changement social, flexible et innovateur, et un droit rigide, où « tout ce qui n'est pas expressément permis ou prévu par la loi est présumé interdit ». Opposition entre un système concurrentiel, où les intérêts particuliers sont considérés comme les éléments légitimement constitutifs de l'intérêt général, et un système monopolistique, où l'État est censé incarner l'intérêt

général, et où la supériorité de l'État s'exprime par l'existence d'un droit administratif distinct du droit civil – et, souvent, par l'irresponsabilité.

À partir de ces contrastes, Laurent Cohen-Tanugi décrit deux types fondamentalement différents d'économies, de sociétés et de démocraties. Je crois que l'essentiel de sa démonstration tient dans cette proposition : non seulement, en France, dans la sphère du politique, la fonction de représentation a été à peu près confisquée par l'Exécutif, mais cette sphère a vidé la société civile des fonctions, de l'autonomie, de la vitalité qu'elle possède aux États-Unis. Il montre admirablement comment, aux États-Unis, coexistent et coopèrent deux systèmes parallèles, et diffus, de représentation : dans la sphère politique, et dans la société elle-même, sous la forme des lobbies, dont il démontre l'utilité et les mérites sans en cacher les défauts. Dans le système américain, la politique au sommet – Tocqueville l'avait vu – n'a ni l'importance ni l'intensité qu'elle a en France : c'est pourquoi les citoyens s'y intéressent moins (et la qualité de la classe politique nationale s'en ressent) ; en revanche, les Américains font de la « micro-politique » ; ils règlent leurs affaires par la voie d'une « régulation » destinée à maintenir un cadre équitable pour la concurrence des entreprises et des groupes et pour l'exercice des droits, et par la litigation : d'où l'énorme importance du rôle des avocats (lawyers). Laurent Cohen-Tanugi oppose cette régulation aux étatisations françaises, et les lawyers aux énarques : en France, où les entreprises comme le judiciaire dépendent de l'État, tout ce qui devrait être réglé à la base est aspiré et politisé par le sommet, où des institutions oligopolistiques – partis, syndicats –

procèdent à une concertation dominée par l'État et ne laissent souvent aux groupes qui s'estiment oubliés et lésés d'autre voie que l'action directe, la rue. À la micropolitique et à la libre circulation de l'information aux États-Unis s'opposent les « projets de société » et l'opacité en France. « La société française s'organise autour de quelques monolithes. » Il y a, certes, des monolithes aux États-Unis. Mais les pouvoirs compensateurs sont, souvent, plus puissants encore.

Laurent Cohen-Tanugi montre aussi les formidables obstacles que le modèle français constitue pour la compétitivité internationale de la France. La nécessité vitale de survivre et de moderniser pour répondre au défi des États-Unis et du Japon, la pression du système juridique de la Communauté européenne, plus proche de la conception américaine, les signes d'une volonté accrue de la société française de régler elle-même ses affaires sans passer par l'État, suffiront-ils à transformer ce modèle dans le sens voulu par l'auteur : libéralisation politique (pas seulement économique !) et – surtout – « dissémination du pouvoir social » ? Tocquevillien sur ce point encore, Laurent Cohen-Tanugi comprend bien que l'État s'est substitué à la société française parce que celle-ci n'avait pas de consensus comparable à celui qui rend possible l'autorégulation américaine ; et il sait, et souligne, aussi que l'État étouffe désormais la société en prétextant de l'inertie de celle-ci pour continuer à l'anémier. Or, l'État, érigé en seul législateur et gardien de l'intérêt général, est en fait une énorme bouteille thermos où se conservent des querelles dépassées et une rhétorique belliqueuse et enflée : l'établissement d'un consensus passe par la micropolitique et par l'établissement d'une « société contractuelle ».

Il ne faudrait pas que ce livre capital soit lu comme une pièce de plus dans le faux débat entre une gauche « étatiste » et une droite « libérale ». Laurent Cohen-Tanugi est sévère pour la droite et pour la gauche françaises. Inversement, on pourrait rappeler que l'idée d'une société libérée de l'État a eu autant d'adeptes dans la gauche démocratique (le courant autogestionnaire) que dans une partie de la droite. Dans la lignée de Tocqueville et de Raymond Aron, Laurent Cohen-Tanugi n'en sait pas moins que le vrai libéralisme démocratique, dont il décrit si bien les rouages aux États-Unis, et dont il montre les liens avec une certaine culture juridique (à la fois un culte du droit et une subordination du politique au droit, dont les racines intellectuelles, nous dit-il, pourraient être dans l'Ancien Testament) est « irréductiblement d'ailleurs, étranger à la culture politique française »...

Juriste, politologue et citoyen, Laurent Cohen-Tanugi donne ainsi à réfléchir en profondeur et sur la France et sur les États-Unis.

Normalien et agrégé de Lettres, il écrit avec une élégance et un don de la formule exceptionnels. Parce qu'il a vu l'essentiel et ne déforme rien, cet analyste est aussi un polémiste redoutable qui fait mouche à tous les coups. Ce livre est un coup de maître.

Introduction à la troisième édition

Du droit sans l'État, de la société contractuelle et de l'État de droit

Propices à susciter le débat à la faveur d'un zest d'ambiguïté, les titres paradoxaux exposent en contrepartie leurs auteurs aux hasards de l'interprétation. Qui prendrait celui de ce livre à la lettre se heurterait à une impossibilité : dans nos sociétés politiques, quel système juridique peut se passer d'un État qui en soit le garant et en assure la sanction ? Plus tentant en revanche serait de lire dans le « droit sans l'État » une référence directe au système américain pris dans son ensemble, la France représentant, par symétrie, l'« État sans le droit ». De là à prêter à ce livre la thèse de l'absence de l'État ou, pis encore, de la dissociation du juridique et du politique aux États-Unis, il n'y aurait qu'un pas. Solidaire d'une telle interprétation, la « société contractuelle », caractéristique des États-Unis et avenir possible de la France, se trouverait alors réduite au règne généralisé du contrat privé, dans la grande vacance étatique.

Telle n'est évidemment pas la réalité américaine, et moins encore le sens de mon propos. Le « droit sans l'État » n'a en effet pas pour référent premier les États-Unis, mais bien la position *française* du débat contemporain sur les rapports du droit et de l'État. Aux partisans d'une réduction inconsidérée du rôle de l'État en France, la gauche opposait récemment, avec raison, la

conception française de l'État de droit : moins d'État ne signifierait-il pas moins de droits et de libertés pour chaque citoyen, puisque, chez nous, le droit émane pour l'essentiel de l'État, voire se confond avec lui ? D'où, pour sortir de cette impasse, l'effort de ce livre de dissocier les termes de l'équation française droit/État, c'est-à-dire de concevoir un droit qui ne soit pas *presque exclusivement* le produit d'un État administratif, centralisé, homogène, unitaire et monopolistique. La problématique correcte d'une réduction du rôle de l'État en France se trouvait dès lors inversée : moins d'État devait signifier *davantage de droit* ; pour être possible, le retrait de l'État devait s'accompagner, de manière progressive et organisée, et en manière de contrepartie, de la mise en place de régulations juridiques, *publiques et privées*. Une telle démarche imposait nécessairement de penser le droit... sans l'État *à la française*, c'est-à-dire une autre conception du droit et un autre mode d'intervention publique, étrangers à notre tradition politique. Car si État il y a en Amérique, et s'il n'est aucunement question ici de le faire disparaître en France, le concept ne recouvre pas la même réalité que de ce côté-ci de l'Atlantique. La double spécificité de l'intervention publique aux États-Unis est son *pluralisme* (l'État unitaire à la française y est inconnu), d'où découle son caractère *juridique*. La fragmentation institutionnelle qui caractérise les États-Unis est organisée par la Constitution, contrat répartissant soigneusement les compétences entre les divers pouvoirs publics : verticalement, par le fédéralisme, et horizontalement, par une stricte séparation des pouvoirs à tous les niveaux de la pyramide constitutionnelle. Au cœur de cette

différence dans les deux concepts de l'État, source de bien des malentendus, le statut du pouvoir judiciaire, de la jurisprudence et du contrôle de constitutionnalité des lois : partie intégrante du *government* aux États-Unis, ces trois institutions campent encore à la périphérie de l'État à la française.

De même, la « société contractuelle » n'est pas seulement l'extrapolation de la liberté contractuelle privée dont les Américains jouissent manifestement davantage que nous. Cette métaphore, loin d'exclure les autorités publiques, les englobe et rend compte de leur fonctionnement. La Maison-Blanche négocie avec le Congrès, AT&T transige avec le Département de la Justice, l'avocat de la défense, avec le Procureur de la République. La négociation, le compromis, l'arbitrage juridique sont ainsi également au cœur du fonctionnement des pouvoirs publics, comme de leur relation à la société civile.

C'est que la conception américaine de l'État de droit ne se réduit pas à la soumission de la puissance publique à la règle de droit, ce qui est la définition européenne – encore que cette conception restrictive soit loin d'être parfaitement réalisée sur le Vieux Continent. L'exigence américaine de l'État de droit étend l'emprise des régulations juridiques à la sphère de la société civile et à l'interface État/société. Conception beaucoup plus extensive de l'État de droit, qui seule permet d'expliquer la prépondérance du droit et des juristes dans le fonctionnement de la démocratie américaine, justifiant du même coup le concept d'une autorégulation par le droit des systèmes institutionnels publics et privés. C'est très précisément ce *surplus* (de démocratie) inhérent à la conception américaine de l'État de

droit, et la lacune correspondante qu'il reste à combler en France, que j'ai nommés « le droit sans l'État ».

Quel est alors le statut de la référence américaine pour le développement démocratique de la France ? Ne nous attardons pas aux faux débats sur la transposition des modèles ou sur les mérites respectifs du droit civil et de la *common law*, à laquelle est loin de se réduire le système américain. La pertinence de la référence à l'État de droit américain en France aujourd'hui tient essentiellement à ce qu'elle vient à la rencontre de préoccupations et de besoins institutionnels nouveaux. Au-delà des références, sérieuses ou fantaisistes, au « libéralisme » et des alternances politiques, ces préoccupations et ces besoins qui façonneront le nouveau paysage sociopolitique français ont nom, entre autres : déréglementation, flexibilité, statut du service public dans notre société, modernisation de l'État, cohabitation et équilibre politique, avènement de la société multiculturelle. Ce livre veut rappeler qu'un libéralisme authentique ne saurait se réduire à la sphère économique, et qu'il n'est pas de marché prospère sans une société libre, ouverte et pluraliste, garantie par la séparation des pouvoirs publics et la protection juridique des libertés individuelles et des minorités. Ultime paradoxe, le désinvestissement d'un État dont Blandine Barret-Kriegel a raison de relever qu'il est en France au cœur du pacte social, trouve sur sa route, comme sa condition de possibilité, l'État de droit...

La réflexion engagée ici conduit à la recherche d'un mode différent d'intervention de l'État : l'écho qu'elle a suscité signifie qu'une certaine manière de « gouverner » est définitivement

périmée en France. Cette réflexion appelle également une pensée renouvelée du droit : innovatrice plutôt que conservatrice, progressiste plutôt que répressive, politique plutôt que technique. Le « combat pour le droit » réalise aujourd'hui la synthèse inattendue des grandes aspirations qui ont mobilisé les générations montantes depuis vingt ans : rejet d'une certaine conception de l'autorité, revendication des droits de l'homme à l'échelle planétaire et des libertés individuelles dans la cité, retour du débat juridico-politique sur le devant de la scène, parallèlement au recentrement des préoccupations de l'*intelligentsia* sur le développement politique de l'Occident. À la faveur de cette exceptionnelle convergence, nous sommes peut-être à l'orée d'une nouvelle période faste de la réflexion juridico-politique : la démocratie a beaucoup à y gagner.

Juillet 1986

Avant-propos

« Il est certain que les peuples sont, à la longue, ce que le gouvernement les fait être. »

Jean-Jacques Rousseau, *Encyclopédie*, Article « Économie politique », 1735.

Ce livre est d'abord la synthèse d'une aventure personnelle commencée en septembre 1981, début d'un séjour de deux ans à Harvard Law School, puis dans l'univers des grands cabinets juridiques internationaux de Wall Street et des bureaucraties washingtoniennes. Il est le produit d'une réflexion menée en filigrane de mon activité professionnelle, aux États-Unis, loin des débats idéologiques français, puis en France, à l'écoute de ces mêmes débats, sur le fonctionnement de la démocratie de part et d'autre de l'Atlantique et le rôle du droit et de l'idéologie publique dans ce fonctionnement.

Cette réflexion a connu plusieurs étapes : à l'enthousiasme suscité d'emblée par le système américain, et au sentiment d'un fossé plus important que prévu entre ce système et l'univers français, succédait l'observation plus précise, née de la volonté d'établir des passerelles entre le Nouveau Monde et l'Ancien. La France et les États-Unis étant tous deux des « démocraties libérales » et des « États de droit », construits sur le même héritage de théories politiques, il paraissait impossible que les mécanismes observés dans l'un ne se retrouvent pas *grosso*

modo, même sous une forme très différente, dans l'autre. Ces passerelles établies, certaines équivalences posées, l'analyse des différences, fussent-elles d'organisation et de détail, permettait de mettre à nu la cohérence globale, de nature essentiellement idéologique et culturelle, de chacun des systèmes. D'où la possibilité d'une compréhension de l'idéologie publique américaine de l'intérieur, et d'un regard français porté d'outre-Atlantique sur le système français, produit d'une salutaire distance par rapport à tout ce qui dans l'hexagone paraît aller de soi ou, de plus en plus, ne plus fonctionner de manière satisfaisante, sans qu'une solution alternative paraisse concevable.

Car de retour en septembre 1983 dans une France que j'avais laissée en plein état de grâce, je trouvais le pays bien changé : il était de fait lui-même entré dans une phase de révolution culturelle étrangement parallèle à la mienne propre. L'État avait perdu un peu de l'empire qu'il exerçait sur l'esprit public depuis bien longtemps, et l'Amérique était à la mode.

Mais le débat est jusqu'ici demeuré bien superficiel entre les « néo-libéraux », partisans d'on ne sait quelle transposition du reaganisme en France, et les étatistes de tous bords, qui n'ont aucun mal à souligner l'irréalisme et les dangers d'un tel projet. Quant aux visions de l'Amérique, elles n'ont offert de choix qu'entre les fascinations quelque peu frivoles de la « révolution conservatrice américaine » et les récits frileux de nos expatriés en mal de protection sociale, découvrant que mieux valait, chez l'oncle Sam, être jeune, riche et en bonne santé que vieux, pauvre et malade.

Dépeindre l'Amérique comme un zoo néo-conservateur ou une jungle libérale, fût-ce pour l'exalter, c'est en réalité la desservir, sans nous aider beaucoup. Les vrais problèmes, à savoir la manière de repenser le rôle de l'État en France et la contribution précise que le système américain pourrait apporter à cette tâche, n'ont que rarement affleuré dans le débat public et ne peuvent être sérieusement débattus tant que proliféreront des images exclusivement négatives ou superficielles des États-Unis.

D'où le double caractère de ce livre, à la fois analyse comparative de certains aspects des systèmes de régulation sociale américain et français qui se suffit en quelque sorte à elle-même, et projet « militant » dont l'ambition est de contribuer à la recherche, urgente, mais encore bien pauvre, d'un mode alternatif de régulation sociale en France, en remplacement partiel de la régulation étatique centralisée.

La lecture que je propose des États-Unis comme de la France est délibérément partielle et subjective. Ma vision des États-Unis est l'histoire d'une séduction, avec la part d'artifice que toute séduction comporte. Avec le recul du temps et l'approfondissement de la réflexion, j'ai tenté de réduire cette part d'artifice, sans trop déformer toutefois ma vision initiale, afin de lui conserver sa fraîcheur et surtout parce qu'elle me paraît exacte sur l'essentiel, en dépit de toutes les nuances, réserves et tempéraments qu'un jugement exhaustif sur les États-Unis nécessiterait qu'on lui apporte.

Les zones d'ombre bien connues du modèle américain – faible protection sociale, effets pervers du juridisme, discontinuité de l'action étatique, inégalités – sont-elles l'inévitable contrepartie

de ses vertus ? Question très difficile à trancher dans le cadre d'un ouvrage général. La conviction, limitée mais suffisante, sur laquelle se fonde ce livre est que l'introduction réfléchie de certains aspects positifs du mode de régulation juridique américain dans notre système démocratique peut s'effectuer sans y entraîner avec elle les défauts majeurs de la société américaine.

Ma lecture de la France est encore plus partielle, puisqu'elle se dessine délibérément en négatif du système américain. Les qualités et les légitimations du système administratif français, les raisons de la forte demande d'État qui subsiste en France à l'heure actuelle, sujets amplement traités ailleurs, sont hors de mon propos.

Seuls m'intéressent ici les États-Unis et la France dans leur interaction en tant que systèmes idéologiques. Quant à l'orientation de cette confrontation, elle m'est certes d'abord éminemment personnelle, mais elle est également dictée par les carences mêmes du modèle français à mes yeux. En ce sens, elle est tout particulièrement tournée vers lui.

Que les spécialistes de toutes les disciplines visitées me pardonnent enfin la généralité de mon propos : ce livre ne prétend rien démontrer et appelle au contraire des études plus approfondies sur un certain nombre de questions. S'il parvient à atténuer quelques mythes concernant les États-Unis et la France, à inciter les juristes à sortir de leur retraite et à persuader quelques autres de l'intérêt d'une approche juridique de la démocratie, il aura largement atteint son but.

Décembre 1984

Chapitre Premier. Vers la société contractuelle

1 - Les deux modes de régulation

Quelle relation existe-t-il entre le mode de régulation d'une société et ses prétentions à une certaine idée de la démocratie et, au-delà, de la modernité ? Quelles sont les interactions entre ces éléments et l'aptitude d'une société au changement ? Ce type d'interrogations, déjà présent dans d'autres contextes historiques, résulte aujourd'hui pour partie de l'internationalisation et de l'interdépendance des systèmes nationaux. La réponse implicite que ce livre suggère, dans son domaine particulier, est que le mode de régulation d'une société et l'idée de la démocratie qu'il révèle sont loin d'être sans incidence sur sa vitalité et sa capacité d'innovation et d'adaptation au nouvel environnement mondial.

La France vit encore très largement dans un modèle de régulation étatique, progressivement mis en place à partir de catégories présentes, sous leur forme moderne, dès la Révolution. Dans un tel modèle, la société est entièrement structurée par et autour de l'État, qui joue un rôle d'impulsion et exerce en contrepartie sa mainmise sur la société [\[1\]](#). Ce modèle commence aujourd'hui à donner des signes d'épuisement, face à une pluralité de défis convergents : économique et financier, technologique, idéologique. Ces multiples défis tendent tous à faire évoluer lentement la société française vers l'autre grand

modèle de régulation : celui de l'autorégulation de la société. Dans un tel modèle, la société a une vie autonome par rapport à l'État, et dispose de ses propres instruments de régulation. Du point de vue du stade de développement d'une société, le contraste entre ces deux modes de régulation n'est pas neutre : l'autorégulation reflète incontestablement une plus grande maturité et une plus large autonomie de la société civile que le mode de régulation étatique, où la société vit sous tutelle, comme infantilisée. Destinée originellement à accompagner le développement de la société civile, la tutelle étatique finit souvent par constituer un obstacle à ce développement. Un État tentaculaire, sans même évoquer les régimes autoritaires, signifie le plus souvent une société faible, ne serait-ce que par l'« effet d'éviction » qui s'exerce entre l'un et l'autre. Dans le cas de la France, il est clair que la canalisation des élites par le système des grandes écoles, la ponction économico-financière réalisée par la fiscalité et la parafiscalité et l'étatisation de la société effectuent en permanence un gigantesque transfert de ressources humaines et matérielles et de responsabilités de la société vers l'État qui, enrichissant celui-ci jusqu'à saturation, appauvrit nécessairement celle-là.

Or, de même qu'après la Seconde Guerre mondiale la reconstruction et le développement paraissaient naturellement revenir à l'État, de même aujourd'hui la capacité des nations à se resituer dans les nouvelles hiérarchies économiques mondiales en cours de formation semble dépendre avant tout de leurs ressources humaines, de la capacité de mobilisation, d'adaptation, de rebond des sociétés. La prime est donc à la

flexibilité, à la rapidité, à l'innovation, à la compétitivité : toutes choses qui ne comptent pas au nombre des attributs des États, et qu'on trouve plus naturellement dans les sociétés autorégulées que dans les autres. D'où les difficultés présentes des nations du Vieux Continent, la France en tête, dont le rayonnement international a été historiquement lié à la puissance de l'État. Dans l'ordre militaire, politique, diplomatique, un État puissant est le meilleur des atouts. Dans l'ordre économique et culturel, vers lequel se sont aujourd'hui déplacés les enjeux, aucun État ne saurait remplacer le dynamisme et la vitalité d'une société. Les sociétés autorégulées sont donc doublement du côté de la modernité : par le degré de maturité intrinsèque qu'elles révèlent, et par la responsabilité nouvelle dont le vent de l'histoire les a désormais investies.

La France paraît à cet égard entrée dans une phase de transition. Plusieurs fois récurrente depuis 1789, date de naissance du modèle idéologique français sous sa forme moderne, la critique de l'État est aujourd'hui redevenue un thème important de la vie politique, soutenue par la conjoncture favorable que représentent les « succès » du reaganisme et sa propagation au reste de l'Occident. Au départ emprunté à l'Amérique par une opposition en quête de renouveau idéologique, l'anti-étatisme s'est ensuite trouvé nourri des excès de l'État socialiste. Mais le phénomène paraît aujourd'hui trop général et trop irréversible pour ne pas correspondre à une tendance plus profonde de la société française, qui n'est rien moins qu'une sorte de révolution idéologique. En réalité, c'est la conception française traditionnelle des rapports entre l'État et la société, conception

éminemment hiérarchique, qui paraît aujourd'hui traverser un début de remise en cause, peut-être durable.

Dans le modèle autorégulé, l'instrument principal de régulation de la société, parallèlement à la fonction du marché dans l'ordre économique, est le *système juridique*, qui définit les compétences respectives et les relations des divers acteurs, État compris. Il n'est pas étonnant, dès lors, de trouver aux États-Unis le meilleur terrain d'analyse du modèle de société autorégulée. Les États-Unis possèdent en effet le système juridique le plus avancé du monde et offrent le spectacle d'une société et d'un État entièrement immergés dans le droit.

Contrairement à une idée très répandue en France, et qui sert à l'étatisme de repoussoir grossier, la seule alternative à la régulation étatique n'est donc pas le « capitalisme sauvage » ou la « loi de la jungle », dont les États-Unis représenteraient précisément le symbole et la terre d'élection. L'Amérique n'est pas une sorte d'Europe qui en serait restée, au plan de la régulation sociale, aux années 1880. Le légalisme des origines, les systèmes réglementaires sophistiqués mis en place depuis le New Deal, la jurisprudence progressiste et modératrice de la Cour suprême ces trente dernières années témoignent de l'ignorance profonde, chez les tenants d'une telle assimilation, de l'existence d'une alternative « civilisée » à l'étatisme. Les instruments de l'autorégulation sont d'ailleurs beaucoup plus complexes que ceux de la régulation étatique globale : la sophistication des débats juridiques qui sont l'expression de la vie politique et sociale aux États-Unis révèle une démocratie plus mûre que la simple rhétorique politique ou politicienne et l'unilatéralisme

technocratique, langages de la démocratie française. Le droit joue en effet un rôle bien moindre dans le modèle de régulation étatique à la française, où, comme on le verra, il est entièrement médiatisé par l'État lui-même, principal producteur de droit. Ne possédant pas, solidement enracinée dans le corps social, cette tradition juridique et civile, la France ne peut se représenter la conciliation du libéralisme économique et du libéralisme politique, de la liberté et de la morale, sans le secours de l'État, grand ordonnateur de la solidarité et de la justice sociale, c'est-à-dire sans une dénaturation du libéralisme. Le terme qui fait défaut à une telle équation en France est une certaine idée du droit.

Il y a donc en ce sens concurrence entre l'État d'une part et le système juridique de l'autre, pour la régulation de la société. Là où la société est forte, le système juridique est développé, le « pouvoir juridique » domine et l'État est en retrait : c'est le modèle américain. Là où l'État est omniprésent, à défaut d'être omnipotent, le système juridique est marginalisé et la société relativement passive : c'est le modèle français. Le lien entre puissance du système juridique et puissance de la société est clair : le droit n'est-il pas, dans une démocratie libérale, « du côté de » la société civile contre l'État, le meilleur garant de la première contre les empiétements du second ? Et l'accomplissement de la démocratie n'est-il pas lié à la perfection de l'« État de droit », c'est-à-dire à la soumission de l'État à un système juridique qui l'englobe et le dépasse ? L'opposition qui vient d'être tracée entre l'État et le système juridique n'est certes pas aussi tranchée dans la réalité. Plus

précisément, elle ne signifie pas que l'État, en France, absorbe entièrement le système juridique, et, encore moins, qu'aux États-Unis, le système juridique évolue complètement en dehors de l'appareil étatique. Tout est affaire de nuance, et d'abord de définition. Il est clair, par exemple, que l'assimilation du système juridique à l'État en France est grandement facilitée par une conception unitaire de l'État et par une conception moniste du droit dans l'ordre interne, elle-même reflet de la monarchie absolue et de l'État jacobin. Selon cette conception, le droit est *un* parce qu'il se confond avec l'État et qu'il n'y a de place que pour un seul État dans un milieu social donné.

Aux États-Unis, à l'inverse, le fédéralisme et l'atomisation des pouvoirs interdisent une conception unitaire de l'État (cette institution au sens français n'existant d'ailleurs pas outre-Atlantique), tandis que l'effacement relatif du politique dans l'organisation sociale américaine consacre un pluralisme juridique plus foisonnant que nulle part ailleurs. L'identification du droit à l'« État » y est donc impossible. Si elles ont un rôle majeur dans la production du droit, les institutions étatiques, multiples et fragmentées, s'intègrent à un système juridique global qu'aucune d'elles ne peut accaparer et qui les englobe toutes. C'est par référence à ce système juridique global qu'on peut parler d'*autorégulation* de la société américaine par le droit. Ce terme n'exclut nullement, bien entendu, la place prépondérante de l'appareil étatique (*government*), au sens large (tribunaux, agences régulatrices indépendantes...), dans la production du droit et le fonctionnement du système juridique. En ce sens, la société autoréglée n'est pas dans l'absolu

tributaire du phénomène contemporain de rejet de l'État ; sa réalisation s'y rattache aujourd'hui en France de manière relative, à la mesure du rôle excessif joué par l'État dans la régulation de la société française. Selon les catégories théoriques énoncées par un Hayek [\[2\]](#), le modèle autorégulé américain serait plutôt du côté de l'« ordre spontané » et son système juridique, largement jurisprudentiel, serait proche du « droit de la liberté » ou *nomos*, tandis que le modèle français serait clairement orienté vers l'« organisation », et sa régulation, produite par la « loi du législateur » ou *thesis*. Ce qui ne signifie pas que le modèle américain ne soit pas lui-même « contaminé » par les catégories de l'« organisation » et de la bureaucratie, ou ne puisse coexister avec des moments de centralité et d'étatisation dans les périodes où ils se révèlent nécessaires. La complexité des États-Unis est telle que les deux pôles des divers systèmes d'oppositions développés dans ce livre (centralisation/décentralisation, État/marché, public/privé, Hobbes-Locke/Kant-Rousseau...), coexistent au sein même du système américain, voire au sein de chacune de ses institutions, et qu'il est possible d'interpréter l'évolution et l'état présent des États-Unis comme le produit d'une tension et d'une concurrence entre ces deux pôles [\[3\]](#).

Du moins les moments de centralité s'intègrent-ils, aux États-Unis, dans leur forme même, au modèle autorégulé (ainsi dans le passé le *New Deal* et l'« invention » des agences indépendantes), de même que les (rares) moments de partielle désétatisation expérimentés en France demeurent une sorte de pôle mineur du modèle étatique. Récupérant les tendances centrifuges, les deux

modes majeurs de régulation traversent ainsi les cycles de l'Histoire en les intégrant à leur propre respiration.

On propose d'utiliser, pour désigner le modèle social autorégulé représenté par les États-Unis, l'expression de « société contractuelle », c'est-à-dire une société multipolaire, où le pouvoir est segmenté et dont le lien est par essence le contrat. Dans une acception à peine métaphorique, le contrat désigne un système de droits et d'obligations entre unités décentralisées, qui assure la distribution des pouvoirs et l'autorégulation de la société. C'est l'univers de la microrégulation, du sur-mesure, dont le *lawyer* américain est le maître-tailleur. La société contractuelle n'exige cependant pas une référence exclusive au contractualisme classique, atomiste et aveugle aux relations de pouvoir. Elle intègre au contraire la réglementation, l'institution, le statut et le déséquilibre des forces, catégories qui s'opposent au contractualisme classique. Mais, quelles que soient l'imperfection de la concurrence et la complexité des interactions, le contrat demeure la norme.

Le modèle de la société contractuelle s'oppose ainsi naturellement, dans ses termes mêmes, à l'autre grand modèle de régulation, celui du Contrat social, macro-contrat global unissant l'ensemble de la société pour donner naissance à l'État, dont les clauses se résument à une délégation générale et absolue de pouvoir de la première à la seconde.

Mais la société contractuelle n'est pas l'antithèse du Contrat social et ne l'exclut pas. Les États-Unis sont ainsi par excellence le pays d'une certaine forme de contrat social, représenté par la Constitution et le consensus qu'elle exprime. Mais ce contrat-là

est différent de l'autre : organisant d'emblée la limitation des pouvoirs de l'État, il réserve à la société davantage de pouvoir à contracter en son sein. La société contractuelle est ainsi partie intégrante du « contrat social » américain.

Tout se passe comme si la Révolution française, méconnaissant Rousseau, avait pris le Contrat social et ses catégories à la lettre, non comme une simple fiction théorique de la constitution de la société politique à partir de l'état de nature, mais comme le fondement juridique du mode de gouvernement et de l'idéologie publique de la France moderne.

2 - Droit et démocratie

L'exploration des systèmes juridico-politiques offre ainsi une voie d'accès particulièrement féconde, et relativement peu fréquentée en France, pour aborder les interrogations présentées au début de ce chapitre. C'est en effet, à travers le système juridique, la démocratie elle-même qui est au cœur du sujet. Par la relation différente qu'ils entretiennent avec le droit, la France et les États-Unis révèlent deux conceptions divergentes de la démocratie, dualité plus prononcée qu'on ne le pense en général, et d'autant plus troublante que les deux protagonistes d'une telle rivalité prétendent sincèrement à la supériorité de leur propre système. Comme ce livre tout entier tente de le montrer, l'on se trouve en présence de deux *systèmes idéologiques* largement opposés, dont la rivalité est certainement l'une des dimensions, fût-elle inconsciente, de l'ambivalence sentimentale bien connue des Français à l'égard de l'Amérique et des Américains à l'égard de la France. Cette ambivalence ne date d'ailleurs pas d'hier, puisqu'elle remonte à l'enfance même des États-Unis, contemporaine de la mise en place des deux systèmes idéologiques rivaux. Les réactions en France à la parution de *La Démocratie en Amérique* il y a cent cinquante ans sont révélatrices à cet égard [\[4\]](#). Depuis, toute réussite de l'un des deux systèmes contrarie nécessairement quelque peu les valeurs de l'autre.

Rouage essentiel de la démocratie américaine, le droit apparaît

trop souvent comme le parent pauvre de la démocratie française. À l'inverse, la France a tôt fait de répondre au reproche fréquent de dirigisme adressé par les Américains, par la critique des excès et des effets pervers du juridisme d'outre-Atlantique. Ici comme là, peuvent se lire dans le système juridico-politique l'inconscient d'une société politique et l'état social d'une nation. Et l'on doit cet accès privilégié au caractère « structural » du droit relativement à l'ensemble des déterminations (historiques, politiques, économiques, sociologiques...) qu'il renferme ; bref, à son caractère de « superstructure idéologique », pour employer le langage de Marx.

De manière symptomatique d'ailleurs, l'approche juridique paraît nécessiter en France une justification beaucoup plus développée qu'elle ne le serait outre-Atlantique. Le droit jouit, aux États-Unis, d'un tel prestige, y revêt une telle importance institutionnelle, sociologique et idéologique qu'il est presque impossible de traiter de politique, d'économie ou d'histoire en termes non juridiques. Inversement, quiconque traite de droit pose inévitablement, dans la conception américaine, des problèmes politiques, économiques ou sociaux. L'approche juridique est ainsi probablement la meilleure voie d'accès à l'univers américain en général. Telle n'est pas la conception qui prévaut en France, patrie de l'économisme triomphant, où le droit a conservé l'image d'une discipline assez technique, et par là même périphérique. Cette différence de statut sociologique et culturel du droit en France et aux États-Unis est partie intégrante de la présente réflexion.

Une tentative de lecture de la société française en termes

juridiques est donc une entreprise assez neuve, qui paraîtra à certains quelque peu insolite, surtout relativement à l'ambition de son objet.

Et cependant, n'y a-t-il pas lieu de s'étonner que la critique du « tout-État » en France, pourtant polymorphe à l'excès, ait entièrement ignoré jusqu'à présent la dimension juridique ?

Illustration de la « myopie juridique » française, cette critique s'est limitée aux aspects économique-financiers (la « crise de l'État protecteur ») et idéologiques (le « néo-libéralisme »). La dimension juridique est pourtant essentielle, tout d'abord comme instrument d'enquête : les relations entre l'État et la société civile, sujet de tant de débats en France aujourd'hui, s'y trouvent ancrées dans l'épaisseur des textes et de l'Histoire. On y lit, noir sur blanc, le primat de l'État sur la société française, et nombre de composantes du « mal français ».

La dimension juridique est également essentielle comme apprentissage d'un mode alternatif de régulation économique et sociale. Le discours sur les politiques macro-économiques épuise en France toute la réflexion sur le rôle de l'État et la régulation sociale. Mais les politiques économiques vont et viennent, tandis que les mentalités évoluent dans une direction qui leur est propre, et que les structures institutionnelles demeurent inchangées : c'est donc sur ces dernières qu'il faut jouer.

Sans même se préoccuper des effets de tel ou tel type de régulation socio-économique sur la compétitivité internationale d'une nation (aspect qu'on évoquera au chapitre VI), l'approche juridique est donc pertinente dans l'ordre interne : quelle est la place du droit dans le fonctionnement des institutions politiques,

de la vie économique et des rapports sociaux en France ? L'État et la société civile sont-ils à égalité devant le droit ? Quel type de cohérence idéologique se trouve inscrit dans le système juridico-politique français ? L'exploration de ces questions, au regard du modèle américain de l'autorégulation, est la matière des chapitres qui suivent.

Une telle approche rencontre inévitablement sur sa route les difficultés méthodologiques de toute réflexion de type comparatiste : est-il légitime, réaliste, pertinent d'entreprendre une réflexion comparatiste sur les systèmes juridico-politiques américain et français, avec l'ambition d'en tirer quelque enseignement sur le fonctionnement de la démocratie en France, alors que les différences entre les deux pays sont si considérables ? Les spécificités historiques et géographiques ont à l'évidence un impact direct sur l'organisation des systèmes politiques et juridiques. Ainsi, pour les États-Unis, l'effet de taille vient constamment gêner l'approche comparatiste et oblige à des nuances et des réserves. Est-il légitime de rapprocher la structure fédérale, complexe et stratifiée, des 50 États américains et l'organisation politique d'un pays comme la France, dont les dimensions excèdent à peine celles des dix États du nord-est des États-Unis, de l'Ohio au Maine ?

Plus forte encore pourra être l'objection des tenants de l'irréductibilité des tempéraments nationaux et des traditions historiques. À quoi bon comparer, si ce n'est de manière purement académique, des ensembles par hypothèse rendus immuables par le poids de leur passé ? De même qu'on ne convaincra pas de sitôt les Américains des vertus d'un État fort et

centralisé, de même est-il vain de prétendre convertir le tempérament latin aux rigueurs du légalisme anglo-saxon. On peut apporter à ces objections, incontestablement fondées, plusieurs types de réponses. Tout d'abord, si la démarche comparatiste ne devait aboutir qu'à un constat d'irréductibilité, rendant improbable toute perspective de « contamination » ou de « fertilisation croisée » entre les systèmes américain et français, l'on se trouverait là en présence d'un résultat non négligeable. L'appartenance commune de la France et des États-Unis à la catégorie des démocraties occidentales, des « États de droit », des économies industrialisées de marché, ou à l'Alliance atlantique, a en effet tendance à masquer parfois des différences très profondes, d'organisation mais plus encore de valeurs fondamentales, entre les deux pays. Analysant l'origine du malentendu qu'il perçoit dans la vision française d'une « révolution conservatrice » américaine, Roger Michener, professeur de droit et de sociologie à l'Université de Princeton, y voit ainsi « d'abord la croyance selon laquelle la France et les États-Unis, deux États-providence modernes et démocratiques, seraient plus semblables qu'ils ne le sont en réalité ; ensuite, et surtout, la difficulté même à saisir les différences entre des traditions politiques, ici et là. Des différences renforcées par la pratique politique, par l'Histoire, par les courants d'idées et par les institutions » [\[5\]](#) . On a par ailleurs trop souvent tendance à prêter aux États-Unis une transparence qui ne correspond pas à la réalité [\[6\]](#) , ou au contraire à exacerber les particularités de l'Américanité pour présenter le tableau quelque peu caricatural d'une société en perpétuel délire. S'il devait ressortir de notre

démarche que les différences, notamment idéologiques, ou une certaine opacité, l'emportent parfois sur les références communes, une contribution, si modeste soit-elle, aurait été apportée à la compréhension des relations franco-américaines, et des conflits de plus en plus nombreux et rémanents survenus ces dernières années. Par ailleurs, n'est-il pas quelque peu désespérant de s'interdire, au nom de l'irréductibilité des cultures nationales, toute tentative de faire interagir des systèmes politiques, juridiques ou sociaux par-delà frontières et océans ?

Cette attitude, qui sert actuellement en France de repli facile aux étatistes de tous bords, est d'ailleurs contraire à la réalité des relations et des échanges culturels, au sens large, entre les États : c'est bien souvent que les législateurs nationaux trouvent par-delà les frontières l'inspiration ou le modèle des lois ou des institutions qui deviendront celles de leur pays. De nombreuses législations récemment adoptées en France et en Europe, notamment en matière économique (droit de la concurrence, réglementation des marchés financiers, environnement...), nous sont ainsi venues précisément d'outre-Atlantique. Et l'expérience du juriste international ou comparatiste le conduit bien souvent à conclure à la traduisibilité généralisée, moyennant quelques aménagements, de la syntaxe juridique des nations appartenant à une civilisation commune. *Plus fondamentalement, les tenants de l'irréductibilité des systèmes nationaux sont contredits par l'évolution amorcée par la société française vers des formes d'autorégulation...* dernier avatar, et non des moindres, de l'« impérialisme culturel américain ».

3 - La France face à l'autorégulation

Bien qu'encore profondément ancrée dans le modèle de régulation étatique, comme tentent de le montrer les chapitres qui suivent, la France paraît depuis peu entrée dans une phase de transition, discrètement révolutionnaire, vers la société contractuelle.

Cette évolution, qu'on a pu nommer « irruption de la société civile », et qu'une abondante littérature est venue saluer [\[7\]](#), est le résultat de facteurs multiples : évolution des mentalités et des technologies, changement politique, crise économique. À cet égard, l'arrivée de la gauche au pouvoir en 1981 a produit des effets ambigus. Certaines grandes réformes vont clairement dans le sens de l'autorégulation de la société : c'est évidemment le cas de la décentralisation, restauratrice des libertés locales, et du début de libéralisation de l'audiovisuel. Toutes deux signifient une multiplication des centres de pouvoir et d'information, et avant tout, un transfert de compétences de l'État à la société civile. Par ailleurs, les réformes touchant l'institution judiciaire (élargissement de ses compétences, projet de réforme du Conseil supérieur de la magistrature, introduction en droit français d'une procédure proche de l'*habeas corpus*...), de même que la reconnaissance du droit de requête individuel de tout citoyen français devant les juridictions internationales protectrices des droits de l'homme, sont venues renforcer les libertés

individuelles et la protection juridique de la société civile. En matière économique, en revanche, les nationalisations et l'extension du dirigisme économique rendue nécessaire par la crise ont renforcé le modèle de régulation étatique. Le bilan de l'action gouvernementale reflète en définitive assez bien l'ambiguïté – ou la contradiction – des aspirations qui ont porté la gauche au pouvoir : société relationnelle d'un côté, État tentaculaire et protecteur de l'autre.

À l'heure actuelle, cependant, il est clair que l'avenir est à l'autorégulation, que ce soit pour la majorité, avec le « virage libéral » amorcé par le gouvernement, l'hymne à la modernisation et la reprise du flambeau des « libertés », ou pour l'opposition, dont le programme a aujourd'hui pour maîtres mots désétatisation, déréglementation, dénationalisation.

Mais les facteurs socioculturels et technologiques sont plus importants que les aléas politiques, car ils les déterminent.

L'évolution des mentalités manifeste comme principaux faits saillants une aspiration de la société à une plus large autonomie et à un certain activisme (réhabilitation de l'entreprise, regain de l'individualisme, développement de la vie associative, essor de la « démocratie participative », du mouvement consumériste...) et une certaine faillite du Politique, ou du moins une crise de la représentation politique traditionnelle par les partis et les syndicats. La mobilisation inattendue de la société pour défendre l'école et les radios libres a clairement manifesté l'ampleur de cette évolution. La technologie, quant à elle, transnationale par nature, affaiblit les moyens de contrôle des États et renforce les centres de pouvoir de la société, tout particulièrement dans les

domaines cruciaux de la communication et de l'information. Les effets du câble et du satellite sur les monopoles étatiques en matière audiovisuelle sont une illustration éclatante de cette alliance de la technologie et de la société autorégulée.

La société américaine elle-même connaît d'ailleurs parallèlement une évolution similaire. Parmi les dix « mégatendances » qui conditionneront son développement dans les décennies à venir, John Naisbitt, auteur d'un récent best-seller sur ce thème [8], fait figurer le mouvement de la centralisation à la décentralisation, de l'assistance institutionnelle à l'auto-assistance, de la démocratie représentative à la démocratie participative, du modèle hiérarchique pyramidal aux réseaux de communication horizontale, enfin d'un choix alternatif simple à une multiplicité d'options, sur le modèle de la télévision par câble, dans tous les domaines. Ces évolutions, que certains en France associent volontiers aujourd'hui au reaganisme ou à un renouveau « conservateur, sont cependant marginales au sein du modèle américain, pris globalement, et relativement au fossé qui sépare ce modèle global, de Roosevelt à Reagan, du modèle français. C'est la raison pour laquelle l'on ne distinguera que rarement, tout au long des chapitres qui suivent, entre un modèle « reaganien » des années 1980 et le modèle démocrate libéral-étatiste, en honneur du *New Deal* au milieu de la décennie 1970. L'objet de notre réflexion est le système idéologique de l'Amérique « éternelle » et celui mis en place en France depuis deux siècles, aucunement l'opposition, ou la comparaison, dénuée d'intérêt, du reaganisme et du socialisme. Tout au plus importe-t-il de noter que l'évolution présente, qui rapproche la

démocratie américaine de ses origines et tend à relativiser l'expérience étatiste du *New Deal* et de l'après-guerre, porte la société américaine encore un peu plus loin du modèle français traditionnel, lui aussi en plein mouvement. Mais si le rejet de l'État est aujourd'hui un phénomène général en Occident, il revêt une signification et une portée très différentes de part et d'autre de l'Atlantique : retour aux sources du libéralisme individualiste aux États-Unis, révolution culturelle sans précédent en France. Quels que soient les développements politiques, d'un côté comme de l'autre de l'Atlantique, les évolutions qu'on vient d'évoquer sont irréversibles. Dès lors, de nombreux aspects du système américain, comme archétype de société autorégulée, intéressent la France, et la dimension juridique, instrument principal de l'autorégulation, acquiert toute sa pertinence. À titre d'exemple, si l'entreprise française de décentralisation se poursuit de manière sérieuse, le fonctionnement du fédéralisme américain pourrait devenir très riche d'enseignements quant à la répartition des compétences et la résolution des conflits entre les différents niveaux d'autorité. De même, les timides avancées en direction d'une libéralisation de l'audiovisuel en France ouvrent déjà des interrogations d'ordre politico-juridique, à l'occasion desquelles l'expérience américaine pourrait être mise à profit. Les propositions de l'opposition dans le domaine de la communication empruntent déjà très largement – sans le dire – au modèle américain. Les « agences » régulatrices américaines ont servi de modèle aux organismes indépendants récemment créés, telles la Commission nationale de l'informatique et des libertés, la Commission d'accès aux documents administratifs ou

la Haute Autorité de l'audiovisuel, progrès décisifs pour la démocratie. D'ailleurs existe-t-il un choix en dehors de l'alternative, ou du dosage, entre les deux grands modes de régulation : l'étatique et le juridique ?

Prôner la désétatisation ne suffit pas : encore faut-il savoir par quoi remplacer l'État. Le retrait de l'État, cheval de bataille idéologique, nécessité financière, tendance historique, devra nécessairement s'accompagner d'un renforcement du « pouvoir juridique », permettant une régulation autonome de la société, en remplacement partiel de la régulation étatique. Plus exactement, la recherche actuelle d'un nouveau mode d'intervention de l'État, plus léger, plus indirect et plus performant rencontre nécessairement sur sa route le modèle juridique à l'américaine, qui ne se réduit nullement au « reaganisme » [\[9\]](#) et dont l'« État », au sens large, est loin d'être absent. La modernisation politique et sociale, corollaire indispensable de celle de l'économie, appelle non pas « moins de droit », mais au contraire un « retour du juridique ».

D'ores et déjà, divers signes de « juridicisation » sont perceptibles dans le fonctionnement de la vie politique et de la société françaises. La vigueur de l'opposition depuis l'arrivée de la gauche au pouvoir s'est manifestée par le recours systématique au contrôle de constitutionnalité avant l'adoption de toute réforme législative. Il en est résulté un renforcement certain du pouvoir du Conseil constitutionnel, et surtout le développement rapide d'une jurisprudence constitutionnelle qui faisait cruellement défaut. La définition et la protection des libertés publiques s'en trouvent beaucoup mieux assurées que par le

passé.

D'autres instruments de l'opposition parlementaire (enquêtes, auditions), de pratique courante ailleurs, notamment aux États-Unis, ont fait leur apparition en France de manière plus systématique. Les élections sont plus que jamais soumises à un contrôle juridique. Les débuts de la décentralisation se manifestent déjà par un accroissement du contentieux administratif concernant la répartition des compétences entre l'État et les autorités locales. Les domaines de l'urbanisme et de l'environnement donnent de plus en plus souvent matière à l'arbitrage du droit. Les éléments les plus actifs de la société civile entament des croisades juridiques contre des politiques et des réglementations étatiques souvent protectrices ou vieilles. Les offensives des frères Leclerc ou de la FNAC contre les réglementations en vigueur dans le domaine de la distribution des carburants, des automobiles, des livres ou du tabac, prennent valeur de symbole d'une « dérégulation à la française ». D'inspiration américaine, cependant, tant par son contenu – l'ouverture de la concurrence et la lutte contre le coût de la réglementation – que par ses méthodes – le contentieux judiciaire et le *lobbying*.

Plus fondamentalement, *la question du droit*, récemment réactivée par la philosophie, est en train d'émerger, en France, comme l'un des axes fondamentaux d'un débat politique renouvelé. Est-il nécessaire de réviser la Constitution pour soumettre au référendum un projet de loi sur l'école ? Dans quelles conditions les PTT peuvent-ils augmenter la taxe téléphonique ? Le gouvernement peut-il décréter une modification de la

nomenclature médicale sans l'intervention des intéressés ? Quels sont les droits des citoyens contre le fisc ? L'État est-il en droit de modifier la fiscalité de l'emprunt Giscard ? Autant de questions de fond sur le fonctionnement de la démocratie française, qui témoignent de réflexes nouveaux de la société civile. On croit rêver : la France se serait-elle convertie à une pratique réfléchie de la démocratie ?

Certains déploreront cette « juridicisation » de la société française, génératrice de contentieux de toutes sortes ; d'autres reprocheront à l'opposition d'utiliser parfois la guérilla juridique à des fins d'obstruction politique, tout en criant au « juridisme » dès lors qu'on s'avise de réviser la Constitution. Nous croyons cependant que cette évolution d'ensemble correspond à une pratique plus saine de la démocratie, où les conflits – qui préexistent en tout état de cause – sont exprimés directement par la société au lieu d'être étouffés sous la chappe étatique. On retrouve ici la relation mise en évidence entre degré d'activité de la société et mode de régulation. Si l'évolution vers la société contractuelle se poursuit, la France devra mieux maîtriser les instruments de régulation juridiques, qu'elle n'a pas l'habitude de pratiquer. La complexité croissante de la société, l'enrichissement continu de la démocratie, l'instauration d'un nouveau mode d'organisation sociale fondé sur la dissémination du pouvoir et la communication horizontale appellent un système juridique de plus en plus évolué. Le modèle français manifeste encore à l'heure actuelle une très nette carence en ce domaine.

Dans la sphère internationale, l'insuffisance de la « culture

juridique » française est également génératrice de handicaps et de conflits. Dans les relations transatlantiques, deux pratiques des relations internationales s'entrechoquent : l'approche américaine, qui tend à être légaliste ici comme ailleurs, et l'approche française, voire, à cet égard, européenne, fondée sur la diplomatie et la *Realpolitik*. De nombreux conflits, notamment commerciaux, sont considérablement amplifiés par cette différence de langage.

Alors que les Américains croient sincèrement à la primauté des instruments juridiques tant chez eux qu'à l'étranger et tirent tout le parti possible des leurs, les Européens considèrent traditionnellement que les conflits touchant aux politiques commerciales, industrielles ou techno-stratégiques relèvent en réalité du domaine de la diplomatie et doivent se régler par la voie d'une négociation purement politique plutôt que par arbitrages juridiques ou des procédures judiciaires. Le concept de « politique juridique extérieure » est ainsi d'apparition très récente dans le vocabulaire de la diplomatie française [\[10\]](#). Cette différence d'attitude n'est que le reflet de l'importance relative des pouvoirs exécutif et judiciaire au sein de ces pays, et du rôle moindre joué par le droit dans la prise de décision politique, eu égard à la pratique américaine. Le GATT, par exemple, est considéré hors des États-Unis davantage comme un forum de négociation que comme un tribunal du commerce mondial, et les efforts américains pour y faire « dire le droit » suscitent bien des résistances. Il est ainsi difficile de pleinement comprendre le conflit du gazoduc eurosibérien, les reproches américains aux subventions agricoles européennes ou les objections

européennes à l'application extraterritoriale de la législation américaine sans une conscience de cette différence de relation au droit de part et d'autre de l'Atlantique.

À l'échelle européenne, la France souffre encore plus manifestement de son insuffisance juridique. Si les vieux États-nations de l'Europe peuvent parfois conserver, individuellement, des comportements plus ou moins a-juridiques, la Communauté, elle, est avant tout une machine juridique sophistiquée.

D'ores et déjà, dans les faits sinon dans la rhétorique officielle, son fonctionnement à l'égard des États membres a des allures de fédéralisme à l'américaine. Le traité de Rome joue, à l'égard des politiques et des réglementations nationales, le rôle d'une Constitution fédérale, au regard de laquelle elles sont jugées par la Commission européenne, la Cour de justice, mais aussi les juridictions nationales. L'appartenance de la France à la CEE fournit ainsi l'occasion d'un contrôle de « constitutionnalité européenne » beaucoup plus étendu que le contrôle de constitutionnalité national.

L'adhésion au traité de Rome a donc des conséquences juridiques considérables, que les signataires n'avaient peut-être pas prévu. Mais ce n'est sans doute pas par hasard que Jean Monnet, à l'aube de la construction européenne, invitait son ami George W. Ball, alors avocat à New York, puis sous-secrétaire d'État de son pays, à faire bénéficier l'Europe de l'expérience du système fédéral et de la législation *antitrust* acquise depuis des décennies par les *lawyers* américains. L'Europe juridique est aujourd'hui devenue une réalité beaucoup plus importante dans la vie quotidienne que l'Europe politique, évolution d'autant plus

profonde et irréversible qu'elle s'effectue discrètement. Les conclusions d'une récente étude du Conseil d'État [\[11\]](#) sont révélatrices à cet égard : « Le fait que le droit communautaire ne joue pas, dans la réalité, le rôle qui pourrait être le sien provient de ce qu'il est très largement ignoré des citoyens, des praticiens et des tribunaux. Aussi bien est-il rarement invoqué, dans la vie courante, dans chacun des États membres, et en tout cas, en France. Le risque existe, dans le développement du droit communautaire, d'une disparité entre le faible degré d'intégration qui est encore celui des pays européens, et l'existence d'un système juridique, qui est, lui, intégré. » Encore certains, tels les frères Leclerc ou la FNAC en France, font-ils de plus en plus une utilisation intelligente et efficace du « levier » européen pour attaquer des législations irréprochables en droit interne.

Comme dans l'histoire du fédéralisme américain, le recours au contentieux européen permet, à l'heure actuelle, d'établir une relation directe entre les nationaux des États membres et les institutions communautaires, par-delà les autorités étatiques. Le résultat de ce processus a été, aux États-Unis, le renforcement du gouvernement fédéral en un gouvernement « national », fût-il « incomplet » (car limité par les souverainetés des États). Un cheminement comparable en Europe aboutirait à un « gouvernement communautaire », dont les modes de régulation seront principalement – et nécessairement, comme il en a toujours été lorsqu'il s'est agi de réguler une pluralité de pouvoirs – juridiques.

Ainsi, l'appartenance de la France à la CEE a ouvert la brèche à la

pénétration d'une culture juridique au sein de l'environnement institutionnel français, par tradition principalement « politique ». Le Conseil d'État, dans l'étude précitée, s'inquiète déjà, par réflexe gallican, de la pénétration du droit communautaire dans le droit français, dont la maîtrise lui échappe partiellement. À défaut d'être un pouvoir politique, les instances communautaires représentent ce que l'on peut appeler un « pouvoir juridique », auquel la France sera de plus en plus confrontée. Elle devra en apprendre le langage et les armes.

Que ce soit sous la pression de ses propres évolutions internes ou par le jeu de ses solidarités internationales, la France est aujourd'hui appelée à conférer à la règle de droit une place plus importante qu'elle ne l'a fait historiquement. Et l'État-nation voit ses pouvoirs entamés tant au-dessous de lui, avec les progrès de la décentralisation, qu'au-dessus de lui, avec la construction de l'Europe juridique.

Reste à examiner la légitimité de la référence américaine. N'est-il pas en effet paradoxal de critiquer les insuffisances du système juridique français au regard du modèle américain, au moment même où ce modèle, traditionnellement critiqué en France, fait l'objet aux États-Unis mêmes, confrontés au « défi nippon », de sérieuses attaques en raison de ses excès, sources de paralysie, de gaspillage de ressources et d'inefficacité ? En France même, ne s'est-on pas ému récemment, de manière salubre, des excès de la réglementation administrative, génératrice de rigidités économiques et sociales ? À l'heure de la déréglementation, dont les États-Unis sont d'ailleurs les champions, qui oserait soutenir que la France souffre d'« insuffisance juridique » ?

La réponse à ces deux critiques, qui sont liées, tient, pour la première, à une différence de degré, pour la seconde, à une différence de nature.

Si l'on s'émeut aujourd'hui à juste titre aux États-Unis, comme l'a fait en 1983 Derek Bok, président de l'Université de Harvard, de la surproduction de *lawyers* par les universités et du rôle trop important joué par la profession juridique dans la vie économique, au détriment d'activités plus productives (recherche, *management*, etc.), de tels excès sont bien loin de menacer la France. Le problème des excès du pouvoir juridique est, comme le souligne Michel Crozier [\[12\]](#), un mal spécifiquement américain, contre lequel le reaganisme est à certains égards une forme de réaction et qui a, en France, sa contrepartie exacte, dans la prolifération boulimique de l'administration et de la bureaucratie. Si excès il y a de part et d'autre, un juste milieu peut être trouvé et, de même qu'on peut souhaiter aux États-Unis une meilleure administration publique, de même il est permis, et sans doute plus facile, d'envisager un renforcement mesuré du pouvoir juridique en France. Ce processus correspond d'ailleurs très précisément à la situation historique présente de la France, dont le problème est la réduction du rôle de l'État, et la mise en place d'un mode alternatif de régulation économique et sociale. Les travers mêmes du système américain peuvent alors être mis à profit par la France dans la maîtrise de cette évolution. Cela ne va d'ailleurs pas sans réciprocité : les États-Unis, qui cherchent actuellement à introduire des mécanismes plus souples de prévention, de médiation et de conciliation dans leur système social regardent

avec intérêt de ce côté-ci de l'Atlantique. Et, aujourd'hui plus que jamais, les libéraux américains rêvent d'une société plus douce et plus juste, à l'image de celle du Vieux Continent.

Quant à l'argument selon lequel l'heure est à la déréglementation et non au renforcement du système juridique, il souffre de confondre réglementation administrative bureaucratique et règle de droit. L'opposition a pu ainsi exploiter la méfiance française à l'égard du droit et du juridisme pour attaquer les excès de l'intervention de l'État socialiste dans la vie économique et sociale.

Pour habile que soit cette exploitation politique, elle repose sur un malentendu. La réglementation administrative, dont certes la France ne manque pas, n'est pas assimilable à l'empire du droit, et la preuve négative nous en vient des États-Unis mêmes : à l'heure de la dérégulation, le traditionnel pouvoir de l'*establishment* juridique américain n'est en rien amoindri, hormis les revenus de quelques *law firms* de Washington, spécialisées dans certaines réglementations mises en sommeil par l'Administration Reagan (environnement, énergie...). Et ceux qui assimilent trop facilement légalisme et rigidités doivent d'abord rendre compte du paradoxe qu'offre la société américaine : à la fois la plus juridique, et l'une des plus dynamiques, mobiles, flexibles du monde.

Bien au contraire, l'un des propos du présent ouvrage est de développer l'antinomie entre la réglementation administrative, sous-produit juridique de l'État moderne, et ce qu'on appelle dans les pays anglo-saxons le « règne de la loi » (« *the rule of law* »), dans ses caractéristiques traditionnelles et ses conditions

historiques d'apparition, à savoir l'État libéral et l'économie de marché antérieurs à l'ère du *Welfare State*.

Souhaiter un renforcement de la règle de droit en France n'est pas, en conséquence, s'inscrire en faux vis-à-vis des adversaires de la prolifération réglementaire : il ne s'agira pas de surajouter à une réglementation déjà étouffante un quelconque carcan juridique venu d'on ne sait où, mais, au contraire, de restaurer le libre jeu de la règle de droit au sein d'une économie et d'une société dérégulées, d'éliminer, sinon d'inverser, la relation hiérarchique entre l'État et la société.

L'emploi du futur est de rigueur : aujourd'hui encore l'opposition reste entière, et passionnante à explorer, entre le modèle américain, fondé sur la règle de droit, et le modèle français, centré sur le pouvoir d'État. Cette opposition se retrouve d'ailleurs dans le langage, où l'expression française la plus proche du concept anglo-saxon du « règne de la loi » est l'« État de droit », comme si l'État était une médiation indispensable à ce règne, voire comme si la soumission de l'État au droit marquait, dans la conception française, l'avancée la plus extrême de l'empire du droit.

4 - Tocqueville revisité

La relecture de Tocqueville, juriste de formation, qui dans la *Démocratie en Amérique* accorde à l'institution juridique l'attention et la place qui lui reviennent, permet une mise en situation historique des relations entre les démocraties française et américaine. Il est clair que le propos de Tocqueville dans la relation de son voyage américain est tout entier orienté vers la comparaison entre les États-Unis et l'Europe [\[13\]](#). François Furet voit même dans la méthode comparative le « mode fondamental de pensée et de démonstration » de Tocqueville [\[14\]](#). La comparaison menée par Tocqueville était dynamique : le modèle américain représentait alors *un avenir possible* pour l'Europe sortie de l'Ancien Régime et de la Révolution. L'auteur ne parle-t-il pas des « siècles aristocratiques » passés et des « siècles démocratiques » à venir ?

Cent cinquante ans après, l'on est tout autant frappé par l'actualité, la justesse et la profondeur des observations tocqueviliennes sur l'Amérique que par la permanence des traits de ce qui lui servait alors de référence, à savoir le régime sociopolitique de la France et de l'Europe du premier tiers du XIX^e siècle. Concernant les États-Unis, on doit sans doute à la perspicacité et au génie visionnaire de Tocqueville, ainsi qu'à la fidélité traditionnelle des Américains à leur héritage fondateur, la troublante pérennité de l'œuvre, que la centralisation et l'inégalité accrues de l'Amérique moderne n'entament pas

vraiment. En revanche, la permanence des traits du modèle européen ne peut que résulter d'un *retard* de la vieille Europe par rapport à la cadence tocquevillienne. Où sont passés les siècles nouveaux que Tocqueville voyait succéder en Europe aux siècles aristocratiques, sous la pression du mouvement démocratique triomphant outre-Atlantique ? L'étonnante actualité du récit tocquevillien fait ainsi paradoxalement problème.

En réalité, Tocqueville concevait pour l'évolution du Vieux Continent deux « pentes » possibles de la démocratie. La première conduirait à accroître toujours davantage l'indépendance des individus, tandis que la seconde, et la plus probable selon lui, aboutirait au contraire à un pouvoir de plus en plus centralisé [\[15\]](#).

Il est clair que la démocratie française a suivi cette seconde « pente » naturelle, dans le droit fil de sa tradition absolutiste, encore renforcée (comme Tocqueville le montrera par ailleurs dans *l'Ancien Régime et la Révolution*) par la centralisation révolutionnaire et napoléonienne. Les États-Unis ont développé le modèle démocratique analysé par Tocqueville, en renforçant certes le pouvoir du gouvernement fédéral, mais aussi celui, concomitant, des citoyens. La France, et l'Europe à sa suite, ont simplement traduit les habitudes centralisatrices et les concepts révolutionnaires dans le moule et le vocabulaire modernes de la démocratie.

C'est cette continuité de part et d'autre de l'Atlantique qui explique l'actualité de la comparaison tocquevillienne, et sa pertinence dans le débat idéologique contemporain en France.

C'est elle qui explique également la persistante « ressemblance » entre l'Europe en transition dans laquelle écrivait Tocqueville et la France contemporaine.

Sortie des siècles aristocratiques, l'Europe de Tocqueville n'est pas encore vraiment entrée dans l'ère démocratique. Elle vit dans un état intermédiaire, l'état de révolution, qui est, selon l'expression de François Furet, « l'extrême et la négation de la démocratie ». Cet état se caractérise par l'irruption brutale et artificielle de la forme politique démocratique, sans que soient réunies ses conditions de fonctionnement harmonieux (traditions politiques, institutions, religion, mœurs...) dans le corps social. Pris dans le dilemme, qu'il pense inéluctable, entre démocratie et tyrannie moderne, l'aristocrate Tocqueville choisit la démocratie, mais une démocratie à l'américaine, c'est-à-dire autoréglée.

Tout le propos de son voyage, puis de son livre n'est-il pas de se convaincre, puis de montrer qu'aux États-Unis, la démocratie est conciliable avec la liberté aristocratique ?

Pour ce faire, Tocqueville concentre son observation (notamment dans le second volume de la *Démocratie*) sur l'ensemble des médiations qui rendent possible cette conciliation : les institutions politiques, les lois, la religion, l'esprit public, le niveau d'éducation, les sentiments, ce qu'il appelle les « mœurs », sont autant de modérateurs des passions démocratiques, qui n'ont pas leur équivalent en France et en Europe.

Ce faisant, Tocqueville rencontre la société autoréglée, l'« inexistence du politique », l'indépendance et la primauté du social par rapport à l'État, produits d'un véritable « état d'esprit

démocratique », qui est toujours l'armature de la société américaine.

Parmi les éléments qui forment cette armature, et qui jouent le rôle de stabilisateurs de la démocratie, Tocqueville, à côté de la religion, accorde une place considérable à l'institution juridique, comme instrument de régulation. Les titres de ses chapitres sont à cet égard éloquents : « De l'esprit légiste aux États-Unis, et comment il sert de contrepoids à la démocratie » ; « De l'influence des lois sur le maintien de la République démocratique aux États-Unis » ; « De l'idée des droits aux États-Unis » ; « Du respect pour la loi aux États-Unis »...

La puissance du pouvoir judiciaire constitue pour lui l'une des trois causes principales (avec la forme fédérale et les institutions communales) du maintien de la démocratie en Amérique, et de la liberté dans tout régime démocratique [\[16\]](#) . Le droit lui paraît bien, comme les institutions et les « mœurs », à la fois un instrument de régulation de la démocratie et un moyen de renforcer la société civile contre l'État, qu'il appelle de ses vœux pour la démocratie en Europe.

La France est bien entrée dans l'ère démocratique, mais elle n'a pas suffisamment développé les médiations caractéristiques d'une démocratie sociale avancée. La société française est demeurée en proie à la centralisation étatique et aux « passions révolutionnaires », dont le schisme droite/gauche est la plus évidente et indéfectible illustration. Nous nous trouvons cependant aujourd'hui, après une curieuse parenthèse historique de cent cinquante ans, au point précis où Tocqueville conclut sa réflexion : en quête de « lois » et de « mœurs » propres à fortifier

le corps social et à fonder une démocratie autorégulée [17]. S'agit-il alors de transposer le modèle américain en France : évidemment non, pas davantage aujourd'hui qu'hier. « Les mœurs et les lois des Américains ne sont pas les seules qui puissent convenir aux peuples démocratiques ; mais les Américains ont montré qu'il ne faut pas désespérer de régler la démocratie à l'aide des lois et des mœurs », expliquait Tocqueville à ses contemporains [18]. Aujourd'hui encore, l'Amérique, parce qu'elle nous est à la fois très proche et très lointaine, très opaque et très transparente, permet la remise en cause *de l'extérieur* d'un mode d'organisation sociale périmé, sans toutefois que cet « extérieur » nous soit radicalement étranger ni même inaccessible.

Entre la préoccupation de Tocqueville – la viabilité de la démocratie – et la nôtre – celle de ses performances – n'existe qu'une différence de degré : l'évocation de la « pente » de la démocratie centralisée qui figure aux derniers chapitres de la *Démocratie* est plus percutante que le meilleur des pamphlets contemporains contre le tout-État.

Si la France contemporaine ressemble encore trop à celle qui émergeait sous le regard de Tocqueville, peut-être est-ce tout simplement que le programme tocquevillien n'est pas encore achevé...

Notes du chapitre

- [1] ↑ Sur le modèle français de régulation sociale, voir les ouvrages de Michel Crozier, notamment, dans une problématique très proche de la nôtre, *Le phénomène bureaucratique*, Paris, Le Seuil, 1963.
- [2] ↑ F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, vol. 1 : *Règles et ordre*, Paris, PUF, 1980.
- [3] ↑ Cette complexité du système américain transparaît assez bien dans les articles du n° 29 de la revue *Pouvoirs* consacré aux États-Unis, Paris, PUF, 1984.
- [4] ↑ Voir A. Jardin, *Alexis de Tocqueville*, Paris, Hachette, 1984, p. 215-218.
- [5] ↑ R. Michener, « La nostalgie des origines », article lumineux sur les fondements de l'idéologie publique américaine, paru dans le cadre du dossier « Spécial États-Unis », *L'Express* du 28 octobre 1983.
- [6] ↑ Voir, sur le thème de « L'opacité des États-Unis », une série de quatre études parues dans *Le Débat*, n° 30, Paris, Gallimard, mai 1984.
- [7] ↑ Voir, entre autres, Y. Cannac, *Le juste pouvoir*, Paris, J.-C. Lattès, 1983 ; J.-F. Prévost, *Le peuple et son maître*, Paris, Plon, 1983 ; P. Mentré, *Gulliver enchaîné*, Paris, Table ronde, 1983 ; A. Minc, *L'avenir en face*, Paris, Le Seuil, 1984. Pour une vue « américaine » de cette évolution, voir l'article de Stanley Hoffmann, « Mitterrand vs France ? », *The New York Review of Books*, 27 septembre 1984.
- [8] ↑ John Naisbitt, *Megatrends*, Londres, Futura, 1984.
- [9] ↑ Le reaganisme est en réalité associé à un certain reflux du droit ou une réaction contre ses excès, qu'il s'agisse du mouvement de dérégulation ou de certaines libertés prises par l'Administration ou les juges fédéraux nommés par le président Reagan à l'égard du droit constitutionnel progressiste ou du droit international. Voir l'article de Ronald Dworkin, « Reagan's justice », *The New York Review of Books*, 8 novembre 1984 ; Anthony Lewis, « America : Rule of law or of what ? », *International Herald Tribune*, 22 juillet 1984, et chapitre 111, 4 de ce livre.
- [10] ↑ Voir G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983.
- [11] ↑ *Droit communautaire et droit français*, Étude du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 1982, p. 52.
- [12] ↑ Michel Crozier, *Le mal américain*, Paris, Fayard, 1980. Sur l'analyse du juridisme américain en termes de dysfonctions du système bureaucratique d'outre-Atlantique, voir le chapitre intitulé « Le délire de la procédure ». Voir également, dans *Le phénomène bureaucratique*, les quelques pages consacrées au système américain.
- [13] ↑ Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Paris, GF, 1981 (ci-après *Démocratie*). Voir notamment le texte intitulé « Importance de ce qui précède par rapport à l'Europe », vol. I, 2^e partie, chap. IX.
- [14] ↑ F. Furet, « Le système conceptuel de la démocratie en Amérique », préface à la *Démocratie*, Paris, GF, 1981, p. 14.
- [15] ↑ Tocqueville, voir le chapitre intitulé « De quelques causes particulières et

accidentelles qui achèvent de porter un peuple démocratique à centraliser le pouvoir ou qui l'en détournent », *Démocratie*, vol. II, 4^e partie, chap. IV.

[16] ↑ Voir conclusion de la *Démocratie*, II, p. 392.

[17] ↑ Les thèmes de la « société en quête d'institutions » et de la « pauvreté des régulations » affleurent dans Alain Minc, *L'avenir en face*, Paris, Le Seuil, 1984.

[18] ↑ Tocqueville, I, p. 420.

Chapitre II. Cultures juridiques et régulation sociale

A border l'analyse du statut du juridique de part et d'autre de l'Atlantique en termes culturels, sociologiques et idéologiques, relève d'un choix délibéré. Ce choix n'implique pas nécessairement que les différences constatables entre les États-Unis et la France quant au statut du juridique doivent, avant toutes circonstances historiques et politiques, s'expliquer par des facteurs relevant de la sociologie et de la psychologie des nations. Il se justifie principalement parce que des facteurs de ce type paraissent les plus accessibles à l'observation extérieure immédiate : sans leur analyse préalable, les différences plus profondément ancrées qui seront explorées dans les chapitres suivants risqueraient d'apparaître moins significatives qu'elles ne le sont en réalité.

1 - *Lawyers* et énarques

On explique fréquemment la prépondérance des juristes dès les origines de la démocratie américaine par une circonstance sociologique simple : parmi les colons, seuls les juristes venus du Vieux Continent étaient assez lettrés pour pouvoir s'exprimer en public et articuler des discours politiques. Tocqueville notait plus généralement :

« Le gouvernement de la démocratie est favorable à la puissance politique des légistes. Lorsque le riche, le noble et le prince sont exclus du gouvernement, les légistes y arrivent pour ainsi dire de plein droit ; car ils forment alors les seuls hommes éclairés et habiles que le peuple puisse choisir hors de lui. » [\[1\]](#)

En vérité, le droit est à l'origine même de la création des États-Unis. La révolte des colons contre la métropole, premier acte d'un processus qui devait les conduire à l'Indépendance, prit un tour juridique, seul moyen de contester les pouvoirs fiscaux de Londres sur les colonies. Les signataires de la Déclaration d'Indépendance de 1776 sont en majorité des juristes. Par la suite, la construction du fédéralisme américain, instaurant un délicat équilibre, inscrit dans la Constitution, entre les souverainetés étatiques et le pouvoir fédéral, et entre les pouvoirs publics et les libertés des citoyens, devait donner au droit et aux juristes un rôle fondamental d'arbitrage et de

régulation entre les différents pouvoirs. D'où, historiquement, le développement d'une classe politique constituée de juristes, phénomène qui est une donnée permanente de la vie politique américaine.

À cette circonstance historique, s'est ajoutée, pour assurer la prépondérance des juristes, la tradition éducative des *liberal arts*. Héritée de l'Angleterre, cette tradition inscrit, au cœur de l'éducation des classes dominantes de la société, l'étude des arts libéraux, c'est-à-dire des humanités classiques. Ce schéma est demeuré identique dans la formation des élites de l'Amérique moderne. À l'Université, s'effectue l'apprentissage des humanités ou des sciences exactes ; puis, cette formation générale est mise à profit dans les écoles professionnelles. Parmi ces écoles, les *law schools* jouissent d'un prestige particulier, puisqu'elles sont en quelque sorte le couronnement de la *liberal arts education* : espaces d'universalité et de pluridisciplinarité, après une formation mettant déjà en valeur ces deux caractéristiques. C'est que, dans la réalité américaine, le droit imprègne tout, et mène à tout [2]. Les *lawyers* sortis des grandes écoles de droit (Harvard, Yale, Chicago, Stanford...) se retrouvent dans les grands cabinets d'avocats (*law firms*) ou les tribunaux fédéraux qui sont leurs débouchés naturels, mais aussi dans la politique, l'administration, la finance ou l'industrie. Outre les efforts directs de la « conspiration des *lawyers* », image d'Épinal du système juridique américain en France, l'universalité de la formation et l'environnement juridique dans lequel s'exerce toute activité et se prend toute décision aux États-Unis expliquent la diversité des débouchés. Pur produit de la *liberal arts*

education, le *lawyer* idéal, tel qu'il est souvent représenté à sa table de travail ou face à sa bibliothèque dans les tableaux conventionnels, s'apparente à l'« honnête homme » du XVII^e siècle français. Homme de loi, il est aussi souvent homme de lettres, hommes d'affaires ou homme politique ; l'on attend de lui les conseils les plus larges et les plus variés. Peu à peu, l'étendue de leur expérience et la technicité de leurs connaissances valent aux meilleurs d'entre eux de se voir confier le pouvoir de décision lui-même. La profession juridique, l'*establishment* juridique convient-il mieux de dire, jouit donc d'un avantage hiérarchique par rapport aux autres professions qu'elle structure et englobe, tout comme la discipline juridique a tendance à annexer l'ensemble des sciences sociales : histoire, économie, sociologie, voire anthropologie. Il y a d'ailleurs là un exemple intéressant d'influence des hiérarchies sociologiques sur la structuration de l'*epistémé*, qui paraît confirmer la validité de notre point de départ « sociologique ». L'antithèse française réitère, en sens inverse comme on le verra, cette relation entre configuration de l'*epistémé* et hiérarchies socioprofessionnelles.

Outre cette aptitude à l'universalité, qui fait du barreau américain l'un des plus prestigieux du monde, le *lawyer* tire son pouvoir de sa compétence technique, nourrie de la complexité du système juridique américain [3]. Ce système, fruit du compromis fédéraliste, se caractérise par la superposition d'un ordre juridique fédéral, applicable pour certains domaines à l'ensemble des États de l'Union, et d'une multiplicité d'ordres juridiques étatiques, aussi nombreux qu'il existe d'États. Chaque État de l'Union dispose d'un système juridique propre, avec une

Constitution, une législature et un gouverneur autonomes, une hiérarchie juridictionnelle et un corps de droit étatiques. Si un grand nombre de règles juridiques sont communes à plusieurs États, notamment celles héritées de la *common law* anglaise qui forme un troisième corpus de règles autonomes ou, plus récemment, les législations uniformes conçues dans un but de simplification et de codification, le Texas, le Delaware ou la Californie n'en sont pas moins complètement assimilables, du point de vue de l'existence d'un système juridique autonome, aux États-nations du reste du monde.

Au-dessus des 50 constructions juridiques étatiques existe le droit fédéral, qui s'impose à tous les États, et a compétence pour réglementer les domaines d'importance nationale (tel le « commerce entre États », clause de la Constitution interprétée progressivement comme désignant tout échange économique impliquent plus d'un seul État, et tout ce qui s'y rapporte : faillite, concurrence, marchés financiers, droit social, etc.), ainsi que d'autres matières définies par la Constitution. Le Congrès des États-Unis et l'exécutif fédéral sont complétés par un triple niveau de juridiction fédéral (les Cours de District, les Cours d'appel et la Cour suprême des États-Unis) disséminé, à l'exception de la Cour suprême, à l'intérieur des États parallèlement aux juridictions étatiques. Les droits étatiques, comme le droit fédéral, sont subordonnés à la Constitution des États-Unis, loi suprême du pays.

On imagine sans peine les innombrables conflits de compétences et de lois que semblable organisation peut occasionner entre les différents États et entre les deux niveaux fédéral et étatique. En

ce sens, l'origine de la prépondérance des juristes est d'abord *organisationnelle*. Vient coiffer cet édifice le contrôle, très largement ouvert, de la constitutionnalité des lois étatiques et fédérales, sujettes à un risque constant d'invalidation devant les tribunaux judiciaires.

- Un organisme administratif de l'État de Washington peut-il constitutionnellement aider financièrement un étudiant à se préparer à la vocation religieuse ? Une loi du Connecticut empêchant les employeurs d'exiger de leurs employés qu'ils travaillent leur jour de repos religieux hebdomadaire viole-t-elle l'*Establishment Clause* du 1^{er} Amendement de la Constitution ?
- Quels sont les pouvoirs constitutionnels du Congrès sur le statut des juges des tribunaux de faillite ? Le *Federal Reserve Board* peut-il introduire des amendements à la réglementation bancaire permettant aux banques d'offrir des services de traitement de données et de transmission ?
- La Cour suprême de l'Ohio peut-elle, sans violer le 1^{er} Amendement à la Constitution garantissant la liberté d'expression des citoyens, sanctionner un avocat pour avoir publié dans un journal une annonce suggérant aux femmes qu'elles ont pu avoir subi un préjudice du fait de l'utilisation d'un procédé intra-utérin, et offrant les services de son cabinet pour poursuivre le fabricant, en échange d'un pourcentage de la condamnation éventuelle à titre d'honoraires (pratique courante aux États-Unis destinée à ouvrir aux plus démunis l'accès aux tribunaux) ?
- La réglementation fédérale de la publicité des cigarettes, qui

a préséance sur les réglementations des États en ce domaine, fait-elle obstacle à ce que la victime d'un cancer poursuive en justice les fabricants de cigarettes sur la base d'une loi étatique sur la responsabilité du fait des produits (*product liability*) ?

Ces quelques exemples, choisis au hasard, sont représentatifs de la nature des questions, plus complexes qu'il ne paraît, que les tribunaux fédéraux ont quotidiennement à résoudre, sur le fondement d'une interprétation des textes et des principes, voire d'une appréciation d'ordre philosophique qu'il leur revient de porter. Certaines de ces questions ne se posent pas en France, notamment celles qui dérivent de l'organisation fédérale américaine ; un grand nombre d'entre elles, en revanche, sont tout aussi pertinentes, mais nul n'a coutume de se les poser. L'articulation des droits étatique et fédéral permet ainsi une constante intervention du droit constitutionnel dans les affaires privées. La science des *lawyers* s'avère alors indispensable pour démêler cet écheveau juridique, et pour interpréter des législations de plus en plus complexes et techniques. Cette technicité accrue compromet d'ailleurs progressivement, par la spécialisation qu'elle requiert, l'idéal de l'« honnête homme » esquissé précédemment. Tocqueville remarquait déjà l'hermétisme de la science détenue par les *lawyers*, source de leur pouvoir :

« Le légiste français n'est qu'un savant ; mais l'homme de loi anglais ou américain ressemble en quelque sorte aux prêtres de l'Égypte ; comme eux, il est l'unique interprète d'une science occulte. »

Cette complexité est encore accrue par le faible degré de codification du droit américain. Si certains États ont, depuis une époque assez récente, entrepris de codifier certains domaines du droit, une partie importante du système juridique américain se présente dépourvue de toute codification systématique.

L'absence de codification a eu, historiquement, partie liée avec une autre caractéristique des systèmes juridiques anglo-saxons : la règle du précédent. Dans le droit anglais, dont le système américain a largement hérité, la source première du droit est constituée par les décisions des tribunaux, la source législative n'ayant pris une importance significative qu'au ^{xx}^e siècle. C'est l'inverse en France, où la jurisprudence des tribunaux constitue théoriquement, depuis la Révolution, une source secondaire du droit, la loi jouissant de la prééminence. L'esprit de système français a ainsi pu s'exercer très tôt afin de codifier la matière légale, entreprise qui avait moins de sens dans un système reposant sur la diversité et la mutabilité des décisions judiciaires. Il faut néanmoins se garder de confondre les diverses composantes, très succinctement évoquées, de la complexité du système juridique américain, avec les excès qui lui sont si souvent reprochés. Si ces excès peuvent s'alimenter de la complexité du système, celle-ci découle directement de la taille et de l'organisation fédérale des États-Unis, ainsi que, comme on le verra, de traditions juridiques et démocratiques remontant aux origines de l'Union, donc bien antérieures à l'état de saturation atteint aujourd'hui. L'« âge d'or » du droit, aux États-Unis, se situe dans la première moitié du ^{xix}^e siècle, et non pas dans la seconde moitié du ^{xx}^e. Mais le droit a joué historiquement, et

continue de jouer, un rôle majeur dans la cohésion d'un pays immense et de populations hétérogènes et dépourvues de traditions communes.

Interprètes d'une science occulte, les *lawyers* ont un pouvoir à la mesure du rôle du droit dans la vie politique, économique et sociale américaine. « Il n'est presque pas de question politique, aux États-Unis, qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire », remarquait déjà Tocqueville il y a tout juste cent cinquante ans [4]. Les grandes étapes de l'histoire des États-Unis ont souvent été le résultat de batailles juridiques, jalonnées de décisions de la Cour suprême. La question de l'esclavage, source de conflit entre la Fédération et les États, puis de la guerre civile, a été résolue par le droit, et par des amendements à la Constitution. Le problème racial, qui lui a succédé, a été traité, avant le vote durement conquis du *Civil Rights Act* en 1964, presque exclusivement par la Cour suprême : c'est elle qui impose la formule « égaux mais séparés » à la fin du siècle dernier, avant d'interdire enfin la ségrégation scolaire par une série de décisions du milieu des années 1950.

En matière économique, le principal instrument de régulation est d'abord le droit *antitrust*. Puis vient le *New Deal* et un droit d'un type nouveau, très complexé et à dominante réglementaire. C'est alors le fameux conflit entre Roosevelt et la Cour suprême conservatrice, qui défend, au nom de la Constitution, l'ancienne conception libérale de l'économie et de la règle de droit. Peine perdue, l'âge de la régulation est irréversible et c'est le début de la « seconde République des États-Unis » [5], qui finit d'assurer l'emprise du droit sur la société américaine. Après la

« conversion » de la Cour suprême, le *Welfare State* américain devient pour une large part l'œuvre du judiciaire.

Dans les années 1960, le combat pour les *civils rights* (droits civiques) et la réforme sociale sont menés, victorieusement, sur le terrain juridique. Le *Civil Rights Act* interdit toute discrimination fondée sur la race, la religion, le sexe et l'âge entre les individus. Une pléthore de lois et de règlements antidiscriminatoires diffusent ces principes dans tous les domaines de la vie sociale, tandis que le mécanisme de l'*affirmative action* vient en pousser la logique jusqu'au bout, en tentant de corriger rétroactivement, par des mesures positives, le lourd héritage de la discrimination.

Le mouvement consumériste et le développement de la responsabilité du fait des produits sont nés aux États-Unis, sous l'impulsion, notamment, de Ralph Nader et de ses spectaculaires procès.

Tout récemment, en juin 1983, un arrêt de la Cour suprême, rendu à l'occasion d'une affaire d'expulsion d'un ressortissant étranger, déclarait inconstitutionnelle la pratique déjà cinquantenaire du « veto législatif », par laquelle le Congrès se réservait un droit de contrôle sur les mesures prises par l'exécutif en vertu de délégations de pouvoirs. Décision modifiant sensiblement le fonctionnement des pouvoirs publics et mettant en cause la validité d'un très grand nombre de lois.

Enfin, les deux grandes décisions de « politique industrielle » de la première présidence Reagan ont été des décisions juridiques, voire judiciaires : transaction entre le Département de la Justice et AT&T, le géant du téléphone, bouleversant le marché

américain des télécommunications et ouvrant à AT&T les nouveaux marchés de la télématique à l'échelle mondiale ; fin du procès *antitrust* contre IBM, libérant le géant mondial de l'informatique de l'une des plus lourdes procédures de l'histoire des États-Unis.

La déréglementation (*deregulation*), comme la réglementation qu'elle veut réduire, est un processus éminemment juridique. De manière générale, le processus s'auto-alimente : les solutions juridiques apportées à des problèmes anciens, telles le *busing* pour la ségrégation scolaire et l'*affirmative action* pour la discrimination, suscitent aujourd'hui de nouveaux problèmes, posés eux aussi en termes juridiques, naturellement [\[6\]](#) . Il en est de même à l'heure actuelle pour l'avortement.

Dans le domaine des relations économiques internationales, la place centrale des États-Unis, notamment de New York en matière financière, installe les grandes *law firms* de Wall Street, de Washington ou de Californie aux avant-postes des accords transnationaux de transfert technologique, des négociations sur le rééchelonnement de la dette des pays en voie de développement avec les banques internationales, des projets de restructuration industrielle sectoriels ou nationaux, ou des grandes batailles juridico-financières pour le contrôle d'empires industriels. Ces grands cabinets juridiques, qui regroupent souvent plus d'une centaine de *lawyers* et dont certains sont présents aux quatre coins du monde, sont, aux États-Unis, l'aristocratie du droit, les puissants artisans de l'autorégulation. Hors des États-Unis, les *lawyers* américains sont, compte tenu notamment du rôle croissant joué par les États dans l'économie

mondiale, les interlocuteurs privilégiés de ceux qui, dans d'autres pays, exercent le pouvoir et sont aux commandes de l'économie. Ainsi dans des contentieux internationaux récents, tels l'affaire du gazoduc eurosibérien, le gel des avoirs iraniens dans les banques internationales et autres litiges nés de la révolution iranienne, ou pour la négociation de grands contrats transnationaux [7].

Car nulle part ailleurs les juristes ne sont investis de responsabilités similaires à celles des *lawyers* américains. Tout autres sont ainsi la sociologie juridique en France et le domaine réservé au droit dans la tradition française. Il n'existe tout d'abord pas d'*establishment juridique* à proprement parler. Les professions juridiques recouvrent une diversité de fonctions et de statuts étanches (avocats, juges judiciaires et administratifs, notaires, conseils juridiques, hauts fonctionnaires) qui empêche toute conscience d'appartenir à une profession, ou mieux à un corps, à une classe professionnelle unique. Il n'existe pas non plus de « grande école » de droit en France. Les grandes *law schools* américaines ont pour équivalent nos grandes écoles d'État, qui produisent des hauts fonctionnaires là où les États-Unis fabriquent des juristes.

La correspondance avec l'École nationale d'Administration est sans doute la plus pertinente, non pas tant en raison de l'importante composante juridique des études dans cette école, mais surtout en raison du parallèle qu'elle permet de tracer entre ces deux sociétés de généralistes que sont l'*establishment* juridique américain et la haute fonction publique française.

L'énarque n'a-t-il d'ailleurs pas pris la place qu'occupaient dans

l'appareil d'État les grands avocats et les intellectuels sous la III^e République ? Outre qu'elles attirent les élites de leurs pays respectifs, ces deux catégories socioprofessionnelles exercent des rôles similaires de part et d'autre de l'Atlantique. Face à l'énarque, maître d'œuvre de la régulation globale de la société et contrôleur des services publics, le *lawyer*, ouvrier de la grande mécanique autorégulatrice... [8] .

Nombre de domaines réservés à l'Administration en France, en raison de l'étatisation de l'économie et de la société, sont normalement du ressort des *lawyers* aux États-Unis : exercice libéral de l'autorégulation sociale, carrières politiques, mais aussi direction ou réglementation des équivalents privés des grands services publics français. L'« équivalence » des deux catégories socioprofessionnelles est d'ailleurs confirmée par l'« effet d'éviction » qu'elles exercent l'une sur l'autre dans les deux pays. Aux États-Unis, le prestige et l'attrait de la profession de *lawyer* a un effet direct sur le recrutement dans la fonction publique, concurrent moins prestigieux dans la tradition libérale américaine. L'appel à des fonctions publiques vient comme la récompense d'une carrière privée couronnée de succès. La conception américaine du professionnalisme et des rapports entre le public et le privé, dépourvue de toute religion du politique, permet en effet le passage de l'un à l'autre et place paradoxalement la fonction publique au sommet d'une carrière privée. Comment pourrait-on en effet, dans la conception américaine, se charger des affaires publiques si l'on n'a préalablement fait ses preuves dans la conduite plus modeste d'affaires privées ? En France, le prestige de l'État, l'attrait du

pouvoir, le souci de la sécurité et le système des grandes écoles s'allient pour attirer une partie de ceux qui seraient, aux États-Unis, devenus des juristes, dans le giron de l'État. D'où une haute fonction publique de grande qualité et l'absence d'une classe juridique homogène, structurée, et consciente de sa mission spécifique.

Cette marginalisation du droit dans le processus de recrutement des élites se répercute dans le rapport qu'entretient le droit avec les autres domaines du savoir en France. Pas vraiment accepté au rang des sciences sociales, dont il relève pourtant au meilleur titre, parent pauvre de la philosophie au chapitre de la philosophie du droit, le droit oscille entre le statut de discipline scientifique, cantonnée dans un prestige purement académique, et celui de simple technique prosaïque, dès lors qu'il s'aventure dans la pratique. Il est très significatif de constater la quasi-inexistence en France d'une discipline équivalente à la *legal history* américaine, c'est-à-dire non pas une histoire ou une sociologie du droit, mais une « histoire juridique » de la France, une lecture juridique de son développement politique, économique et social, qui est aussi philosophie du droit [\[9\]](#). Aussi bien la dimension critique essentielle à la philosophie juridique américaine, qui analyse la réalité sociale reflétée ou façonnée par le contenu du droit, fait-elle largement défaut en France, où l'enseignement du droit est particulièrement statique et descriptif et où les facultés de droit ont traditionnellement été des bastions de conservatisme politique et social. Le rôle joué par le droit aux États-Unis, comme discipline structurante vis-à-vis des autres sciences sociales semble rempli en France par un

certain « macro-économisme », scientifique et théorisant, qui imprègne le discours technocratique.

Le rôle traditionnellement dévolu aux professions juridiques, tout au moins dans l'image qu'en a le public, est en général peu prestigieux. Qui dit droit en France évoque souvent le notaire rédigeant une transaction immobilière, l'avocat plaidant un litige matrimonial ou un dossier pénal, l'huissier effectuant une saisie. Procédure, formalisme, paperasserie, contentieux : tel est l'environnement traditionnel du juriste français, rédacteur d'acte, conservateur en chef d'une réalité qui lui échappe, à l'image du notaire apparaissant au dénouement des comédies de Molière. Qui dit justice pense essentiellement au domaine pénal, conformément à l'obsession « sécuritaire » des Français, aux procès d'assises de la télévision, à la criminalité et aux affaires troubles qui passionnent l'opinion, où justice rime, de manière préoccupante, avec police.

Nulle part ailleurs la soumission du juridique à d'autres instances hiérarchiques n'apparaît plus clairement qu'au sein de l'entreprise, dans la vie économique. La fonction juridique, si importante aux États-Unis, s'y trouve le plus souvent reléguée en annexe des directions administratives ou financières, hiérarchiquement subordonnée à toutes les instances de décision économiques et commerciales, voire complètement marginalisée. Dans les conseils d'administration, le juriste d'entreprise à la française est celui qui docilement se tait, consulté seulement *in fine* pour confirmer que les décisions prises sont conformes au droit et pour les mettre « en forme juridique ». Cette dichotomie entre la « forme », sorte de langage magique détenu par les

juristes, et le « fond », c'est-à-dire les importantes décisions prises par les autres hors de toutes considérations juridiques, est profondément illusoire comme est injustifiée la hiérarchisation des fonctions qu'elle est censée légitimer. Il est en réalité impossible, dans une grande entreprise moderne, d'isoler les grandes décisions qui font la politique de l'entreprise de l'environnement juridique dans lequel elles doivent être prises, qui ne relève en rien de l'ordre de la forme.

Bien souvent, des considérations juridiques obligent à remettre en cause un projet ou à en modifier profondément l'architecture. C'est la raison pour laquelle les directions des entreprises américaines associent les juristes à leurs décisions dès les premiers stades de leur conception. En n'accordant au droit qu'une très faible priorité, les entreprises françaises s'exposent parfois à des modifications de programme *in extremis*, à des contentieux inattendus, ou, dans l'arène internationale, à un déséquilibre des forces. Car l'obtention d'un avantage ou de l'égalité économique, la protection de la technologie et de la recherche passent aussi par de bons conseils et de bons contrats. Quant à la « mise en forme juridique » des décisions, elle est loin de se réduire à un exercice de rédaction purement formel. Le rôle réel du juriste est d'éclairer les parties sur leurs intentions réelles, de mettre en lumière des problèmes insoupçonnés, de proposer des options alternatives ; la rédaction elle-même, par la rigueur et le sens du détail qu'elle requiert, suscite de nouveaux problèmes de fond, qui seront résolus en commun.

Aujourd'hui encore, peu d'entreprises françaises, même parmi les grands groupes multinationaux, ont pris pleinement

conscience de l'importance et de la spécificité de la fonction juridique. Très rares sont celles qui comptent en leur sein un personnage aussi puissant que le *general counsel* américain. Le contact avec la réalité internationale les y conduit cependant peu à peu.

Dans les cabinets spécialisés, la complexité croissante et l'internationalisation de la vie économique ont fait évoluer le rôle du juriste français en cette matière. La conception américaine du juriste-conseiller des acteurs économiques et sociaux, participant aux négociations, anticipant les conflits, gagne un peu de terrain [\[10\]](#).

Fondamentalement, néanmoins, le rôle des juristes en France est limité par la « préemption » exercée par l'État sur d'immenses plages de la vie sociale, soustraites de ce fait à leur activité. Un très grand nombre de domaines confiés outre-Atlantique à des juristes sont investis en France par des hauts fonctionnaires généralistes, dépourvus de compétence juridique spécifique : choix logique, dans une société dont le droit n'est pas le régulateur principal. La pertinence de l'approche sociologique se confirme ici : la question de la « définition » du droit renvoie partiellement à celle de l'activité des juristes. Aux États-Unis, les juristes exercent des fonctions (négociation, activité législative et réglementaire) qui échoient en France à d'autres catégories socioprofessionnelles (hommes d'affaires, hauts fonctionnaires, hommes politiques) ; de ce côté-ci de l'Atlantique, en revanche, ce sont ces catégories qui se livrent souvent à une activité de juriste, parfois sans le savoir. D'où une définition particulièrement large du droit aux États-Unis, et particulièrement restreinte en France.

Par élimination, les domaines réservés exclusivement aux professions juridiques traditionnelles recouvrent en France les affaires purement privées, touchant à la personne (droit de la famille, droit pénal) ou au patrimoine (régime de la propriété, contrats, droit commercial). Certes, la séparation des domaines relevant du droit public et de ceux relevant du droit privé n'est pas aussi tranchée : on peut même constater une interaction croissante entre ces deux branches du droit et l'expansion d'une zone intermédiaire, notamment dans le domaine économique, où éléments de droit public et privé fusionnent en une matière particulièrement complexe. Mais cette matière fait alors intervenir, en concurrence avec les professions juridiques traditionnelles, sinon à leur place, les juridictions administratives (dont la spécificité est examinée au chapitre IV), l'Administration elle-même, voire, en dernier ressort, le pouvoir politique. N'a-t-on pas vu dans le droit économique l'antithèse du modèle juridique libéral ?

Encore la sphère des relations purement privées n'échoit-elle pas complètement au juriste, dans la mesure où une partie de ces relations ne relève pas, en France, du juridique proprement dit, mais d'autres comportements culturels : négociation, conciliation, règles sociales non écrites, traditions, coutumes, et autres phénomènes de « non-droit ».

2 - Deux cultures juridiques

Sous-jacente à l'ensemble des facteurs sociologiques et institutionnels qui viennent d'être évoqués, est une différence d'ordre culturel dans l'attitude nationale à l'égard de l'institution juridique de part et d'autre de l'Atlantique. Alors que les Américains, héritiers directs du légalisme anglo-saxon et du puritanisme religieux des pionniers, ont pour le droit, sinon toujours pour leurs *lawyers*, un respect immodéré, les Français ont envers le droit une attitude beaucoup plus ambivalente. S'ils invoquent et redoutent le droit et la justice dans la sphère privée des intérêts patrimoniaux et personnels et pour préserver leur sécurité, leurs statuts et leurs « droits acquis », les Français ne croient pas vraiment, par tradition historique, à la pertinence du droit pour la résolution des grands conflits politiques, économiques ou sociaux qui traversent la vie nationale, et la société manifeste une relative permissivité à l'égard du non-respect de la règle de droit. L'attitude française à l'égard du droit est souvent faite d'un mélange de cynisme et de désinvolture. « La raison du plus fort est toujours la meilleure », telle paraît être, en politique, son ultime maxime. Les Français, de par leurs racines latines vraisemblablement, sont avant tout sensibles aux rapports de forces sous-jacents à tel cadre juridique. D'où une attention quasi exclusive au pouvoir, politique ou économique, plutôt qu'au droit, qui n'est que l'habillage ou le résultat de rapports de pouvoir.

Dans une société comme la société française où les rapports de pouvoir sont exacerbés dans tous les domaines et automatiquement ramenés au schisme droite/gauche, la question du droit est tout simplement évacuée. Tandis que le moindre conflit se trouve immédiatement politisé, rares sont ceux qui se préoccupent sérieusement de la constitutionnalité ou de la légalité des mesures affectant les grands intérêts du pays. La question paraît souvent impertinente et les organes chargés de poser la question du droit dans la sphère politique – Conseil d'État et Conseil constitutionnel – n'échappent pas eux-mêmes à la politisation des critiques suscitées par leurs décisions juridiques. Au fond, les Français ne prennent pas le droit au sérieux, et ceci résulte d'une certaine conception des rapports entre le juridique et le politique, et d'une indiscutable prééminence de l'État par rapport au droit, qu'on explorera dans les chapitres suivants. Contrairement à un mythe profondément ancré dans l'image qu'elle a d'elle-même, la France, qu'elle le veuille ou non, *n'est pas un pays très juridique*.

Comment expliquer cette carence du droit dans un pays dit « de droit écrit », dont la tradition juridique remonte directement au droit romain, qui a fait la Révolution au nom des droits de l'homme, qui a rédigé le Code civil, avant de le propager dans l'Europe entière ? Par quel paradoxe une nation pourvue d'une tradition juridique si ancienne et si prestigieuse, qui a systématisé des théories aussi fécondes que celles des obligations ou de la responsabilité civile, accorde-t-elle si peu de place au droit et si peu de pouvoir à ses juristes ? La réponse appartient à l'Histoire et à l'issue de la rivalité du juridique et du politique en

France. Sont en cause non pas les éléments intrinsèques du savoir et de l'organisation juridiques, mais les hiérarchies sociopolitiques globales, que les juristes eux-mêmes acceptent en définitive avec une relative docilité. Mais la réduction de l'influence juridique française dans le monde constatable depuis la fin du XIX^e siècle tend à prouver qu'un système juridique trop confiné dans la théorie et l'académisme, trop exclu des enjeux de pouvoir de la société et des besoins pratiques de l'économie mondiale, perd de sa vitalité et de son universalité. L'influence croissante du système juridique anglo-américain, plus flexible et plus précis, dans les relations internationales suit ainsi naturellement les avancées de l'« impérialisme » économique et culturel américain.

La mythologie américaine de la *rule of law* est directement issue du légalisme et du puritanisme anglo-saxons, comme la fascination française pour le pouvoir l'est du vieux fonds latin. Le respect du droit est avant tout une forme du moralisme et de l'idéalisme américains, et va de pair, comme l'avait bien vu Tocqueville, avec le respect de la religion. La règle de droit est certes plus proche de la règle morale dans l'univers américain, où la Constitution, document philosophique et politique, reste la source suprême du droit. Interrogés en 1983, à l'occasion du dixième anniversaire de l'affaire du Watergate, sur la signification ultime de cet événement, les Américains y ont vu en majorité la preuve que le Président lui-même n'est pas au-dessus de la loi.

La pratique du droit en France au sein d'un environnement culturel et professionnel américain permet d'observer comme à

la loupe cette différence d'attitude à l'égard de l'institution juridique. Les grandes sociétés américaines, mais souvent d'autres nationalités également, qui exercent une activité en France, entendent se conformer rigoureusement à la législation et à la réglementation en vigueur, conformément à leur devoir et à leur intérêt. Les moyens qu'elles sont prêtes à allouer à la prestation de services juridiques leur permet d'obtenir des consultations, des exposés et des analyses du droit français d'un niveau de sophistication qui peut tourner à l'académisme pur, lorsque les règles de droit objet de l'analyse sont manifestement inappliquées, voire inconnues de la majorité de ceux qu'elles sont censées régir, ou lorsqu'elles sont remplacées par d'autres types de comportements (négociation, transaction hors de tout cadre légal, ou vide juridique). Quels que soient les usages locaux, ces grandes entreprises veulent néanmoins connaître et observer toutes les règles applicables, pouvoir évaluer tous les risques : aussi les juristes auxquels elles s'adressent vivent-ils parfois dans un monde idéal et doivent-ils posséder un goût certain de l'esthétisme...

Ces entreprises attendent alors en retour une égale considération pour le droit de la part de leurs interlocuteurs, qu'il s'agisse des pouvoirs publics dont elles attendent telle autorisation, ou d'une autre entreprise avec laquelle elles se sont engagées à traiter.

C'est alors que la dimension interculturelle de l'activité du juriste international s'affirme : non seulement pour mettre au fait les investisseurs étrangers du formalisme de notre droit des sociétés ou de certaines rigidités excessives de notre droit du travail [\[11\]](#), mais surtout lorsqu'il s'agit d'expliquer que d'autres

comportements culturels, d'autres impératifs peuvent entrer en concurrence avec la stricte observance de la règle de droit.

Impératifs politiques ou économiques : la recherche d'une « solution nationale » préalablement à l'autorisation d'un investissement étranger, le refus d'autoriser un licenciement « sensible »... ; autres types de comportement : la négociation, le compromis, l'« oubli » du droit... En un mot, la *French way of doing business*.

Si la révérence américaine pour le droit a partie liée avec la vertu, on aurait tort cependant de n'y voir qu'une manifestation de l'angélisme et de la naïveté des Américains. C'est que la conception américaine du droit est celle d'un processus dynamique, en rapport dialectique avec le Politique. Le droit est très loin d'être considéré aux États-Unis comme un processus a-politique et anhistorique. Bien au contraire, comme on l'a noté, la discipline juridique englobe et se nourrit de toutes les autres, et les implications économiques, politiques ou sociales de toute question juridique sont perçues aux États-Unis avec bien davantage d'acuité et de finesse qu'ailleurs.

Dans les années 1920-1930, un puissant courant doctrinal, connu sous le nom de *Legal Realism* (« réalisme juridique ») vint, sous l'impulsion du grand juriste Oliver Wendell Holmes [\[12\]](#), renverser la représentation « idéaliste » et formaliste du droit qui prévalait antérieurement dans les facultés et chez les juges américains. Issue du droit naturel, cette représentation (intitulée *Legal Formalism*) faisait du droit une science pure, un corps cohérent de doctrines, une matière académique respectable, à l'instar des doctrines du droit civil français, existant à l'abri de

l'évolution des valeurs politiques, économiques et culturelles de la société. Le *Legal Realism* réintroduit ces valeurs dans l'analyse, l'enseignement et la pratique du droit et en transforme définitivement les caractères : la logique fait place à l'imprévisibilité, la relativité succède à la « vérité scientifique », la pseudo-clarté des règles ne masque plus la diversité des interprétations et des argumentations possibles.

Nul ne conteste plus aujourd'hui aux États-Unis les fondements et les acquis du « réalisme juridique ». Un nouveau courant doctrinal, connu sous le nom de *Law and Economics*, conçoit le droit comme une ingénierie sociale et analyse les décisions juridiques au regard de leurs effets sur le fonctionnement du marché [13]. Plus significatif, le mouvement radical (au sens américain) des *Critical Legal Studies*, de plus en plus influent à Harvard et représentatif d'une nouvelle philosophie juridique américaine, pousse le réalisme à l'extrême. Manifestement inspirés par le marxisme, la sémiotique et le structuralisme européens, donc en retard sur nous d'une bonne dizaine d'années [14], ces radicaux hyperréalistes ont entrepris une déconstruction du droit, plus ou moins convaincante, destinée à montrer que « tout est politique » et, ultimement, pour les plus extrêmes, à saper les fondements mêmes du consensus social américain [15]. L'aboutissement de cette démarche peut être soit l'évacuation du juridique comme mode d'expression du politique, un peu à la manière française (c'est-à-dire un hyperréalisme du politique, inacceptable même pour un juriste « réaliste ») ; soit, au contraire, et plus probablement, une inclusion encore plus complète du politique dans le juridique,

c'est-à-dire une poursuite encore plus exacerbée de la réflexion et de la lutte politiques sur le terrain juridique.

Car, dans la tradition américaine, le droit encadre la politique, et véhicule toutes les revendications de la société, dans un univers où c'est elle, et non l'État, qui est le moteur du changement. Le droit est, aux États-Unis, non seulement un instrument de conservation, comme partout ailleurs, mais aussi, ce qui est plus rare, un formidable instrument de changement social.

Tocqueville, qui avait justement situé « au banc des avocats et sur le siège des juges » l'aristocratie de l'Amérique, modératrice des excès de la démocratie, avait-il imaginé que le droit serait néanmoins le moteur de la démocratie américaine, c'est-à-dire d'une démocratie intrinsèquement *modérée* ? Adaptée à l'étendue illimitée des domaines qui relèvent de lui, la flexibilité du système juridique américain permet l'accomplissement de cette mission générale.

3 - Droit, flexibilité, rigidités

Il existe en effet une relation directe entre les caractéristiques des systèmes juridiques de part et d'autre de l'Atlantique, et la flexibilité de la société américaine d'une part, les rigidités de la société française, de l'autre. Le contraste entre une société ouverte et une société bloquée se trouve d'abord inscrit dans le droit.

Principal instrument de l'autorégulation, le système juridique américain est largement orienté vers la souplesse, en contraste avec le système juridique français, fortement marqué par une certaine raideur. Ce contraste dans le droit entre rigidité et flexibilité, immobilisme et innovation, crucial pour la capacité d'adaptation des sociétés et la formation des nouvelles hiérarchies mondiales, peut être utilement exploré, à travers un détour, moins technique qu'il ne paraît, par les philosophies légales et jurisprudentielles et les méthodes d'enseignement en vigueur de part et d'autre de l'Atlantique.

À travers les illustrations que fournissent l'enseignement du droit et le statut de la jurisprudence des tribunaux, ce sont deux philosophies radicalement différentes de la règle de droit et de l'herméneutique juridique qui sont en jeu. L'une a directement partie liée avec la souplesse et l'innovation, l'autre avec la rigidité et l'immobilisme.

On pourrait résumer la philosophie française de la loi par la maxime (exactement contraire, d'ailleurs, à la règle

fondamentale du droit pénal) : « Tout ce qui n'est pas expressément permis ou prévu par la loi est présumé interdit. » C'est la philosophie de la régulation étatique globale, qui prétend tout régir, tout contrôler. On ne s'étonnera pas, dans ces conditions, que la source première du droit français soit la loi, abstraite et générale, et non la jurisprudence éparse des tribunaux, le règlement impératif, et non le contrat à l'effet relatif. Paradoxalement, le principe fondamental de l'autonomie de la volonté, auquel les rédacteurs du Code civil, sous l'influence des doctrines individualistes, accordaient un rôle primordial pour la formation des obligations juridiques, constituait, à l'aube du XIX^e siècle, le fondement tout trouvé de la société contractuelle en France. En réalité, ce principe, déjà relatif à l'époque du Code civil, a été largement érodé par la socialisation du droit et le développement de la notion d'ordre public.

La règle de droit est formulée en France en termes très généraux, destinés à englober une multiplicité de situations de fait. L'usage qu'en fait le juge ou l'Administration, chargés de l'interpréter ou de l'appliquer, renforce cette tendance. Dès qu'une situation de fait neuve se présente, l'herméneutique juridique française s'efforce de la coiffer par une règle préexistante, grâce au présupposé implicite que la règle générale a entendu couvrir cette situation particulière. Si, par exemple, l'Administration édicte une interdiction par voie de règlement formulé en termes généraux, une situation de fait ne tombant pas exactement dans les critères de la réglementation, mais aboutissant au même résultat, sera presque inmanquablement réputée interdite. On aperçoit sans peine les blocages et l'immobilisme auxquels

conduit une telle méthode d'interprétation : toute initiative de la société civile se trouve immédiatement happée par la réglementation, verrouillée sans aucune échappatoire. Voilà qui suffirait à stériliser à jamais toute velléité d'innovation. Lorsqu'il n'existe aucun texte auquel se rattacher, on légifère ou réglemente, la nature française ayant, paradoxalement, horreur du vide juridique.

Toute autre est la philosophie américaine de la règle de droit, qu'on pourrait baptiser philosophie du *loophole* (littéralement « lacune » dans la législation) : tout ce qui n'est pas expressément prohibé est permis. Philosophie libérale et ouverte qui n'est pas pour surprendre dans un pays où l'initiative revient à la société, la réglementation n'intervenant qu'après coup et uniquement pour ratifier ou contrer un développement de la société.

Il est rare, aux États-Unis, qu'on légifère ou réglemente *a priori* afin d'imposer à la société, de manière impérative et générale, des comportements jugés désirables dans l'intérêt commun. Le législateur américain fait en général confiance aux acteurs eux-mêmes pour déterminer ce qui est conforme à leur intérêt, et à la « main invisible » pour faire coïncider ces comportements avec l'intérêt commun. Il n'intervient que pour prohiber des comportements jugés indésirables et pour rétablir l'équilibre, en protégeant les intérêts des plus faibles et des minoritaires. Pour le reste, la société est libre de contracter en son sein les droits et les obligations qu'elle souhaite. Ce qui redonne tout son sens au mot de Giraudoux, selon lequel le droit est la meilleure école de l'imagination.

La formulation américaine de la règle de droit est en général

excessivement précise, minutieuse, détaillée. Ces caractéristiques, qui surprennent parfois les juristes français, proviennent de cette règle d'interprétation qui veut que rien ne soit présumé, donc laissé au hasard. Si une situation de fait n'a pas été prévue, elle échappe au droit, au moins temporairement, et peut devenir une arme entre les mains de celui qui l'invoque. Le droit américain comporte également des dispositions très générales, et non des moindres, puisque la Constitution et la législation *antitrust* entrent dans cette catégorie. Mais l'interprétation de ces textes donne alors lieu à une jurisprudence très détaillée et nuancée, sans laquelle ces règles générales n'ont aucun sens ; ce qui d'ailleurs accroît considérablement le pouvoir des juges. C'est dans ce contexte que l'argumentation à partir des faits, l'art des distinctions entre les situations, la créativité juridique et autres vertus du juriste anglo-saxon prennent leur sens : elles visent à faire échapper à la réglementation des situations de fait qui n'y ont pas été envisagées, voire à créer une situation suffisamment différente pour qu'elle n'entre pas dans le champ de la réglementation. On sait assez la fortune de cette démarche en matière d'évasion fiscale « légale ». Mais son domaine d'application est beaucoup plus large. À l'heure actuelle, la déréglementation bancaire entamée *de facto* depuis quelques années aux États-Unis se poursuit grâce à la découverte de *loopholes* dans la législation des États, sans intervention du droit fédéral. De manière plus générale, les acteurs économiques réagissent instantanément aux développements réglementaires : l'essor du marché des euro-obligations au début des années 1960 fût ainsi une

retombée de la législation fiscale américaine.

Des innovations aussi étroitement associées au dynamisme de l'économie américaine que le capital-risque (*venture capital*) et autres modes d'ingénierie financière ont vu le jour à l'initiative de la société civile, grâce à la flexibilité du système juridique et fiscal américain. Il faut à l'État en France plusieurs années pour élaborer un cadre juridique permettant de les mettre en œuvre. Bien que par ailleurs tributaire d'une méthodologie générale d'acquisition des connaissances, à la raideur bien connue, l'enseignement du droit en France offre matière à illustration de cette différence de philosophie. L'enseignement délivré par les facultés de droit, comme celui de nombreuses autres facultés en France, s'organise autour de cours magistraux. Dans la discipline juridique, cette méthode conduit le professeur de droit à « réitérer » le droit déjà organisé, dans la tradition cartésienne, en codes, traités ou manuels. Historiquement, l'idéologie de la codification et l'organisation napoléonienne de l'enseignement juridique ont conduit, tout au long du siècle dernier, à réduire au minimum l'étude de l'histoire et de la philosophie du droit, au profit de celle du Code érigé en dogme. L'optique implicite est donc celle, restreinte, du juge français, c'est-à-dire de celui qui applique ou qui *dit* (ou répète) le droit en le *fixant* et en l'ordonnant. Cette perspective de clarification et de fixation du droit s'explique d'ailleurs fort bien, eu égard aux domaines relevant au premier chef du droit en France : les relations privées, commerciales, patrimoniales ou personnelles. Il est clair que dans ces domaines, notamment dans la vie des affaires, la sécurité juridique est un impératif absolu. Une certaine rigidité

du droit s'impose donc et l'enseignement du droit la parfait en clarifiant, ordonnant et précisant la matière fixe qu'il se donne pour mission de transmettre. L'incertitude juridique et la confusion sont, dans cette optique, le mal absolu, les attributs du mauvais juge et du mauvais juriste. Mais la perspective du législateur, de l'avocat ou du juge créateurs de droit, c'est-à-dire l'étude du droit *de lege ferenda*, est très largement inexistante. Toute autre est la pratique américaine de l'enseignement du droit. À la méthode des cours magistraux, s'oppose ou s'ajoute la méthode dite socratique, ou « méthode des cas », inventée dans les *law schools* américaines. Cette technique pédagogique consiste, à partir de cas concrets, à questionner le droit à l'infini jusqu'à l'aporie, dans la tradition léguée par Socrate. Le contenu des principes juridiques en cause est supposé connu avant le début du cours, consacré à la mise en question continue et parfois virtuose de la matière juridique appliquée à des situations concrètes, pour en manifester les incohérences ou les prémisses et, plus fondamentalement, pour mettre en lumière la manière dont les faits *résistent* au droit et le confondent. La fin de telles expériences pédagogiques n'est pas la clarté illuminatrice, mais bien la confusion et le scepticisme formateurs, dans la plus pure tradition renaissante. À l'évidence, on ignore toujours, au terme de l'expérience, *l'exact état du droit*. Choc encore plus important pour un juriste français, l'idée que la question a peu d'intérêt dans la perspective américaine, se profile peu à peu. Le professeur américain ne dit pas le droit, il le démonte ; ce n'est pas le point de vue restrictif du juge à la française, mais celui de ce quasi-législateur qu'est le juge

américain, en charge du changement, qu'il adopte.

La différence dépasse largement les enjeux de méthode pédagogique. C'est toute une conception du rôle du juriste, pourvoyeur de flexibilité, et du droit, instrument de changement dans la société, qui s'y reflète. Le juriste accompli, dans la tradition anglo-saxonne, est celui qui sait jouer avec le droit, l'utiliser ou se servir de ses lacunes pour faire triompher sa cause, et surtout faire le lien entre un problème concret et des enjeux philosophiques. Ce n'est pas tant l'état du droit existant qui importe, que la manière dont il est possible de le modifier, de l'ouvrir. Seuls les faits comptent vraiment, et la créativité des *lawyers*. Ce système est largement orienté vers la souplesse et la mobilité, vertus indispensables dans une société qui baigne tout entière dans le droit, tout en étant l'une des plus dynamiques du monde. Ces qualités sont en fin de compte également celles des grands avocats français, à ceci près que l'enseignement du droit ne les y prépare pas et que leur créativité est singulièrement bridée par la rigidité du droit et la relative pauvreté des occasions de l'exercer. Les Américains s'étonnent toujours des prodiges supposés de la codification à la française : comment est-il possible qu'un code, si détaillé soit-il, ait embrassé la totalité des situations de fait, dans leur infinie diversité ? Ils ignorent que l'esprit juridique français a horreur des faits, par nature rebelles, et s'efforce de les ranger dans les catégories fixes de ce qu'il appelle « le droit ». Le Code civil était œuvre de praticiens du droit, synthèse de génie de plusieurs siècles de jurisprudence et d'expérience : la rigidité qui lui est souvent attribuée est en réalité imputable à la dévotion que lui ont manifesté des

générations de juristes français, contre l'attente de ses auteurs. Si les sources historiques du droit américain sont claires, les caractéristiques de la philosophie juridique qui vient d'être évoquée pourraient avoir des affinités intellectuelles plus lointaines. L'influence des modes de pensée religieux ou liés à l'interprétation des textes saints sur le droit en général est sensible, et ferait à elle seule l'objet d'un bien bel ouvrage. Ainsi, l'influence possible de la relecture protestante de l'Ancien Testament sur le droit américain, peu explorée à notre connaissance, offre une hypothèse de travail des plus fécondes. Les méthodes américaines d'interprétation et de raisonnement juridiques paraissent souvent plus proches de l'exégèse biblique, comme corps de pensée structuré et rigoureux, comme instance de questionnement et de discussion infiniment ouverts à partir des textes saints, que de la dialectique socratique [\[16\]](#).

Le contraste entre la flexibilité du système américain et la rigidité du système français s'observe, en aval de l'enseignement, dans les caractéristiques de la jurisprudence, comme source du droit. Il s'agit là d'un paradoxe, eu égard à l'existence théorique, dans le système juridique américain, de ce que l'on appelle la « règle du précédent ». Aux termes de cette règle, pour résoudre une espèce, les tribunaux sont liés par les décisions pertinentes rendues par les juridictions supérieures du même ressort dans le passé. Il devrait là y avoir un facteur de rigidité important, dans la mesure où, en l'absence de législation, un tribunal peut se trouver lié par une jurisprudence vieille de plusieurs décennies. Mais cette rigidité est compensée par un art consommé du *lawyer* : celui des distinctions.

Puisque les juges sont liés par les décisions rendues antérieurement dans une espèce identique, tout l'effort de l'homme de loi va consister, pour éviter qu'un jugement défavorable antérieurement rendu ne lui soit opposé, à distinguer sa cause de celle ayant fourni l'occasion du jugement en question. Ce mécanisme explique d'ailleurs, dans la pratique américaine du droit, l'importance des faits et de l'argumentation, par opposition à l'interprétation abstraite d'une loi générale, ainsi que la présentation des décisions judiciaires anglo-saxonnes, qui contiennent, en contraste avec le laconisme des arrêts français publiés, l'exposition exhaustive des faits et l'analyse de tous les éléments de discussion, juridiques ou non, pertinents pour la solution de la nouvelle espèce.

La dialectique de l'autorité des précédents et de l'art des distinctions conduit ainsi à une relative stabilité de la règle de droit dans l'instant et dans l'espace, combinée à une flexibilité dans la durée qui résulte de l'attention des juges à la diversité des faits. Ainsi, la sécurité juridique est assurée, puisque telle décision judiciaire constitue, sans ambiguïté, le droit à un moment donné et en un lieu donné, tandis que la flexibilité est ménagée par la possibilité toujours ouverte de modifier la jurisprudence, notamment dans les domaines constitutionnel, économique et social.

L'« activisme judiciaire » (*judicial activism*), c'est-à-dire la tendance des juges à l'initiative et l'innovation dans la prise de décision judiciaire, génératrice de ce qu'on nomme en France le « gouvernement des juges », est, dans ce domaine, un facteur puissant de flexibilité et d'évolution. La jurisprudence très

progressiste de la Cour suprême sous la présidence d'Earl Warren dans les années 1950 et 1960 incarne cette tendance, face à la carence du politique. La déségrégation raciale, l'extension des *civil rights* et des garanties procédurales en matière pénale sont l'œuvre des juges. Cette attitude s'oppose, dans l'histoire jurisprudentielle américaine, à la « réserve judiciaire » (*judicial restraint*) au profit du pouvoir politique, demeurée minoritaire. L'évolution s'est donc faite à l'avantage de la tendance à la flexibilité, consacrant un affaiblissement de la règle du précédent.

En France, la jurisprudence semble avoir parcouru le chemin inverse. L'interdiction faite aux tribunaux à la Révolution de rendre des « arrêts de règlement » ôtait théoriquement à leurs décisions toute force obligatoire pour les décisions ultérieures. Il y avait donc là, semble-t-il, un facteur de flexibilité, chaque espèce étant jugée avec des yeux neufs, sans référence ou obéissance obligatoire aux décisions passées. En réalité, l'évolution du droit français, depuis le Code civil, a été marquée par le renforcement de la jurisprudence, source secondaire du droit, devenue source première dans un certain nombre de domaines, notamment de droit privé où elle est venue compléter la loi ou la remplacer. La généralité des règles formulées par le Code civil invitait d'ailleurs les juges à participer à la création du droit en leur laissant une large marge de liberté. La jurisprudence s'est ainsi arrogé un domaine propre, celui du droit privé (que le législateur tend d'ailleurs de plus en plus à lui reconquérir en y édictant des normes impératives) [\[17\]](#). Cependant, la pratique des distinctions ne jouissant en France

d'aucune reconnaissance institutionnelle, ses décisions en ont acquis une rigidité bien plus grande que dans le système anglo-saxon, qui n'est pas, par ailleurs, compensée par la certitude attachée à la force juridique des précédents judiciaires dans ce système.

La manière dont les décisions judiciaires sont publiées – et enseignées – en France est à cet égard éloquente : à la place des longues opinions circonstanciées de la jurisprudence anglo-américaine, contenant un rappel exhaustif des faits et du droit, l'on trouvera une brève décision, dont la concision aggrave encore l'hermétisme et dont le cœur est constitué par l'application automatique aux faits d'un principe juridique affirmé ou rappelé, qui « fera jurisprudence », ou, le plus souvent, confirmera une « jurisprudence constante ». Dans l'enseignement du droit, là où les Américains s'intéressent aux faits et à leur interaction avec les principes juridiques ou philosophiques pertinents, les Français porteront leur attention sur la règle générale rappelée par les juges. Là où les tribunaux américains marquent le caractère collégial de leurs décisions, publiant le résultat du vote et les opinions dissidentes, la jurisprudence française gommara toute trace de discussion et d'indétermination et se présentera comme unanime et absolue, à l'image, précisément, de la loi qu'elle vient remplacer ou compléter. On conçoit, dès lors, que les juges du fond hésitent à s'exposer à la « censure » de la Cour de cassation ou du Conseil d'État et que les avocats ne trouvent pas l'audace de s'inscrire en faux contre une jurisprudence bien établie.

Si l'autorité judiciaire a donc acquis, à travers sa jurisprudence,

une certaine autonomie et un certain pouvoir, c'est au prix d'une incontestable rigidité du système juridique français, répercutée à tous les niveaux. Rigidité qui trouve néanmoins sa justification dans l'exigence de stabilité des matières restreintes qui relèvent de l'ordre judiciaire et du droit privé en France.

4 - La gestion du droit

Il y a en France beaucoup de droit ; trop, disent certains. Mais la principale carence du système français paraît être de ne pas savoir *gérer* ce droit, comme si l'État ne savait que légiférer et réglementer, avec plus ou moins de bonheur, sans pouvoir assurer le suivi de sa production [\[18\]](#) . On trouve ainsi au moins deux types de lois néfastes ou parasitaires : d'une part, les innombrables règles impératives, productrices de rigidités, dont la loi Quillot fournit une illustration récente, et qui caractérisent le nouveau droit, successeur du droit individualiste et libéral ; d'autre part, les lois tellement générales, « littéraires », qu'elles en perdent toute utilité pratique pour remplir une fonction qu'Yves Cannac appelle « imaginaire » : celle de « raconter » un projet politique, de décrire, au présent, la société rêvée par le Pouvoir qui l'édicte [\[19\]](#) . Les lois fixant des règles simples et stables, ouvrant des espaces de liberté et de jeu entre les divers acteurs sociaux, comme certains aspects des récentes lois Auroux, se font de plus en plus rares. Les dispositions supplétives ou interprétatives de la volonté des parties, caractéristiques de l'ordre ancien, ont cédé la place à la prolifération de normes impératives sans nuance, substitution que les juristes classiques du début du siècle ont clairement perçue comme une évolution vers la socialisation du droit.

Le peu d'attention portée à ces caractéristiques de la loi dans son élaboration conduit à une inflation de textes dont la probabilité

d'application est inversement proportionnelle à la croissance. Souvent, une loi mal préparée ou insuffisamment réfléchie revêt des implications tellement absurdes, eu égard aux réalités pratiques ou à la totalité du système juridique, que les autorités chargées de l'appliquer doivent y renoncer. Plutôt que de retourner devant le Parlement, l'Administration préfère alors organiser des tolérances et des circuits de dérivation, fermer les yeux sur l'illégalité qu'elle a elle-même contribué à créer. L'exécution de la loi se trouve également compromise par les insuffisances de l'appareil judiciaire et la faiblesse des habitudes litigieuses. Que de textes importants se trouvent ainsi non pas tant inappliqués, qu'*inutilisés*, quand ils devraient ou pourraient l'être ! L'inaptitude des pouvoirs publics et des parties privées à mettre en œuvre les instruments juridiques disponibles produit une sorte de gaspillage, caractéristique d'une mauvaise gestion du droit.

Quant au suivi de la loi, c'est-à-dire son évaluation *a posteriori*, aucune procédure particulière, aucun organe spécialisé n'est chargé de l'effectuer. Tout au plus a-t-on vu apparaître çà et là des bilans de telle ou telle législation (loi sur l'interruption de grossesse, loi Lang...), mais essentiellement comme bilan d'une politique, rarement comme évaluation technique du fonctionnement pratique de la loi, de son application, de ses vertus et de ses défauts, en vue d'une amélioration du texte [\[20\]](#). L'insuffisante attention portée à ces problèmes résulte en partie de raisons tenant à la sociologie professionnelle : les praticiens du droit sont trop rarement associés à l'élaboration et consultés sur le fonctionnement des lois, contrairement à la pratique

américaine. Mais elle est également l'effet d'une insuffisante conscience de la spécificité du juridique. On a tendance en France à considérer le droit comme une simple enveloppe extérieure, un simple moule du politique, qui doit nécessairement, pour être revêtu du sceau de l'autorité, être coulé en lois et décrets, qui sont du « droit ». Mais le droit n'est pas seulement cette forme morte de l'autorité, c'est avant tout un *langage* avec ses effets de structure, un *mode de régulation*, avec sa vie propre et sa dynamique interne, un *contenu*, autant qu'un *contenant*. Langage, mode de régulation et contenu d'autant plus difficiles à gérer qu'ils prennent sens et produisent leurs effets en interaction avec un système juridique global et avec la complexité du réel. La « gestion du droit » relève ainsi davantage de la cybernétique et de l'analyse systémique que de la science administrative [\[21\]](#).

Mais les législateurs et les régulateurs (qui sont d'ailleurs rarement des juristes professionnels ou ne se comportent pas comme tels) sont mal placés pour assurer cette gestion du droit, car ils ne reçoivent aucun écho en retour des textes qu'ils produisent, et d'ailleurs se préoccupent peu de leurs effets négatifs puisque leurs décrets expriment le plus souvent un « projet politique » destiné à changer la société, dont ces effets négatifs ne seraient que des « résistances ».

F. A. Hayek voit dans le passage d'un droit fait par les juges et les juristes, qu'il appelle *nomos* ou droit de la liberté, à un droit édicté par le législateur ou *thésis*, la transformation fondamentale de l'idée de droit en Occident [\[22\]](#). Si cette transformation a été généralisée, elle concerne bien davantage

un pays comme la France que les pays anglo-saxons, où la jurisprudence et la règle du précédent judiciaire restent les normes premières du droit.

Comme le montre Hayek, les caractéristiques différentes du droit fait par les juges et de celui du législateur ont un impact direct sur le problème de la gestion du droit. Tandis que le droit jurisprudentiel façonne des principes universels à partir et au travers de cas particuliers, la loi prétend fixer des règles de plus en plus précises, mais d'application générale :
[le droit fait par les juges]

« sera composé de règles concernant la conduite des personnes envers autrui, règles applicables à un nombre indéterminé de cas à venir, et contenant des prohibitions délimitant le contour du domaine protégé de chaque personne (ou groupe de personnes). Chaque règle de ce type sera, dans l'intention au moins, perpétuelle bien que sujette à révision à la lumière d'une meilleure compréhension de ses effets mutuels avec les autres règles ; et elle ne sera valable que comme partie d'un système de règles qui s'infléchissent mutuellement. Ces règles ne produiront leur effet désiré, qui est d'enregistrer un ordre abstrait des activités, qu'à la condition de recevoir une application générale, tandis que l'application de ces règles à un cas particulier ne peut être dite avoir un but spécifique, distinct du but du système de règles dans son ensemble » [\[23\]](#) .

L'inadéquation du droit législatif ou réglementaire est ainsi patente face aux problèmes juridiques éminemment complexes

que pose – et que posera de manière croissante – l’irruption des nouvelles technologies. Les technologies de l’information, de la communication et de la vie connaissent un développement si rapide qu’il n’est pas hasardeux de prédire qu’elles seront longtemps en avance sur le droit, par nature conservateur et retardataire. Il en résulte d’ores et déjà un vide juridique autour d’un grand nombre de problèmes, qui conduit à transférer la charge de leur résolution aux tribunaux. Ainsi, dans de nombreux pays, ce sont les juges qui ont été amenés à se prononcer sur la protection des programmes d’ordinateurs par les lois sur le *copyright*, sur la brevetabilité des micro-organismes issus de manipulations génétiques ou sur l’allocation des risques en cas d’incident de paiement dans un transfert électronique de fonds. En France, l’insémination artificielle, « nouvelle technologie » de la conception, a récemment donné lieu à un procès qui a passionné l’opinion. Face à ces développements et aux défis juridiques et éthiques difficilement imaginables que poseront les nouvelles technologies, on peut s’interroger : convient-il de s’y préparer en légiférant et en réglementant par anticipation ou faut-il au contraire laisser les tribunaux résoudre les problèmes qui leur seront présentés au cas par cas ? La tradition française incline, on l’imagine sans peine, en faveur de la première solution, et l’anglo-saxonne en faveur de la seconde. La réponse n’est pas simple et dépend probablement des domaines et des problèmes considérés, mais, en règle générale, seule la régulation judiciaire paraît dans un premier temps correspondre à la sagesse. Comment en effet légiférer et réglementer à partir de rien, sans l’expérience des problèmes et

des facteurs pertinents que charrient les précédents judiciaires, sans une idée claire des défis auxquels sera confrontée la société ? Est-il souhaitable d'adopter *a priori* des règles générales qui paraîtront nécessairement rigides dans des domaines très mouvants, où les risques seront statistiquement rares et les problèmes imprévisibles ? Ne vaut-il pas mieux confier à des juges, mieux formés et plus riches de moyens, le soin de trancher un problème spécifique sur des faits particuliers à l'aide de l'ensemble du corpus juridique, quitte à ce qu'ils rectifient par la suite leurs positions à la lumière de faits nouveaux, préparant ainsi le terrain du législateur ?

Ainsi se confirme l'alliance de la technologie et de l'autorégulation : si la révolution technologique conduit par la force des choses à accroître les responsabilités des juges et des juristes, elle aura pour retombée, dans un pays comme la France, une mini-révolution juridique.

Ainsi, le droit fait par les juges et les juristes assure, en même temps que l'autorégulation de la société, une sorte d'autogestion du système juridique, que le droit édicté par l'autorité politique, pas plus que cette autorité elle-même, ne peuvent aisément réaliser.

Mais le problème général de la gestion du droit est aggravé en France par la séparation étanche des fonctions entre l'autorité politique au sens large (y compris les grands corps consultatifs ou juridictionnels de l'État), qui monopolise la production du droit sans trop se soucier de sa régulation, et les praticiens du droit, qui ont la charge de le faire appliquer et sont les témoins quotidiens de son fonctionnement, sans pouvoir intervenir dans

son élaboration. Certes, les juristes privés façonnent le droit contractuel, qui fait loi entre les parties. Mais parce que la France, à l'inverse des États-Unis, n'est pas une société contractuelle, ce rôle créateur des juristes y est d'autant plus restreint qu'il est illimité outre-Atlantique, où le pouvoir, est essentiellement contractuel. Quant aux universitaires, ils se trouvent le plus souvent dans la situation paradoxale d'enseigner le droit, sans avoir jamais, sauf exceptions illustres, l'occasion de le pratiquer ou de le créer directement. L'influence que leur confère la « doctrine », source de droit beaucoup plus importante en France qu'aux États-Unis, est globalement neutralisée par le rôle plus restreint du droit comme régulateur social.

Un tel cloisonnement n'a pas cours aux États-Unis, où les universitaires du droit bénéficient souvent d'une relation au moins périphérique à la pratique, et où les plus réputés d'entre eux, comme d'entre les praticiens privés, sont appelés à concourir à l'élaboration du droit dans les prétoires, les organes administratifs ou parlementaires.

Ainsi s'esquisse un premier tableau des réalités juridiques de part et d'autre de l'Atlantique. Aux États-Unis, un peuple de juristes, idéologiquement enclin au respect du droit, et dont les élites sont naturellement constituées en majorité par des juristes. Ces *lawyers*, à la formation aussi générale que la mission qui les attend, assurent la flexibilité et la capacité d'innovation d'un système juridique qui ignore les frontières du public et du privé et balaie tout le champ de la vie nationale. En France, la marginalité du droit dans les fondements de l'idéologie et de la culture nationales va de pair avec l'inexistence d'un

establishment juridique, remplacé par des élites technocratiques ou intellectuelles intégrées à l'appareil d'État. À la séparation des sphères du public et du privé correspond le partage du juridique, dont les attributs sont l'ordre et la conservation, et du politique, chargé de gérer le changement.

On s'est borné jusqu'ici à expliciter les réalités sociologiques, culturelles et institutionnelles liées au droit de part et d'autre de l'Atlantique, sans prétendre se prononcer sur leurs relations réciproques, ou sur leur prééminence relativement à d'autres analyses de type historique, politique, idéologique ou structurel. Ces autres analyses forment la matière des chapitres à venir.

Notes du chapitre

[1] ↑ Tocqueville, « De l'esprit légiste aux États-Unis et comment il sert de contrepoids à la démocratie », *Démocratie*, I, p. 366.

[2] ↑ Sur le rôle du droit dans la société américaine, voir l'article d'André Tunc, « L'Empire du droit », *Le Débat*, n° 30, Paris, Gallimard, mai 1984.

[3] ↑ Sur le système juridique et politique américain et pour un approfondissement des développements de ce chapitre, on lira avec profit les ouvrages d'André et Suzanne Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Paris, Domat, 1953-1954 ; *Le droit des États-Unis d'Amérique*, Paris, Dalloz, 1955 ; André Tunc, *Les États-Unis, comment ils sont gouvernés*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1973 ; sans oublier Tocqueville lui-même. Pour une perspective historique sur le droit et les professions juridiques aux États-Unis, voir Griswold, *Law and Lawyers in the United States*, Cambridge, Harvard University Press, 1965.

[4] ↑ Tocqueville, « De l'esprit légiste », *supra*, p. 370.

[5] ↑ Theodore Lowi, *The End of Liberalism, The Second Republic of the United States*, New York, WW Norton & Company, 1969.

[6] ↑ Voir sur ces problèmes G. Sorman, *La révolution conservatrice américaine*, Paris, Fayard, 1983.

[7] ↑ Sur le pouvoir et l'organisation des grandes *law-firms* américaines et leur rôle dans quelques affaires majeures des années 1970, voir James B. Stewart, *The Partners, Inside America's Most Powerful Law Firms*, New York, Simon & Schuster, 1983.

[8] ↑ Voir P. Birnbaum, « Type d'élite et nature de l'État : l'exemple américain », revue *Pouvoirs*, n° 29, 1984, qui scelle cependant un peu vite l'alliance des juristes avec le monde des affaires.

[9] ↑ Il existe quelques ouvrages de sociologie juridique en France, dont le plus célèbre est celui de J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1979. Parmi les principaux ouvrages de philosophie juridique américaine moderne, figurent H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961 ; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 ; J. H. Ely, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980 ; R. Unger, *Law in Modern Society*, New York, The Free Press, 1976.

[10] ↑ Non sans susciter de résistances cependant. Un journaliste du *Monde* s'étonnait en ces termes, à propos de la mise en règlement judiciaire de Creusot-Loire : « Ces capitalistes ont eu, en outre, l'étrange manie de faire traiter ces discussions industrielles par des avocats... » (« Les rapports entre l'État et l'industrie privée », *Le Monde* du 30 juin 1984). Comme si une restructuration industrielle, des difficultés financières et un dépôt de bilan ne posaient pas des problèmes essentiellement juridiques...

[11] ↑ L'article L. 122-12 du Code du travail fournit une illustration de ce type de

rigidités. Prévoyant le maintien des contrats de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur, il a été interprété de manière tellement extensive par la Cour de cassation qu'il engendre aujourd'hui des situations absurdes. Ainsi, lorsqu'une société cesse d'utiliser les services d'une entreprise de gardiennage ou de restauration pour en employer une autre, les employés de la première sont fondés à imposer à la seconde le maintien de leurs contrats de travail. Le successeur d'une entreprise dans la même activité se voit donc hériter du même coup d'une force de travail qu'il n'avait pas sollicitée et dont il n'a souvent aucun besoin.

[12] ↑ L'ouvrage fondamental d'O. W. Holmes est *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1963 (réédition).

[13] ↑ Voir notamment R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1977, qui soumet le droit à l'analyse économique et entend limiter le système judiciaire conflictuel et le processus législatif à des fonctions d'allocation des ressources, et non de redistribution. Richard Posner et Robert Bork, professeurs de droit et disciples de l'école des économistes conservateurs de Chicago, ont été nommés juges fédéraux par le président Reagan.

[14] ↑ La fortune pour le moins inattendue que connaissent les grands intellectuels français des années 1960 et 1970 (Barthes, Derrida, Foucault) dans le sanctuaire insolite du droit américain, porte ainsi, résultat inespéré, la subversion au cœur même du système capitaliste.

[15] ↑ Voir, par exemple, *Politics and the Law, A Progressive Critique*, New York, Pantheon Books, 1982, ouvrage collectif des « nouveaux philosophes » critiques du droit américain.

[16] ↑ De nombreux éléments permettraient, au moins sur un plan métaphorique, de conforter cette hypothèse. On sait ainsi le rôle de la symbolique de l'Ancien Testament dans l'imaginaire et l'idéologie des pionniers du Nouveau Monde. S'identifiant au peuple d'Israël accédant enfin à la Terre promise / Amérique après avoir fui la corruption de l'Europe/Égypte, les pionniers ont transmis à leurs descendants cette relation religieuse et transcendante à leur pays et leur ordre social. La religion et le droit sont les clés de voûte de cet ordre et la Constitution paraît jouer dans l'ordre séculier le rôle que joue la Bible, particulièrement l'Ancien Testament, dans l'ordre spirituel. Et, dans une optique webérienne, l'Amérique partage avec le protestantisme et le judaïsme une conception de l'homme « entreprenant ».

[17] ↑ Le temps où les frères Mazeaud, dans leur classique *Introduction à l'étude du droit*, pouvaient déplorer « la démission du législateur en matière de droit privé » paraît bien révolu (Paris, Montchrestien, 7^e éd., 1983, p. 145).

[18] ↑ Voir sur le thème de l'inflation juridique et ses effets déstructurants, J.-P. Henry, « Vers la fin de l'état de droit ? », *Revue du droit public*, 2-1977.

[19] ↑ Yves Cannac, *Le juste pouvoir*, Paris, J.-C. Lattès, 1983, p. 173-174.

[20] ↑ La Commission de refonte du droit de la consommation, instituée en 1982 pour mener une réflexion sur les textes existant dans ce domaine, et composée de juristes (professeurs, avocats, magistrats) illustre notre conception d'une bonne gestion du droit. Voir son rapport *Vers un nouveau droit de la consommation*, Paris, La

Documentation française, 1984.

[21] ↑ Soucieux de maîtriser la pénétration du droit communautaire dans le droit français, le Conseil d'État formulait dans l'étude précitée, une recommandation reflétant une conception similaire : « Chaque fonctionnaire, chaque citoyen français susceptible d'être consulté à Bruxelles à un titre ou à un autre, même très informellement, doit être pénétré de la responsabilité qui est la sienne au regard de l'élaboration des règles de droit destinées à prendre place dans l'ordre juridique français. »

[22] ↑ F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, vol. 1 : *Règles et ordre*, chap. IV, Paris, PUF, 1980.

[23] ↑ F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 146.

Chapitre III. Le juridique et le politique

1 - Histoire d'un conflit

Il est plusieurs manières d'opposer le juridique et le politique et la plus naturelle consiste à définir le premier comme ce qui relève du droit, le second comme ce qui relève du Pouvoir. Mais on se propose ici d'examiner ce couple sous le seul angle du Pouvoir, c'est-à-dire d'observer les rapports du pouvoir juridique et du pouvoir politique ou encore la rivalité du juridique et du politique pour le Pouvoir.

Si la définition du pouvoir politique ne fait pas difficulté, la notion de « pouvoir juridique » mérite sans doute d'être explicitée. On entend par cette expression, outre le pouvoir des tribunaux (c'est-à-dire le pouvoir judiciaire), l'influence du droit et de la problématique juridique comme mode de régulation sociopolitique et le pouvoir de l'ensemble des juristes dans la société et l'État.

Cette définition place d'emblée en concurrence le juridique et le politique. Le pouvoir judiciaire est en concurrence avec les pouvoirs exécutif et législatif, qui relèvent du politique ; les professions juridiques peuvent prendre une part plus ou moins importante à la résolution des conflits agitant la société et à la détermination des relations entre ses éléments ; le droit peut être une norme plus ou moins efficace de régulation sociale et économique, en concurrence avec l'action de l'État.

Dans son extraordinaire chapitre consacré à « l'esprit légiste aux États-Unis » [\[1\]](#), Tocqueville a esquissé cette lutte souterraine

mais continue du pouvoir juridique et du pouvoir politique :

« Il y a telle société où les hommes de loi ne peuvent prendre dans le monde politique un rang analogue à celui qu'ils occupent dans la vie privée ; on peut être assuré que, dans une société organisée de cette manière, les légistes seront des agents très actifs de révolution. Mais il faut rechercher si la cause qui les porte alors à détruire ou à changer naît, chez eux, d'une disposition permanente ou d'un accident. Il est vrai que les légistes ont singulièrement contribué à renverser la monarchie française en 1789. Reste à savoir s'ils ont agi ainsi parce qu'ils avaient étudié les lois, ou parce qu'ils ne pouvaient concourir à les faire. »

L'Histoire fournit maints exemples de cette rivalité du juridique et du politique. Leur affrontement a marqué un tournant capital de l'histoire politique de l'Angleterre et de la France. En Angleterre, où existaient aux ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles de puissants tribunaux administratifs (tels la *Court of Star Chamber*, ou la *Court of High Commission*) mais où le contrôle précoce de la Couronne sur l'ensemble du territoire national avait permis une relative autonomie du droit et des juristes, la défaite de l'absolutisme a consacré une victoire « définitive » du pouvoir juridique sur le pouvoir politique. La Révolution de 1688, aboutissement de la lutte entre le Parlement et le pouvoir royal, se soldait par le triomphe politique du parlementarisme et la glorification du pouvoir judiciaire indépendant, comme instrument de contrôle de l'exécutif, doté de pouvoirs d'injonction contre lui. Le *Bill of Rights* assurait une délimitation

précise des droits entre les pouvoirs.

En France au contraire, où l'unité nationale était loin d'être acquise, la monarchie absolue « de droit divin » et, à sa suite, la Révolution française et la République, ont, pour la réaliser et s'imposer à elle, assuré la subordination du pouvoir juridique au pouvoir politique. De Philippe le Bel à Louis XIV, le pouvoir royal se sert d'abord des « légistes » pour fonder en droit la théorie de la monarchie absolue, en s'appuyant notamment sur les textes du Bas-Empire romain définissant les pouvoirs de l'Empereur. Durant l'édification de la monarchie, l'affrontement entre le pouvoir royal et les Parlements, qui tentent de limiter l'absolutisme par leur droit de remontrance et sur le fondement des « lois fondamentales du royaume », constitue un épisode marquant de cette rivalité du juridique et du politique, dont l'organisation présente de la justice en France est une conséquence directe. À la chute de l'Ancien Régime, le pouvoir révolutionnaire, soucieux de sa propre tranquillité, désarmait le pouvoir juridique – à qui paradoxalement la Révolution devait beaucoup – en interdisant aux tribunaux judiciaires de rendre des « arrêts de règlement » et surtout en les désaisissant des affaires intéressant l'État [\[2\]](#), au prix d'une interprétation originale du principe de la séparation des pouvoirs (voir chap. IV). Les décisions des tribunaux étaient ainsi privées de toute force juridique universelle, au profit de la loi votée par le législatif. Par la suite, Napoléon codifiait le droit et lui assignait son domaine propre, celui des relations privées, accentuant par là même la séparation du juridique et du politique et la marginalisation du droit. La parcellisation coutumière cédait la

place à la centralisation administrative ; la luxuriance de l'Ancien droit, à la sécheresse du Code civil. Le renforcement du pouvoir central, résultat de la Révolution et de l'Empire, consacrait un affaiblissement durable de la règle de droit. La classe juridique devenait l'autre « grande Muette » de la République.

Selon Jean Carbonnier, juriste éminent et sociologue du droit, l'attitude de la Révolution à l'égard du droit se caractérise par une sorte de régression délibérée :

« Pour tout un courant de la pensée antique, l'âge d'or, à l'origine de l'humanité, avait été un âge sans lois. C'est notre perversion – ailleurs, on dira notre chute – qui a déterminé l'apparition du juridique, et c'est l'aggravation de nos vices qui, de plus en plus, fait pulluler le droit. La Révolution, sous l'influence de Rousseau, devait reprendre à son compte cette nomogonie ; elle fut persuadée que l'abondance des lois était la marque d'une civilisation corrompue, et que le retour à l'âge d'or se ferait par une déjuridicisation de la société, par une espèce de désarmement juridique. La France réduirait le nombre et la complexité de ses lois (tel était l'esprit des Codes de Cambacérès, rédigés en style lapidaire), et elle substituerait la conciliation à la juridiction. » [\[3\]](#)

Le projet des révolutionnaires aurait ainsi été d'essayer d'« apporter aux Français les prémices du non-droit » [\[4\]](#) : analyse capitale pour la compréhension de la place du droit dans la France moderne.

En réalité, la rivalité du juridique et du politique coïncide avec

l'émergence de l'État moderne au Moyen Âge et avec l'édification de la monarchie absolue. C'est d'abord l'alliance tactique du pouvoir royal avec les légistes pour construire la théorie juridique de l'absolutisme et l'imposer au-dessus de l'ordre juridique féodal existant. Dès la Renaissance, les *Institutes* de Justinien, codification d'opinions des jurisconsultes romains et de droit prétorien, sont réinterprétés à tort comme une émanation du pouvoir impérial byzantin : le droit des juristes est occulté au profit de celui du législateur. Les prétentions juridiques de la monarchie absolue une fois assises, le pouvoir politique, débarrassé des pouvoirs inférieurs à lui (« l'État, c'est moi », qui est aussi la devise de l'exécutif moderne), entre ouvertement en lutte contre le pouvoir juridique, qui prétend le limiter par le haut. Bien avant la chute de l'Ancien Régime, les professions juridiques paraissent avoir amorcé un déclin dont il revient à l'histoire sociale de déterminer les circonstances. Ce déclin semble avoir été celui d'une caste trop fermée (en raison de la vénalité et de l'hérédité des offices), jargonneuse, conservatrice, déjà ridiculisée par Molière comme le fût celle des médecins, mais qui paraît avoir entraîné avec elle sur cette pente l'idée du droit elle-même, avant que la Révolution n'en consacre officiellement l'abaissement. Après 1789, la classe juridique se divise ; et son élite, entrée dans la réaction, entraîne avec elle le discrédit de l'institution tandis qu'outre-Atlantique, les *lawyers*, dont aucun n'a choisi le camp anglais, sont prêts à fournir le personnel politique de l'Amérique naissante. Ainsi, en France, l'édification de la monarchie absolue et l'héritage des conflits de l'Ancien Régime, les théories

révolutionnaires de la loi et de la volonté générale, puis l'entreprise napoléonienne de codification, loin d'exalter le droit, comme on le croit souvent, contribuèrent à la subordination du juridique au politique, en des termes qui subsistent largement dans la France contemporaine. La médiation utilisée pour effectuer cette subordination a été la récupération du juridique par le politique, l'intégration du droit à l'État. La conception du droit prévalant en France depuis la Révolution en fait fondamentalement *un instrument de la tutelle de l'État sur la société civile*. Le droit est une émanation de l'État, par le biais de la souveraineté de la loi ; la Justice, service public, est intégrée à l'appareil d'État.

Parallèlement à cette déjuridicisation de la société et à cette étatisation du droit, et non sans lien avec elles, la Révolution développe les théories du service public et de l'intérêt général et construit l'idéologie du dialogue, de la solidarité et de la justice sociale, piliers du pouvoir d'État jusqu'à nos jours, mais peu compatibles avec l'idée du droit : il ne faut pas rechercher postérieurement à la Révolution les racines idéologico-juridiques d'une certaine idée du social-étatisme en France.

Dans quelques pages lumineuses de *La volonté de savoir* [\[5\]](#), Michel Foucault présente, à propos des rapports entre la sexualité et le pouvoir, une analyse en apparence opposée à la nôtre, de la relation entre le juridique et le politique. Loin d'être subordonné au politique, le juridique détiendrait, selon Foucault, le monopole de la représentation du pouvoir ; le modèle du pouvoir serait essentiellement juridique : « Depuis le Moyen Âge, dans les sociétés occidentales, l'exercice du pouvoir se formule

toujours dans le droit. »

En réalité, la réflexion de Foucault se place à un niveau différent de la nôtre, mais, par là même, la rejoint. Son objet est tout d'abord le pouvoir en général, non le politique ; son propos est de montrer que les mécanismes de pouvoir au sein de la société sont irréductibles à une problématique de la loi et de l'interdit, en dépit de la domination d'une représentation juridique du pouvoir [6]. Ce faisant, en dénonçant le juridique comme le code, le langage, en définitive l'instrument du politique, notamment du pouvoir monarchique occidental, perçu à juste titre comme demeurant la norme de la représentation du politique moderne, Foucault, loin de prétendre que le pouvoir s'exerce effectivement selon le droit, rejoint l'idée de la récupération du juridique par le politique. En montrant comment l'institution monarchique s'est construite et présentée comme instance de régulation, d'arbitrage, de délimitation entre la multiplicité des pouvoirs féodaux et aristocratiques, comme système juridique cohérent au-dessus de l'hétérogénéité des droits, l'analyse de Foucault confirme que le juridique est la forme nécessaire dès lors qu'il s'agit de réguler une multiplicité de pouvoirs. Forme fallacieuse, dans le cas des monarchies occidentales et de leurs héritiers modernes, qui se sont servis du droit et des juristes pour légitimer un pouvoir sans partage ; forme « sincère » dans l'histoire subséquente de la construction du fédéralisme américain, aboutissant à une véritable régulation juridique et à un équilibre des pouvoirs.

Toute autre est en effet la conception du droit dans les pays anglo-saxons, où le pouvoir juridique a pu, sinon triompher du

politique, du moins préserver son autonomie par rapport à lui et lui tracer des limites. En Angleterre, où le juridique s'est imposé au politique, l'intégration du droit à l'État n'a naturellement pas eu lieu. Le droit, la Justice sont perçus comme fondamentalement indépendants de l'État, et non comme son émanation. Le droit est conçu comme une règle de partage des compétences au sein de la société civile et entre la société et l'État, au lieu d'être un instrument de tutelle du second sur la première.

La règle technique du précédent judiciaire, caractéristique des systèmes juridiques anglo-saxons et inexistante dans le système français, cristallise cette opposition. En préservant le statut des décisions de justice comme source première du droit, l'Angleterre assurait au pouvoir judiciaire son prestige et son autonomie, et rendait possible la concurrence du juridique et du politique dans la production du droit. À l'inverse, l'interdiction de réglementer pour l'avenir faite aux tribunaux par les révolutionnaires français abaissait la jurisprudence au rang de source secondaire du droit et empêchait toute concurrence sérieuse entre le pouvoir juridique et le pouvoir politique dans la production du droit.

Cette opposition, très tranchée au siècle dernier, s'est, il est vrai, quelque peu atténuée au xx^e siècle. Le développement de l'État interventionniste moderne a entraîné, en Grande-Bretagne, un accroissement considérable de la production législative et réglementaire, œuvre du politique venue concurrencer le droit jurisprudentiel, tandis que la règle de l'intangibilité des précédents judiciaires s'assouplissait pour accueillir la rapidité d'évolution de notre époque. En France, à l'inverse, la

jurisprudence, cantonnée à son domaine propre, a gagné une certaine autonomie technique par rapport au politique, au prix, il est vrai, de la rigidification évoquée au chapitre précédent. Mais les traits historiques l'emportent largement sur les développements récents. Surtout, il est clair que les débats théoriques concernant les sources du droit et la hiérarchie des normes juridiques recouvrent des rapports de force entre les pouvoirs : entre le juridique et le politique, la société et l'État d'abord, et secondairement, au sein du politique, entre le législatif et l'exécutif. Et la primauté conférée à la loi dans l'ordre juridique français est bien conforme aux velléités de régulation étatique globale, tandis que le pouvoir souple et décentralisé des tribunaux est un rouage essentiel de la société autorégulée. Les États-Unis ont hérité des acquis de la rivalité du juridique et du politique en Europe et ont en quelque sorte intégré cette rivalité à leur fonctionnement. Dès sa fondation, la République américaine affirma l'indépendance et la puissance du juridique face au politique, sujet de défiance en raison même de ses excès européens. Héritière de la révolution politique et religieuse survenue en Angleterre au XVII^e siècle, la Constitution américaine est avant tout « garantiste », selon l'expression de Roger Michener [\[7\]](#), c'est-à-dire qu'elle limite les pouvoirs du gouvernement et garantit les droits des citoyens. Depuis, la séparation stricte des pouvoirs et leur équilibre ont fait de la concurrence du juridique et du politique – dont le système des *checks and balances* est l'une des modalités – le principe même de la démocratie américaine. Principe dynamique, qui va à l'encontre d'une domination de l'un par l'autre, même si c'est

aux États-Unis que l'expression de « pouvoir juridique » correspond le plus à une réalité. Après les expériences anglaise et française, les États-Unis sont sans doute le premier pays à avoir placé, principalement par le biais du contrôle de constitutionnalité, le juridique au-dessus du politique. Contrairement à ses deux aînés européens façonnés par des siècles de monarchie, l'Amérique était aussi la première nation à naître avec la démocratie [\[8\]](#) .

2 - Le droit dans le système politique

Héritée de l'Ancien Régime et de la tradition révolutionnaire, la place du droit dans le système politique français est clairement circonscrite dans la Constitution de la V^e République et la pratique qui en est résultée.

L'articulation des trois pouvoirs définis par Montesquieu fait d'emblée au judiciaire la part la plus menue : contrairement à l'exécutif et au législatif, le judiciaire n'est d'ailleurs pas défini comme un pouvoir, mais comme une *autorité*, dont l'« indépendance » est garantie par le président de la République [\[9\]](#) . Si cette distinction entre *pouvoir* et *autorité* est d'ores et déjà éloquente, la « garantie » du président de la République, chef de l'exécutif, ne place-t-elle pas directement le judiciaire sous la tutelle de l'exécutif, fût-il l'incarnation même de l'« État » ? La fiction politique d'un Président « au-dessus des partis » ne peut en effet, par analogie, mettre le Président « au-dessus des pouvoirs ».

L'indépendance de la magistrature est inscrite dans la Constitution, mais, là encore, les magistrats sont institutionnellement sous tutelle de l'exécutif : rattachement au ministère de la Justice, dépendance pour l'avancement et les mutations, double système du Parquet et du Siège, recrutement du Conseil supérieur de la magistrature et autres caractéristiques que les ouvrages d'un Casamayor ont bien mises en évidence.

Quant à la production des normes juridiques, à laquelle le judiciaire, par sa jurisprudence, n'a, dans la tradition juridique française, qu'une part secondaire, l'évolution connue depuis 1958 manifeste là encore la prépondérance de l'exécutif, sur le législatif cette fois, pourtant dépositaire par définition du pouvoir de légiférer. Ce mouvement, amorcé dès le début du siècle par les mécanismes de délégation, a été consacré par la Constitution de 1958, avec la distinction des matières relevant du domaine de la loi, limitativement énumérées à l'article 34, et de celles relevant du domaine du règlement, c'est-à-dire toutes les autres conformément à l'article 37. Le résultat de cette innovation a été, tout en conservant la hiérarchie des normes, c'est-à-dire la prépondérance juridique de la loi sur le règlement, de limiter considérablement le domaine de la loi, donc du pouvoir législatif, au profit du règlement, donc de l'exécutif. Quant à l'initiative de la loi elle-même, la pratique de la V^e République a considérablement accru la prépondérance des projets de loi, émanant de l'exécutif, sur les propositions de loi, émanant du Parlement, tandis que les dispositions de la Constitution plaçaient la procédure législative sous la tutelle de l'exécutif [\[10\]](#).

À cette hiérarchie et cette confusion des pouvoirs, bien éloignées de la théorie de Montesquieu, la V^e République est venue ajouter ce qu'on pourrait appeler leur agrégation. Le phénomène des majorités politiques, caractéristique du régime depuis 1962, est venu renforcer la primauté de l'exécutif, en supprimant dans les faits toute forme significative d'opposition et de concurrence en provenance du législatif. Et lorsqu'une contestation sérieuse

s'engage au Parlement, elle est immédiatement court-circuitée par les techniques diverses de « rationalisation du parlementarisme » introduites dans la Constitution de 1958 après les déboires de la République précédente. La IV^e République a en effet représenté pour le pouvoir législatif ce que la fin de l'Ancien Régime avait été pour le judiciaire : le prétexte d'un abaissement durable, au profit de l'exécutif cette fois, justement désigné comme « le pouvoir », comme s'il était l'unique pouvoir public et l'incarnation complète de l'État.

Depuis 1981, la vigueur de l'opposition contre la politique de la majorité gouvernementale a permis l'utilisation maximale des moyens constitutionnellement offerts à l'opposition parlementaire : recours systématiques devant le Conseil constitutionnel, utilisation de la procédure législative, obstruction du Sénat, enquêtes parlementaires... Cette expérimentation a permis un certain rééquilibrage des pouvoirs exécutif et législatif, en même temps que la confirmation des limites du pouvoir législatif d'opposition, pouvoir en tout état de cause exclusivement négatif. Mais il est clair que la fin du « fait majoritaire » entraînerait un retour automatique à une plus orthodoxe séparation des pouvoirs et à un rôle accru du droit dans le jeu politique.

Les réflexions qui précèdent résonneront à l'esprit de certains comme l'écho attardé d'un débat daté et depuis longtemps considéré comme clos : le débat portant sur les institutions de la V^e République, dont un livre comme *Le Coup d'État permanent* de François Mitterrand avait en son temps marqué l'un des temps forts. Ce livre, qui analysait le système juridique de la V^e

République, dénonçait alors avec véhémence l'affaiblissement du pouvoir législatif, de l'autorité judiciaire, du Conseil d'État, contrepartie de l'émergence du pouvoir présidentiel personnel. L'ironie qui entoure la réédition récente de cet ouvrage témoigne de la pérennité de ce débat, peut-être démodé en France, mais incontournable dans le cadre de toute comparaison avec les États-Unis.

Le système politico-juridique américain offre en effet une image exactement inverse du système français : une stricte séparation des pouvoirs, dans la ligne définie par Montesquieu, et un pouvoir judiciaire fort, à égalité avec le législatif, et dominant l'exécutif. De manière très significative, le terme de *government* désigne aux États-Unis, non l'exécutif seul comme c'est le cas en France, mais *la réunion des trois pouvoirs*.

Cette articulation des pouvoirs remonte directement à l'esprit qui a présidé à la fondation des États-Unis : primauté absolue de la règle de droit, dont la forme suprême est la Constitution ; puissance du législatif, représentant le peuple et les différents États, producteur du droit en concurrence avec les tribunaux ; méfiance envers l'exécutif, assimilé aux monarchies absolutistes du Vieux Continent. À la fin du XVIII^e siècle, la France et les États-Unis prenaient ainsi deux directions inverses, chacun en réaction contre un modèle redouté et abhorré : le pouvoir « excessif » (aux yeux de la monarchie absolue) des Parlements et le jeu des contre-pouvoirs aristocratiques sous l'Ancien Régime ; l'absolutisme royal et la centralisation du pouvoir généralisés dans l'Europe que quittaient les pionniers du Nouveau Monde. C'était la naissance de deux systèmes idéologiques largement

antinomiques.

Si la primauté accordée à la règle de droit et à la Constitution, document fondateur de la République américaine – amendée, complétée, mais jamais répudiée – impliquait un pouvoir judiciaire fort, c’est en 1803, par la célèbre décision *Marbury v. Madison*, que la Cour suprême des États-Unis affirmait le pouvoir des tribunaux judiciaires fédéraux de contrôler la constitutionnalité des lois [\[11\]](#). Ce contrôle a été la base de l’action du pouvoir judiciaire en matière politique, économique et sociale, comme le soulignait déjà Tocqueville [\[12\]](#). Source de l’imprégnation de l’univers américain par le droit, le contrôle de constitutionnalité est en définitive le principal terrain où se joue la différence de statut du juridique entre les États-Unis et la France.

Le système politique américain offre ainsi, sous les mêmes dénominations, des institutions bien différentes de leurs équivalents français. À la place de l’exécutif français, incarnation toute puissante de l’« État », un exécutif dont l’action est bien souvent circonscrite dans les limites posées par la Constitution et les délégations d’autorité du Congrès, et dont une partie des attributions sont exercées par l’intermédiaire d’« agences » largement indépendantes, dont l’autorité formelle dépend également du Congrès. À la place du sacro-saint principe de la solidarité gouvernementale, l’autonomie et la concurrence des divers départements ministériels entre eux, chacun responsable de son domaine et maître de ses préoccupations. Face au Parlement français, privé d’une partie de son prestige et de sa capacité d’initiative par la Constitution de 1958 et surtout rendu

partiellement inutile par le système des partis et la politisation du vote, un Congrès tout-puissant, armé de ses redoutables commissions et sous-commissions enquêtant sur toutes les activités de l'exécutif et sur tous les domaines intéressant la société, riche en ressources humaines et matérielles et libre dans son action des considérations partisans. Enfin, face à l'autorité judiciaire française, partiellement privée de rôle politique – au sens large du terme – et d'influence sur certaines préoccupations majeures de la vie nationale, un pouvoir judiciaire capable de faire prévaloir la Constitution et le droit non seulement à l'encontre des éléments les plus puissants de la société civile (le pouvoir économique), mais surtout contre l'exécutif et le législatif eux-mêmes.

Là encore, les mêmes dénominations semblent recouvrir des réalités différentes des deux côtés de l'Atlantique. L'action du gouvernement n'est-elle pas en France soumise au principe de légalité, concept central du droit administratif français ? N'existe-t-il pas en France un contrôle de constitutionnalité de plus en plus étendu et un Conseil constitutionnel de plus en plus puissant ? Sans doute, mais il est significatif que pour soumettre l'État au principe de légalité, il ait fallu inventer un droit particulier – le droit administratif – rendu par un juge particulier (voir chap. IV). Quant au contrôle de constitutionnalité, certes considérablement renforcé par l'élargissement du mode de saisine au profit de l'opposition parlementaire en 1974, faut-il rappeler qu'il demeure fermé au citoyen, qu'il est limité dans le temps et que la promulgation de la loi rend cette dernière définitivement inattaquable devant les tribunaux judiciaires et

administratifs ? Le principe même d'un contrôle de constitutionnalité, exercé par le Conseil constitutionnel – pouvoir public indépendant de l'ordre judiciaire ou administratif – est périodiquement contesté par une partie de la classe politique française. Que le Conseil constitutionnel rende une décision d'une certaine importance, et voici que la fraction de la classe politique que cette décision mécontente crie au « gouvernement des juges », expression symbolisant l'horreur – incarnée par le système américain – que lui inspire tout empiétement sur son monopole par une instance extérieure.

Pourtant, malgré ses progrès récents, que ses adversaires qualifient déjà de « coup d'État juridique », le contrôle de constitutionnalité demeure encore trop limité en France, et ses lacunes sont aussi celles de la démocratie. Dans la majorité des cas, un projet de loi préparé par l'exécutif, et quasi automatiquement approuvé par sa majorité politique au Parlement, sera soumis par l'opposition parlementaire au Conseil constitutionnel, qui y fera, au mieux, des aménagements techniques, en définitive mineurs. L'intervention du Conseil dans les nationalisations de 1982 montre à la fois la portée et les limites des effets de son contrôle en l'état actuel de la Constitution : considérables du point de vue de l'indemnisation des actionnaires, relativement négligeables quant au principe même des nationalisations.

Les limites de l'action du Conseil constitutionnel sont triples. En premier lieu se dresse la « tradition républicaine » française, tout entière rétive au « gouvernement des juges » depuis Rousseau et la Révolution française. « Expression de la volonté générale », la

loi votée par des représentants élus ne saurait être sérieusement contestée par un collège de personnalités non élues, dont la sélection peut toujours être critiquée. En réalité, étant donné le processus éminemment politique qui préside tant à l'élection des représentants qu'à l'élaboration de la loi jusqu'à son vote, la fiction rousseauiste, sous couvert de sacrifier la loi, aboutit paradoxalement à un effacement du droit et de la loi suprême de l'État qu'est la Constitution. L'idée que l'indépendance et la compétence d'un corps de professionnels puissent être en cette matière une garantie meilleure que l'élection semble profondément étrangère à l'idéologie publique française. Et le rôle assigné au judiciaire aux États-Unis et dans la théorie politique, à savoir la protection des minorités contre la majorité politique, est entièrement négligé.

Le contrôle de constitutionnalité est ainsi en quelque sorte contraint à l'autocensure par le prestige dont la loi est entourée par la tradition républicaine.

La deuxième limitation du contrôle français de constitutionnalité tient à la Constitution elle-même. Si la Constitution est supérieure à la loi, son *contenu* ne permet pas toujours d'exercer un contrôle efficace sur elle. La Constitution française contient deux types de règles : les unes, relatives à l'organisation des pouvoirs publics, les autres, matérialisant, par le biais de son Préambule et des références qu'il contient à la Déclaration des droits de l'homme et aux nouveaux droits économiques et sociaux, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue au début des années 1970, l'ensemble des valeurs et principes fondamentaux de la République française. Or, ce second aspect de la Constitution,

crucial pour l'exercice d'un contrôle efficace de la constitutionnalité des lois est, en France, insuffisamment développé et insuffisamment précis. Plus exactement, l'autocensure du juge constitutionnel qu'on vient d'évoquer, conduit à une sous-utilisation des normes constitutionnelles, dès qu'une réforme soutenue par une volonté politique importante se trouve en jeu. C'est donc là encore la « tradition républicaine », davantage que le contenu des principes eux-mêmes, qui s'oppose à un contrôle de constitutionnalité plus étendu. Cependant, comme il a déjà été noté, cette limitation s'atténue quelque peu avec l'élargissement du « bloc de constitutionnalité », c'est-à-dire des normes auxquelles le juge reconnaît valeur constitutionnelle, et surtout avec l'élaboration progressive d'une jurisprudence constitutionnelle interprétant ces normes [\[13\]](#). Car ces principes généraux, comme ceux contenus dans la Constitution américaine, ne signifient rien sans une jurisprudence détaillée qui en définisse le champ d'application concret.

Enfin, le contrôle est d'autant moins efficace en pratique qu'il s'exerce *a priori* (c'est-à-dire avant la promulgation de la loi) et par conséquent dans l'abstraction, avant la survenance d'un quelconque litige concret. Il s'agira donc de juger une loi générale – et non son application dans tel ou tel contexte particulier ou ses éventuelles conséquences, imprévisibles lors de son adoption – au regard de principes encore plus généraux, sans audiences publiques, sans commissariat du gouvernement, sans avocats à la barre. Aux États-Unis, paradoxalement, comme dans la théorie politique classique, un tel exercice relèverait

exclusivement de la compétence du législateur, non de celle des tribunaux. Ce qui suggère que la mission du Conseil constitutionnel constitue soit un complément d'activité législative, soit une « mission impossible » : en aucun cas, un contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois. Aux yeux de Tocqueville, c'était précisément la nature judiciaire du contrôle de constitutionnalité américain qui, impliquant un litige particulier et une requête des citoyens, garantissait la démocratie contre les excès du « gouvernement des juges » [\[14\]](#).

Sur ces trois points – prestige de la loi, contenu de la Constitution, nature du contrôle – la tradition américaine est radicalement différente.

Si la loi votée par le Congrès est, dans la pratique, respectée tout autant, sinon plus, qu'en France, elle l'est comme incarnation du droit et non comme expression de la « volonté générale », c'est-à-dire de la majorité politique. Au contraire, toute la tradition politique américaine peut s'expliquer par une défiance fondamentale à l'égard des majorités politiques et des abus qu'elles rendent possibles. Historiquement, la puissance du judiciaire s'est développée pour faire contrepoids au phénomène des majorités politiques, avant même de remédier à la carence de l'exécutif et du législatif fédéraux au ^{xx}e siècle, que cette défiance avait contribué à engendrer. Face à la versatilité et à la partialité de l'action politique, le judiciaire incarne la permanence et la constance du droit et de la Constitution, gardiens de la démocratie.

Mais n'y a-t-il pas illusion à concevoir ainsi le droit, *a fortiori* le droit constitutionnel, comme extérieur au processus politique

lui-même ? Cette prétendue vision a-politique du droit n'est, on l'a déjà évoqué, qu'une apparence, produite par nos propres conceptions. Ici intervient la seconde différence entre les deux systèmes, celle qui a trait à la nature et au contenu de la Constitution. Contrairement à la Constitution française, document relativement technique, plusieurs fois renouvelée et relativement économe, sinon par référence, en principes fondamentaux, la Constitution des États-Unis, assortie de ses dix Amendements de 1789, est le document fondateur de la démocratie américaine, posant l'ensemble des principes, quasi intangibles, qui gouvernent la vie politique, économique et sociale des États-Unis. Les juges disposent ainsi d'un ensemble de normes stables, très générales – mais « animées » par le pouvoir d'interprétation des tribunaux et renforcées par la force juridique des précédents judiciaires – et comme extérieures aux vicissitudes de la vie politique et législative, point d'ancrage intemporel de la République américaine.

Plus fondamentalement, la Constitution américaine (notamment le *Bill of Rights*, c'est-à-dire les dix premiers Amendements à la Constitution) concerne les droits et les libertés de *chaque citoyen* des États-Unis à l'égard du gouvernement fédéral, et la Cour suprême a étendu cet ensemble de garanties à l'égard des États par une interprétation extensive du XIV^e Amendement. Chacun peut s'y référer directement en justice, et placer d'emblée de nombreux débats importants sur le terrain constitutionnel. À titre d'illustration, la publicité ayant été définie par les tribunaux comme « expression commerciale » (*commercial speech*), la réglementation dont elle peut faire l'objet est limitée par le I^{er}

Amendement à la Constitution protégeant la liberté d'expression. La fragmentation des compétences juridictionnelles et la hiérarchie des normes juridiques interdisent en France un tel recours direct à la Constitution (qui traite principalement de l'État et dans une moindre mesure des citoyens) : les tribunaux ne sont pas les gardiens de la Constitution, rôle qui revient au chef de l'exécutif, et les requérants en justice ne peuvent « sauter » la hiérarchie des normes.

Les modalités du contrôle de constitutionnalité viennent compléter les deux différences précédemment notées.

Contrairement à la pratique française, le contrôle de constitutionnalité américain s'exerce toujours *a posteriori*, sans limitation de temps (hormis le délai de prescription des actions qui en sont l'occasion) et uniquement à l'occasion d'un litige concret. L'intermédiation nécessaire d'un citoyen lésé visait à l'origine à éviter un conflit direct entre la Constitution fédérale et les différentes souverainetés législatives étatiques. Et il est vrai que le contrôle de constitutionnalité a bien davantage servi à invalider des lois étatiques que les lois fédérales. Mais son effet réel a été d'établir une relation directe entre chaque citoyen américain et la Constitution, et de faire du contrôle de constitutionnalité des lois un contrôle *judiciaire* et non *politique* : deux différences capitales avec la pratique française [\[15\]](#).

Il est clair que la nature étendue du contrôle de constitutionnalité donne aux tribunaux fédéraux un rôle politique considérable, qui est en France du ressort exclusif de l'exécutif ou du législatif. Propulsée par l'imagination et la capacité d'initiative des *lawyers*, la hardiesse d'interprétation des

juges a fait du contrôle de constitutionnalité – qui s'exerce à l'encontre des 50 États de l'Union et du gouvernement fédéral – un instrument très efficace de conservation, mais surtout *de changement politique, économique et social*. Ce rôle est possible, d'une part, en raison du prestige considérable dont jouit l'institution judiciaire, d'autre part, grâce à une conception des rapports entre le juridique et le politique fort différente de celle prévalant en France.

De ce côté-ci de l'Atlantique, le prolongement pratique de la fiction rousseauiste de la volonté générale, est de faire de la majorité politique la source de la force juridique. Autrement dit, le juridique dérive du politique, constitue du politique « solidifié » en droit. Dans cette conception, le juridique est en danger constant de « liquéfaction » politique. « Vous avez juridiquement tort car vous êtes politiquement minoritaires » : cette invective d'un député de la majorité à l'opposition, au cours d'un des débats houleux du début du septennat de François Mitterrand, a au moins le mérite d'illustrer l'une des conceptions courantes des rapports entre le juridique et le politique en France.

Dans cette conception, il n'est rien de choquant à considérer que la majorité politique est libre de réaliser les bouleversements juridiques les plus profonds sans contrainte extérieure sérieuse. C'est pourquoi, avant le 10 mai 1981, le grand test, voire le critère, de la démocratie en France était la possibilité de l'*alternance* politique, question dénuée de pertinence dans l'optique américaine. À la conception américaine d'une pratique permanente de la démocratie, à travers la complexité du tissu

social et l'utilisation du système juridique notamment, s'oppose, en France, une vision séquentielle de la démocratie fondée sur le partage du pouvoir dans le temps. Cette relation différente de la démocratie au temps de part et d'autre de l'Atlantique est loin d'être sans incidence sur l'évolution générale de la France et des États-Unis. Le moins que l'on puisse dire est que la conception française de la démocratie peut être coûteuse, compte tenu de l'« amplitude » de l'alternance et du rôle crucial du temps dans la structuration des nouvelles hiérarchies économiques mondiales. Au fond, la conception française, cynique ou réaliste comme on voudra, ne prend pas le juridique au sérieux comme tel, ne pense pas les problèmes en termes de légalité, mais en termes de pouvoir, politique ou économique. « Le droit est l'intermède des forces », selon le mot ambigu de Valéry. Dès qu'une décision importante est en jeu, l'on se trouve dans la sphère du politique, investie de valeurs autonomes et objet de superstition. Le juridique proprement dit est relégué à un corps de doctrines et de règles techniques, réparties en différents domaines (droit civil, commercial, pénal...), solidement à l'abri du politique, et comme intangible, intemporel, mort. Le résultat est paradoxalement d'éloigner exagérément, en France, le droit de la politique. Cela est particulièrement net dans l'enseignement du droit comme on l'a évoqué au chapitre précédent. Tandis que le juridique n'est pas pris au sérieux dans la sphère politique, le politique de même est évacué de l'enseignement et de la pratique du droit. On retrouve ici le problème qui limite le contrôle de constitutionnalité : la mise en question juridique du politique étant largement impraticable ou impropre, le juridique tend à

devenir un milieu vivant en vase clos, quelque peu ésotérique, souvent en marge des conflits agitant le pays.

Le juridique mis à l'écart, le politique règne en maître, imprégnant tous les discours. La surdétermination du politique se manifeste, outre le phénomène partisan, dans la position intellectuelle de tous les grands débats nationaux, d'où la problématique juridique est exclue. Car, non contente d'avoir affaibli l'autorité de la règle de droit et du judiciaire, la Révolution a en réalité imprimé dans l'idéologie publique française une hostilité profonde à l'égard de la poursuite de visées politiques, au sens noble, *sur le terrain juridique*. Les débats juridiques de l'été 1984 sur l'extension du champ d'application du référendum ne doivent pas tromper : ils témoignent bien moins d'une juridicisation de la vie publique que de la traditionnelle utilisation du droit par le politique pour ses propres fins. La preuve en est que nul ne s'est sérieusement préoccupé de faire trancher définitivement les questions juridiques posées, ce qui aurait épargné beaucoup d'hypocrisie. Considérons deux grands débats nationaux de ces dernières années : celui ouvert par le projet de loi sur la presse et celui concernant l'école libre. Techniquement, le débat autour du projet de loi sur la presse aurait dû relever principalement d'une analyse économique des parts de marché détenues par les entreprises de presse, et du droit de la concurrence. Très rapidement, l'affrontement politique entre la majorité et l'opposition a récupéré ce débat et en a fait, avec une mauvaise foi partisane et un aveuglement caractéristiques, un débat de principe opposant la liberté de la presse d'un côté, le pluralisme

de l'information de l'autre. Débat insoluble qui réussit à occulter les vraies questions. Il est clair que si la France était dotée d'une législation sur la concurrence digne de ce nom et applicable à tous les secteurs (y compris le secteur public), un tel débat aurait été évité, et le projet de loi lui-même aurait probablement été inutile.

Plus étonnante encore est la position du débat concernant l'école libre. Il est intéressant de transposer un instant ses termes dans les cadres intellectuels du système juridico-politique américain, pour apprécier la manière dont le problème se serait posé, ou plutôt *ne se serait pas posé* aux États-Unis. Attenter de près ou de loin à la liberté de l'enseignement eût été, à l'évidence, inconcevable dans le système américain, pour des raisons idéologiques certes, mais néanmoins solidement gravées dans la Constitution. Mais l'une des contreparties de cette inviolabilité par l'État du système éducatif est, bien logiquement, l'inconstitutionnalité du financement du secteur éducatif confessionnel par l'État, conséquence d'une stricte séparation des Églises et de l'État. Il existe, aux États-Unis, une jurisprudence très précise concernant le caractère légal ou illégal de tel ou tel mécanisme d'aide ou de subvention étatique à l'enseignement confessionnel. En tout état de cause, un débat sur les modalités d'organisation de l'enseignement privé se serait posé en termes juridiques et constitutionnels.

La France n'a pas jusqu'à présent, inscrite dans sa Constitution, une garantie formelle de la liberté et de l'inviolabilité de l'enseignement privé. Elle a de la séparation des Églises et de l'État, comme de la séparation des pouvoirs, une conception

beaucoup plus relâchée que la conception américaine. Autant de facteurs qui, indépendamment des différences profondes entre les contextes éducatifs et religieux en France et aux États-Unis, ont empêché un traitement juridique des questions posées, au profit d'une querelle politique archaïque et difficilement compréhensible pour un observateur non familier de la scène politique française.

Outre-Atlantique, le politique est soumis au juridique, à la Constitution, au contrôle des tribunaux et à l'initiative des *lawyers*. À l'inverse de la France, tous les problèmes d'importance nationale, politiques, économiques ou sociaux, ont tendance à être appréhendés en termes juridiques. Telle initiative du président des États-Unis est-elle conforme à la délégation d'autorité qui lui a été conférée par le Congrès ? Tel programme politique mis en œuvre par l'un des États est-il constitutionnel ? Tel accord entre entreprises est-il licite au regard de la législation *antitrust* ? Autant de questions quelque peu surréalistes en France. Aux États-Unis, c'est le droit – et d'abord la Constitution –, non le pouvoir politique, qui s'identifie à la volonté générale, donc à la démocratie.

Cette identification est évidemment permise par le consensus social et idéologique caractérisant la société américaine, qui l'oppose à la société française. L'existence d'un consensus sur un certain nombre de valeurs fondamentales – le système économique capitaliste, la libre entreprise, le marché et la concurrence, la limitation de l'intervention de l'État dans l'économie et la société, la primauté du droit elle-même (sans parler de la propriété, de la famille et de la Bible) – rend possible

l'usage qui est fait de la Constitution. Par contraste, les divisions de la société française sur ces mêmes valeurs ne permettent pas de sanctionner les aléas du politique par un système de normes juridico-politiques « neutres », stables à défaut d'être « claires », qui n'existe pas en France, à l'exception des Déclarations des droits et autres principes généraux du droit, encore sous-utilisés. Plus fondamentalement, il n'existe pas en France de pouvoir judiciaire et de culture juridique en mesure de faire triompher de telles normes contre le politique.

En conséquence, tant que le problème du consensus social ne sera pas résolu en France, il sera impossible de constituer un véritable « état de droit », faute de l'existence d'un droit extérieur à l'État et s'imposant à lui. Le jour où ce consensus s'établira et sera traduit en des normes juridiques – constitutionnelles – explicites, toute action de l'État sera d'emblée limitée et s'inscrira *a priori* dans un cadre juridique. Les bouleversements législatifs intervenus ces dernières années ont fait prendre conscience à beaucoup de la nécessité d'enrichir la Constitution dans le sens d'une limitation des pouvoirs de l'État, en déterminant des « zones de consensus » et en les « fixant », au profit des citoyens, sous forme de droits. Le projet de référendum sur les libertés publiques de l'été 1984 n'est peut-être pas étranger à cette visée. Il pourrait bien représenter pour le gouvernement actuel un investissement de précaution comparable à celui qu'a effectivement été pour l'ancienne majorité la réforme du mode de saisine du Conseil constitutionnel introduite en 1974.

3 - Deux pratiques de la représentation

Les différences entre la France et les États-Unis concernant l'équilibre des trois pouvoirs et la place du droit renvoient plus profondément à une théorie différente de la représentation politique, donc de la démocratie. Le système parlementaire français, fidèle à l'héritage de la Révolution, fait de la représentation la médiation nécessaire et suffisante entre le « peuple », théoriquement détenteur de la souveraineté, et les gouvernants, qui exercent effectivement le pouvoir. « La souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants... Aucune section du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice », proclame l'article 3 de la Constitution. Le processus de représentation est cependant abstrait et théorique : une fois élu, le représentant devient automatiquement dépositaire de la souveraineté sans contrôle effectif du représenté, si ce n'est par la voie de l'élection elle-même. C'est la théorie du mandat représentatif : une fois élu, le représentant n'a, juridiquement, plus de comptes à rendre à ceux qui l'ont élu ; sa responsabilité ne s'exerce qu'à l'égard de la nation tout entière. L'intérêt que le représentant porte à sa circonscription est donc exclusivement motivé par des considérations politiques : sa réélection personnelle et le poids de son parti politique dans la région. L'autre théorie de la représentation, celle du mandat impératif, qui tend à prévaloir en droit (de par la souveraineté réservée aux

États par la Constitution fédérale) sinon toujours en fait aux États-Unis, est expressément bannie par la Constitution de 1958 et toutes celles qui l'ont précédé : « Tout mandat impératif est nul. » Ainsi se trouvait éliminée la possibilité honnie d'une représentation d'intérêts particuliers, géographiquement circonscrits, économiquement et socialement délimités ; bref, d'une représentation réelle de la société réelle. Rousseau, lui, était favorable au mandat impératif pour garantir les électeurs contre les excès de la représentation. Car l'effet premier du mandat représentatif est d'interrompre la relation entre les citoyens et le Parlement élu, pour toute la durée séparant chaque élection.

Dans la théorie révolutionnaire, le mandat représentatif aboutissait à la toute-puissance du pouvoir législatif élu. Ce résultat, qui n'est pas conforme à la réalité politique de la V^e République, a été empêché par ce qu'on pourrait appeler la « récupération de la représentation » par l'exécutif. L'élection du président de la République au suffrage universel direct, inaugurée en 1962, a eu pour but et pour effet de confisquer, au profit de l'exécutif et de son chef, les bénéfices de l'illusion représentative qui étaient l'apanage exclusif du législatif dans la théorie originelle. Le président de la République, par le sacre de l'élection, est devenu le représentant direct et unique de tous les Français, en concurrence avec le Parlement, et en fait par-delà celui-ci. Outre cette modification hiérarchique entre l'exécutif et le législatif – déjà inscrite dans la Constitution de 1958 – la récupération de la représentation par l'exécutif a aggravé la coupure entre la société civile et l'État : extension à sept ans de

l'intervalle entre les votes fondamentaux, occasion quasi exclusive de manifestation institutionnelle de la société civile ; dilution encore plus grande de la représentation par la taille désormais nationale du représenté. La notion de « peuple », fondement et enjeu de la représentation politique, est ainsi devenue de plus en plus fuyante, aboutissant principalement à priver le citoyen de toute parcelle de souveraineté. Fort heureusement, cette modification fondamentale de l'équilibre des pouvoirs au profit de l'exécutif s'est accompagnée de quelques correctifs au niveau du contrôle juridique sur les activités de l'État : montée en puissance du Conseil constitutionnel et vigilance accrue du Conseil d'État. Mais les grands principes sont demeurés intacts depuis 1789, notamment quant au statut du pouvoir judiciaire et au prestige de la règle de droit.

L'adhésion des États-Unis à une autre théorie de la représentation, plus proche du mandat impératif, a conféré à la démocratie américaine des caractéristiques fondamentalement opposées à celles du modèle français, qui irriguent la civilisation américaine.

L'apparence extérieure de la démocratie américaine est en tous points conforme à l'idée de la démocratie qui prévaut en France : régime mi-présidentiel, mi-parlementaire, importance de l'élection. La distinction entre les deux types de mandats paraît elle-même sans conséquences immédiates sur le comportement des élus : la responsabilité des sénateurs américains, représentants des États, n'est pas plus directement engagée juridiquement auprès de leur électorat que ne l'est celle d'un

député français.

Mais, passé le stade des apparences institutionnelles, les sénateurs américains sont non seulement autorisés, mais ils sont tenus par la Constitution fédérale de prendre en compte les intérêts institutionnels des États et de représenter leurs électors spécifiques à l'échelon national. Le problème se pose à l'évidence en termes différents en raison de la nature fédérale et de la taille des États-Unis. Les sénateurs représentent des États – et leurs populations – auprès du gouvernement fédéral ; ils sont jugés sur leur capacité à représenter et à faire prévaloir les intérêts politiques, économiques et sociaux des sociétés qui les ont élus. Cette représentation n'est d'ailleurs en rien incompatible avec leurs fonctions législatives dans les domaines d'importance nationale. Bien au contraire, la réussite et le prestige du Sénat américain tient à sa capacité à se faire l'interprète des intérêts locaux, en harmonie avec la mentalité politique américaine. À l'heure actuelle, l'assurance nouvelle des États et des gouvernements locaux à l'endroit du système fédéral, les projets reaganiens de « nouveau fédéralisme » (autre nom d'un transfert de compétences et de charges du gouvernement fédéral aux États) et le néo-régionalisme issu des mutations géographiques et économiques vers le sud et l'ouest des États-Unis convergent pour affaiblir la centralisation et la démocratie représentative, associées à l'*establishment* de la Côte Est, encore trop proche de l'influence du Vieux Continent. Dans ce système de représentation, la souveraineté, qui dérive de la société civile, ne la quitte pas du seul fait de l'élection des représentants. En cela, la démocratie américaine peut s'analyser

comme un régime hybride de démocratie représentative et de démocratie directe, qu'on peut appeler démocratie participative. La participation politique des citoyens est en effet, avec la doctrine de la garantie constitutionnelle de leurs droits, la base de la démocratie américaine. Les Français se passionnent pour la politique, mais préfèrent la regarder plutôt que la faire. La politique-spectacle, avec sa galerie de professionnels, est ainsi l'antithèse de la participation politique des citoyens. Certes, les Américains votent peu et ignorent la « grande politique » ; mais les puissantes et actives forces économiques et sociales qui composent la société civile américaine font quotidiennement de la *micropolitique*.

L'attitude des citoyens par rapport au politique est en effet très différente des deux côtés de l'Atlantique. On attend du politique, aux États-Unis, des réalisations relativement limitées : tel candidat augmentera-t-il ou réduira-t-il les impôts ? Relancera-t-il ou freinera-t-il la course aux armements ? Quelle est sa position sur la question de l'avortement ? sur celle de l'immigration hispanique ? On vote parfois, localement, sur un seul problème, sur lequel porte toute la campagne du candidat : c'est la *single-issue politics*. Même au niveau national, l'on n'attend jamais des candidats et du système bipartisan un programme d'ensemble, *a fortiori* une utopie politique de changement social ou une idéologie. Sur le marché politique, on est pour ou contre tel problème du moment, on cède son vote à tel candidat contre une option de résolution de ce problème dans une direction déterminée. Pour le reste, la démocratie est l'affaire quotidienne de tous.

Toute autre est à l'évidence la nature du jeu politique en France. Notre penchant pour l'idéologie et notre superstition du politique sont aggravés par les choix réduits qui nous sont offerts. À la structure oligopolistique du marché politique s'ajoute les effets anticoncurrentiels de la « vente liée » : point de dénationalisation sans mesures répressives contre l'immigration, ou de libéralisation de la société sans étatisation de l'économie. On ne peut voter pour les uns ou les autres sans risquer un changement de société ou une réaction conservatrice, sans acheter à tout le moins un programme intégré et une idéologie compacte. L'actuel rejet de la politique professionnelle en France aura peut-être pour effet une bénéfique démythification du politique et sa réinsertion dans la société civile. Une pratique plus immédiate, plus activiste et plus efficace de la démocratie remplacerait alors les grandes chimères politiques et la polarisation paralysante qu'elles génèrent.

En sens inverse, l'attitude du pouvoir politique à l'égard des citoyens est fondamentalement différente ici et là. En France, l'un des postulats de base de l'hégémonisme étatique a toujours été l'infantilisme de la société, qu'il contribue d'ailleurs lui-même à perpétuer. La gauche tire de ce postulat la nécessité de protéger la société, et pas seulement les plus faibles, contre toutes sortes de dangers, réels ou imaginaires (les multinationales, la publicité, l'influence étrangère, la concurrence internationale...) ; la droite traditionnelle en tire argument pour assurer sa mainmise sur elle et pratiquer parfois la démagogie. L'image de référence de la relation État/société est celle de l'antique « carré blanc » de la télévision. La classe politique dans son ensemble ne fait pas

suffisamment confiance à la société pour lui « parler vrai » et l'affranchir de la tutelle lénifiante de l'État. Elle n'a en vérité aucun intérêt à le faire, car elle perdrait du même coup une bonne part de sa propre justification.

Mais ce postulat est largement dépassé par l'élévation du niveau de responsabilité et de compétence de la société, l'évolution des mentalités et des communications. Faute de s'en être aperçue assez tôt, la classe politique française s'est mise elle-même en quarantaine à travers un discours entièrement déconnecté de la réalité civile ou un « double langage » de plus en plus dénoncé. Les livres des « socioprofessionnels » ont ainsi relayé les discours des hommes politiques dans l'intérêt des citoyens. C'est en vérité tout un modèle de relation du politique à la citoyenneté qu'il s'agit de transformer.

La cellule de base de la démocratie américaine est le « citoyen vertueux », selon l'expression de Roger Michener, adulte, entreprenant et indépendant de l'autorité publique, sur lequel repose tout l'édifice de la confiance nécessaire au fonctionnement de la société contractuelle. Derrière les attitudes du pouvoir politique à l'égard de la société de part et d'autre de l'Atlantique se profilent donc deux conceptions de l'homme. Les formes de démocratie participative pratiquées aux États-Unis naissent du sentiment qu'ont les électeurs de pouvoir légitimement influencer leurs représentants, et le sentiment réciproque, chez les élus, de leur devoir d'écouter et de satisfaire ces aspirations. Cette « influence » est assez éloignée des relations qui peuvent exister entre des élus locaux et leur électorat en France. C'est un processus entièrement public,

ouvert et systématique, qui s'exerce sur l'activité législative elle-même, et sur des questions d'importance nationale et internationale. L'un des véhicules privilégiés de cette forme de démocratie – outre le recours aux tribunaux et les initiatives du corps social – est naturellement le *lobbying*, phénomène généralisé et relativement mal connu en France, sans doute parce qu'incompréhensible dans les termes de la démocratie française.

C'est donc à l'échelle du Congrès tout entier que s'effectue la résolution globale de ces représentations particulières, souvent contradictoires et par essence incohérentes. D'où l'aspect de « marchandage » – entre le Congrès et la Maison-Blanche et au sein du Congrès entre les commissions et sous-commissions des deux chambres – et l'impression de chaos souvent dénoncés par les politologues français traitant du système américain ; mais, aussi, l'improbabilité d'un vote partisan.

Il est rare, cependant, que les commentateurs français du système politique américain s'abstraient des catégories nationales pour en embrasser la logique propre [\[16\]](#) . On qualifie ainsi souvent en France la démocratie américaine de « démocratie présidentielle ». Si le renforcement des pouvoirs présidentiels représente une tendance historique, perceptible notamment sous la « République impériale » de Nixon, est-il un autre système démocratique où le Parlement soit aussi puissant, où les pouvoirs du Président doivent toujours être « vérifiés » au regard de la Constitution et des délégations d'autorité émanant du Congrès ? Et la défiance des Américains à l'égard du politique, souvent ressenti comme corrompu, est telle que le choix d'un

Président éleveur de cacahuètes ou héros de westerns constitue à la limite une garantie supplémentaire pour la démocratie. Les formes de démocratie participative évoquées précédemment doivent être en réalité associées, non à la présidentialisation du régime (comme ce fut le cas en France avec l'élection du président de la République au suffrage universel en 1962), mais à un *double système de représentation*.

Le pouvoir demeurant centré sur l'individu, citoyen, consommateur, contribuable ou actionnaire, et sur les multiples unités institutionnelles de la société civile, tout se passe comme si faisait concurrence à la représentation politique, une représentation *privée*. Cette représentation privée de la société civile américaine est naturellement assurée par les *lawyers* et les *lobbyists* ou, de plus en plus, par les groupes sociaux et les citoyens eux-mêmes, et s'exerce tant à l'endroit d'autres composantes de la société que vis-à-vis des représentants politiques. Les « initiatives » et les *referenda*, telle la fameuse Proposition 13 votée en 1978 pour réduire le taux de l'impôt foncier en Californie, issus de l'action directe des citoyens à l'échelon local, sont les outils de la nouvelle démocratie américaine depuis les années 1970. Selon les politologues et les sociologues américains, l'élévation du niveau général de formation et la révolution des communications condamnent irréversiblement la démocratie représentative, telle qu'elle s'est exercée depuis deux siècles. Immédiatement informés, mieux en mesure de juger, les citoyens ne souhaitent plus déléguer entièrement et irrévocablement leur souveraineté. Au mandat représentatif verra-t-on un jour succéder le mandat à *tout*

moment révocable ?

Ces systèmes concurrents de représentation traduisent sans nul doute la méfiance persistante de l'individualisme américain à l'égard de la représentation politique : les *lobbyists* jouent le rôle de représentants privés, de médiateurs de la société auprès des représentants politiques, tandis que les *lawyers* font évoluer le processus de représentation à l'extérieur même des instances traditionnelles de représentation politique, en concurrence avec elles, voire contre elles. Un grand procès, tel l'action en diffamation de 120 millions de dollars intentée par le général Westmoreland, ancien commandant des forces américaines au Vietnam, contre CBS, auteur d'un documentaire l'accusant d'avoir caché aux autorités et au public américains la puissance réelle de l'ennemi, est l'occasion de lancer, dans les prétoires et les médias, un nouveau débat public sur la guerre du Vietnam et la liberté de la presse, qui échappe entièrement à l'arène politique. Quant aux initiatives propres de la société civile au niveau local, elles font apparaître, à l'horizon de la vie politique américaine, la perspective de la démocratie directe.

Idéologiquement, dans un système prioritairement soucieux de protéger l'individu contre l'autorité publique, il n'est pas surprenant de voir les *lawyers*, représentants par excellence d'intérêts privés, appelés à intervenir en toute occasion. On n'accomplit pas grand-chose sans son avocat aux États-Unis, et l'une des garanties constitutionnelles de base, notamment en matière de procédure pénale, est de laisser au citoyen le droit de l'appeler avant toute soumission à l'autorité publique. Mais ces formes de représentation manifestent aussi un certain échec de

la démocratie représentative aux États-Unis, où la puissance du judiciaire s'est historiquement construite sur la carence du législatif et de l'exécutif fédéraux, et où les tribunaux assument, parfois de manière inadéquate, des fonctions considérables qui reviennent normalement aux représentants élus.

La capacité du pouvoir judiciaire à apporter une contribution efficace à la justice sociale donne lieu à des appréciations contradictoires. « Les tribunaux n'ont pas les moyens de remplir ce rôle. Le pouvoir judiciaire est devenu fort parce que les deux autres pouvoirs ont fait défaut. Les élus fuient les décisions. La presse et le judiciaire sont les nouveaux lieux de prise de décision » : ces constatations du *Justice Potter Stewart* [\[17\]](#), ancien juge de la Cour suprême, invitent à s'interroger sur l'opportunité du légalisme à l'américaine dans un système où la démocratie représentative fonctionnerait bien, où l'État remplirait pleinement son rôle. En poursuivant ce raisonnement, si l'on considère que ces caractéristiques correspondent au modèle français, où l'État intervient plutôt trop que pas assez, où il est relativement facile de légiférer sans trop de délai, où les conflits semblent miraculeusement se résoudre par le dialogue plutôt que par des procès, l'insignifiance du juridique s'expliquerait d'elle-même, par son inutilité au pays d'une sorte de régulation parfaite. En réalité, si régulation juridique et régulation étatique sont deux modes alternatifs, et si le modèle français présente bien des avantages, le choix entre l'un ou l'autre n'est pas neutre quant à la relation hiérarchique qu'il induit entre l'État et la société civile. Le modèle américain confère à chaque citoyen le pouvoir de faire bouger les limites du

droit. La démocratie représentative à la française dépossède la société de ce pouvoir au profit de l'État, pour le meilleur et pour le pire.

Car le système représentatif à la française est lui aussi en crise [\[18\]](#) . Par le cumul généralisé des mandats et la professionnalisation de l'activité politique et administrative, l'univers de la représentation est devenu celui d'une caste rigide, fermée et parasitaire, concentrant de plus en plus de pouvoir tout en étant de plus en plus à la dérive des forces de la société, et de ce fait menacée par le déclin qu'ont connu d'autres castes de notables dans l'Histoire.

L'idéologie de la représentation a pour effet majeur de constituer un écran massif entre les citoyens et la souveraineté. Que l'on songe simplement à l'usage qui est fait de l'adjectif « public » : rarement désigne-t-il encore la masse des citoyens comme dans l'expression « jardin public ». Le plus souvent, il fait référence à la propriété ou au contrôle de l'État. Ainsi une société « publique » désigne en France une société détenue ou contrôlée par l'État, tandis que la même expression signifie aux États-Unis une société cotée en bourse, c'est-à-dire dont les titres sont détenus par le public lui-même.

Cette confiscation de la souveraineté par la représentation nationale trouve une expression inattendue dans l'ordre esthétique et architectural : de nombreux monuments historiques français sont ainsi soustraits à l'usage du public pour être affectés à celui de ses représentants, ce qui surprend plus d'un touriste. Ne dit-on pas que le VII^e arrondissement, quartier du pouvoir, est le plus vert de Paris, à condition de l'admirer

d'hélicoptère ?

Le débat apparemment technique sur les modalités de la régulation ou sur l'efficacité du légalisme américain recouvre donc, en dernière analyse, une différence irréductible sur la question de la localisation du pouvoir. Malgré toutes les lourdeurs du juridisme, les Américains ne sont pas prêts à renoncer à une conception de la démocratie centrée sur le citoyen : plutôt le « gouvernement des juges », actionnés par les citoyens, que celui des *bureaucrats* et l'oligarchie des représentants. Après tout, la révolution américaine n'a-t-elle pas essentiellement consisté à inverser le sens de la relation politique et de la transmission du pouvoir : du bas vers le haut de la société, et non plus du roi vers ses sujets ?

4 - Pour en finir avec le « gouvernement des juges »

Le thème du « gouvernement des juges » est l'un des poncifs de la classe politique française, qui exprime aujourd'hui principalement son rejet d'un mode de gouvernement à l'américaine, mais a d'abord exprimé historiquement le refus du pouvoir politique né de la Révolution et, avant lui, de la monarchie, de voir le pouvoir judiciaire empiéter sur ses prérogatives. On a vu (et l'on verra encore au chapitre suivant) les conséquences de cette attitude sur l'organisation de la justice et le fonctionnement du jeu politique dans la France contemporaine.

La Révolution a voulu en finir avec le gouvernement des juges : nous voudrions ici tenter d'en finir avec la critique systématique de ce que cette expression est censée recouvrir.

Car si, aujourd'hui, chacun se préoccupe assez peu en France de ce que les tribunaux soient exclus de la résolution des questions politiques au sens large, nul ne conteste plus en revanche la légitimité d'une soumission des lois à une norme juridique supérieure à elles, la Constitution, et le caractère bénéfique du contrôle de constitutionnalité pour la démocratie. Or, les prérogatives politiques croissantes des Parlements vers la fin de l'Ancien Régime, tant décriées par les historiens adoptant spontanément le point de vue du politique, représentaient pour une part une amorce de contrôle de l'activité de la monarchie

absolue au regard d'une sorte d'ébauche de Constitution, ce qu'on nommait alors les « lois fondamentales du royaume ». L'absolutisme ayant été réalisé et fondé en droit avec leur concours, il ne restait aux juristes que l'espoir de le limiter par le haut, en développant des normes supérieures à lui (règles de dévolution de la couronne, inaliénabilité du domaine public...) [19]. Le puissant Parlement de Paris se prétendait ainsi représentatif de la nation et gardien de ces « lois fondamentales », grands principes coutumiers qui s'imposaient au roi et préfiguraient, avant que le Contrat social de Rousseau n'en fournisse la théorie, les constitutions des Temps modernes. L'hostilité de la France postrévolutionnaire aux Parlements de l'Ancien Régime explique sans doute ainsi l'absence prolongée et surprenante, dans l'histoire de la démocratie française, d'un contrôle de constitutionnalité qui n'a commencé d'exister véritablement qu'en 1958 et de jouer un rôle significatif dans la vie politique nationale qu'au début des années 1970. Ainsi, la problématique du contrôle de constitutionnalité en France n'est pas séparable de celle du « gouvernement des juges », reflétant elle-même la rivalité entre le pouvoir politique et le pouvoir juridique.

La Cour suprême des États-Unis est l'incarnation moderne du gouvernement des juges. On lui reproche en général d'avoir un pouvoir politique considérable et durable, sans que ses membres aient subi le sacre de l'élection. Et il est vrai que la Cour suprême a façonné en profondeur la société américaine ; que ses membres, nommés à vie par le président des États-Unis, sont assurés d'une longévité qui dépasse de beaucoup celle des élus

politiques. Ce sont ces mêmes critiques qui nourrissent en France, toutes proportions gardées, le procès latent fait au Conseil constitutionnel. Mais quelle est leur validité réelle ? Le critère de l'élection, comme source de la légitimité d'une institution, est directement lié aux théories de la représentation et de la volonté générale. La fonction principale de ces théories en 1791, à l'époque où elles sont entrées dans notre droit public, était d'assurer la prééminence de l'Assemblée nationale législative sur la monarchie d'une part, sur le « peuple » d'autre part : la souveraineté nationale était une machine de guerre contre la monarchie de droit divin et la souveraineté populaire, tout à la fois. Ces préoccupations ont perdu tout sens aujourd'hui, et plus encore au moment où le système représentatif connaît une crise sérieuse dans les démocraties les plus avancées. Il n'en demeure pas moins qu'aux États-Unis comme en France, l'idée démocratique est indissociable du système représentatif et que les pouvoirs de la Cour suprême doivent être réconciliés avec la théorie de la représentation.

Si les juges de la Cour suprême ne sont pas élus, observera-t-on, ils sont nommés par le Président, élu de la nation, tout comme l'est un Premier ministre français, et leur nomination doit être approuvée par le Sénat. Mais la véritable différence est dans la durée : les hommes politiques, ministres ou élus, ont en général une « durée de vie » relativement brève ; les juges de la Cour suprême, nommés à l'apogée de leur carrière, ont tendance à vivre vieux. La majorité des membres de la Cour suprême actuelle est âgée de plus de 75 ans, ce qui n'est pas un mal en soi, l'expérience étant le meilleur atout des juges et des juristes, mais

constitue aujourd'hui aux États-Unis la menace la plus sérieuse d'extension d'un certain conservatisme reaganien au-delà du millénaire. Il suffirait en effet que Ronald Reagan ait l'occasion de nommer les successeurs de trois d'entre les juges septuagénaires pour installer à la Cour une majorité conservatrice propre à réaliser les aspirations d'une partie de son électorat sur des questions telles que l'avortement ou les prières dans les écoles publiques, et, au-delà, à marquer la société américaine pour les trente prochaines années.

Mais le danger potentiel pour la démocratie que semble recéler la nomination à vie des juges de la Cour suprême est grandement atténué par divers mécanismes autorégulateurs. Instance de régulation politico-morale de la société américaine sur le long terme, la Cour suprême ne peut s'affranchir indéfiniment de l'air du temps. Ainsi la légère remise en cause de certaines avancées progressistes et libérales de la jurisprudence des années 1950 à 1970 a-t-elle suivi l'évolution « conservatrice » de la société américaine, exprimée par l'élection et la réélection triomphale de Ronald Reagan. À l'inverse, les neuf hauts magistrats conservateurs des années 1930 n'avaient pu résister longtemps à la révolution étato-libérale du *New Deal*, que l'élection de Roosevelt portait en elle.

Par ailleurs, les juridictions fédérales n'interviennent pas sur les questions dites « politiques », c'est-à-dire touchant aux relations entre les autres pouvoirs fédéraux, en vertu d'une doctrine équivalente à celle des « actes de gouvernement » dans notre droit administratif. Dans la tradition politique américaine, le pouvoir judiciaire fédéral n'a pas la volonté d'intervenir dans le

jeu politique, à supposer même qu'il en ait les moyens. La Cour suprême évite également de trancher les « questions constitutionnelles », si elle peut s'en dispenser dans la résolution d'un litige. Et le contrôle de constitutionnalité a essentiellement servi à affirmer la prépondérance du gouvernement fédéral sur les États et à assurer un minimum de centralisation dans le pays. L'autre grand modérateur du « gouvernement des juges » est ancré au cœur même du système : c'est la règle technique du précédent jurisprudentiel, évoquée au chapitre précédent, qui joue ici un rôle de stabilisateur automatique. Car en dépit de son rôle politique au sens large, la Cour suprême demeure une juridiction. Il en résulte tout d'abord, comme le soulignait Tocqueville, que ce rôle éventuel reste toujours tributaire de la survenance d'un litige, de l'initiative d'un plaideur, et des limites dans lesquelles le litige aura été circonscrit par la procédure antérieure : autant de bornes au gouvernement des juges. Amenée à se prononcer, la Cour suprême se trouvera liée par la sédimentation jurisprudentielle du droit qu'elle a elle-même élaboré. C'est par exemple la Cour elle-même qui, en 1962, avait interdit l'organisation de prières dans les écoles publiques ou, en 1973, avait reconnu le droit à l'avortement. Pourrait-elle, d'un jour à l'autre, revenir sur ces décisions ?

Juridiction suprême, la Cour n'est à l'évidence liée que par le droit constitutionnel, non par des décisions judiciaires, y compris les siennes propres, sur lesquelles elle peut théoriquement revenir. Mais les grandes décisions de la Cour suprême font maintenant partie intégrante du droit constitutionnel américain, et ne peuvent plus être purement et simplement ignorées. Ces

grandes décisions résultant d'une *interprétation* de la Constitution, une Cour suprême reaganienne devra, pour revenir sur elles, interpréter les principes fondamentaux d'une manière différente de celle de ses prédécesseurs libéraux.

C'est précisément ici que nous paraît résider, dans certains domaines, la supériorité de la démocratie américaine. Le poids d'un passé jurisprudentiel, le conflit éventuel entre plusieurs interprétations et plusieurs herméneutiques de la Constitution logiquement articulées, ouvrent nécessairement la voie à une pratique juridique, voire philosophique, de la démocratie, par opposition à une argumentation purement politique et une prise de décision arbitraire. La Cour suprême ne pourrait revenir sur les acquis jurisprudentiels des trente dernières années que très progressivement et vraisemblablement de manière limitée.

Elle devrait préalablement affronter les arguments des *lawyers*, se débattre avec les principes d'interprétation antérieurement posés, et leur articulation avec les faits nouveaux, justifier les incohérences éventuelles, et ce d'autant plus si elle se trouvait en porte-à-faux avec les aspirations de la société et les orientations de la représentation nationale. Sa liberté de revirement jurisprudentiel sera, en tout état de cause, largement canalisée par le cadre intellectuel imposé par le système juridique américain [\[20\]](#). Il y a là toute la différence entre une pratique philosophico-juridique et une pratique purement politique de la démocratie, entre le droit organique et le pouvoir à l'état brut, entre décréter et juger.

Si l'on reconnaît au « gouvernement des juges » ces vertus non négligeables, est-il possible de distinguer alors entre des

domaines relevant légitimement de la jurisprudence, et d'autres qui reviendraient naturellement à la représentation nationale ? La tâche est plus ardue qu'il n'y paraît et la question de l'étendue légitime de l'activité, notamment constitutionnelle, des juges divise depuis des décennies les juristes américains.

Cette question est intimement liée à celles de la conciliation du rôle de la Cour suprême avec le système représentatif, cœur de la tradition démocratique américaine, et de la « bonne »

herméneutique constitutionnelle. À l'un des extrêmes, la théorie dite de l'*interpretivism* soutient que la seule interprétation juste de la Constitution est celle qui se limite à ce que les Pères

Fondateurs avaient effectivement prévu, c'est-à-dire que toute avancée jurisprudentielle doit reposer *sur une* disposition

explicite de la Constitution ou, à défaut, sur un texte clair des *Federalist Papers* [\[21\]](#) . À l'autre extrême, la théorie du *non-*

interpretivism, soutient au contraire que la Cour suprême doit donner un contenu aux principes politiques généraux posés par la Constitution par la médiation d'applications

philosophiquement défendables de ces principes, c'est-à-dire éventuellement substituer ses propres jugements de valeur à

ceux du législateur ou de l'Administration. Sur ce fondement, la clause de *due process* des V^e et XIV^e Amendements à la

Constitution a évolué d'une conception purement procédurale des garanties fondamentales des personnes (*procedural due*

process) à une conception de fond portant sur la substance même des droits garantis (*substantive due process*). Une théorie

intermédiaire s'efforce de concilier le pouvoir de la Cour suprême avec le système représentatif, en limitant son rôle

créateur à la police du bon fonctionnement du système représentatif : le pouvoir judiciaire fédéral doit assurer la participation de tous au processus politique et faciliter la représentation des minorités [\[22\]](#).

Ces diverses théories ne sont naturellement pas neutres politiquement et traversent l'opposition de l'activisme et de la « modération » judiciaires, en fonction de l'interprétation dominante de la Constitution. Lorsque, durant le premier tiers du siècle, la Cour suprême conservatrice (au sens propre du terme) défendait les valeurs individualistes de la Constitution contre la montée des régulations étatiques, les libéraux (au sens américain) étaient naturellement défavorables à l'activisme judiciaire. Depuis le *New Deal*, la Cour suprême ayant progressivement « incorporé » les valeurs du *Welfare State* dans les clauses de la Constitution, l'activisme judiciaire a eu tendance à devenir « de gauche ».

Dans l'Amérique reaganienne, ces débats détermineront la nouvelle direction de la régulation sociale, et les positions sont sur le point de s'inverser à nouveau. Il n'est pas étonnant dès lors de voir les juristes conservateurs nommés par Ronald Reagan partager aujourd'hui l'aversion des Français pour le « gouvernement des juges » et monter une attaque en règle contre l'« industrie des droits » et les excès de l'activisme judiciaire libéral [\[23\]](#).

Mais ces développements ne remettent aucunement en cause les fondements de la régulation juridique de la société américaine, et ses vertus. Si l'on aperçoit clairement aux États-Unis quelques provinces malencontreusement échues au judiciaire en raison de

la carence prolongée du législateur, est-il nécessairement souhaitable que des questions telles que l'avortement, la peine de mort ou l'immigration soient tranchées par la majorité politique ou le référendum populaire ? C'était là l'enjeu essentiel du récent débat survenu en France autour du projet de référendum sur les libertés publiques, dont les dangers potentiels ont bien été mis en évidence. Une fois n'est pas coutume, les juristes constitutionnels français rejoignent la méfiance traditionnelle des Américains à l'égard des majorités politiques fluctuantes et des caprices des *referenda* populaires, aisément manipulables, pour célébrer l'œuvre jurisprudentielle modératrice du Conseil constitutionnel. La démocratie française a encore beaucoup de profit à tirer d'une meilleure connaissance du système constitutionnel américain. Il n'est ainsi pas concevable que certaines décisions touchant à des droits aussi fondamentaux que le droit d'asile ou à des questions telles que l'immigration ou les télévisions « libres » puissent être prises, d'un jour à l'autre, par décret, sans la médiation du débat juridique, ou que l'exécutif soit amené à intervenir en dernier ressort, dans un sens ou dans l'autre, et à son grand embarras, sur une décision d'extradition qui ne devrait relever que de l'autorégulation assurée par le système juridique.

Un regain de prestige de la fonction juridictionnelle dans la société française, et le renforcement du pouvoir juridique qui en est le corollaire indispensable, nous pourvoiraient d'une démocratie plus riche et plus mûre que celle que nous connaissons. Et l'intégration de la Déclaration des droits de l'homme au « bloc de constitutionnalité » par le Conseil

constitutionnel devrait en bonne logique nous conduire à des débats proches de ceux que connaissent les États-Unis sur l'interprétation des textes et principes fondateurs de notre démocratie. Beau programme pour les historiens et les juristes à la veille du bicentenaire de la Révolution !

L'importance du droit dans le système politique américain est en définitive indissociable d'un modèle global de démocratie, qu'on pourrait qualifier de *contradictoire* – au sens judiciaire du terme –, d'accusatoire et de conflictuel. Par contraste, la démocratie française – et européenne en général – fait figure aux yeux des Américains de démocratie unitaire, « unanimiste ». Le thème de la sainte alliance entre *business*, *labor* et *government* dans les démocraties européennes est un lieu commun de l'imagerie démocrate aux États-Unis. La confrontation de cette image à la réalité, française notamment, en dit long sur le caractère mythique de l'« unanimisme » démocratique français.

L'opposition entre les modèles de démocratie américain et français sera développée au chapitre V, en des termes plus complexes que la simple opposition entre une démocratie conflictuelle (*adversarial*) et une démocratie unitaire.

En matière d'organisation du pouvoir politique, les tendances monopolistiques du système français s'opposent aux mécanismes concurrentiels du système américain. La tendance au monopole s'observe en France à plusieurs niveaux : monopole du pouvoir de l'exécutif et de sa majorité parlementaire, au détriment du législatif et surtout du judiciaire comme pouvoirs autonomes ; monopole du pouvoir des représentants au détriment des représentés ; surdétermination du politique au détriment du

juridique. Les États-Unis, au contraire, pratiquent la concurrence des pouvoirs jusqu'à la discontinuité : concurrence entre le judiciaire, le législatif et l'exécutif et au sein même de chacun de ces pouvoirs ; concurrence des intérêts particuliers représentés par les élus de la société civile ; concurrence dans la production des normes juridiques, dans le cadre de la Constitution.

Quant à la localisation du pouvoir, elle est, en France, tout entière au sommet de la société, dans l'*establishment* politique et administratif ; aux États-Unis, elle est disséminée dans les grandes institutions, sinon dans chaque individu, et dans les agrégats d'intérêts individuels que constituent les entreprises collectives, beaucoup plus nombreuses qu'en France, et les groupes de pression.

L'opposition du monopole et de la concurrence reçoit, dans le registre idéologique de chacun des systèmes, une traduction permettant l'autolégitimation et le discrédit de l'autre. En France, les tendances monopolistiques sont légitimées en termes d'*unité*, de *cohérence*, d'*indivisibilité* : c'est le caractère indivisible de la République, affirmé par la Constitution ; la cohérence de l'action du gouvernement (contre la concurrence des contre-pouvoirs) ; l'autorité de l'État ; l'unité nationale ; la généralité de la volonté, slogans d'ailleurs largement patronés par ceux qui mènent aujourd'hui la croisade contre le tout-État. En négatif, le système politique américain est naturellement perçu en France comme « incohérent », « chaotique », « inextricable ». Non sans raison d'ailleurs, du seul point de vue de la continuité de l'action gouvernementale.

Aux États-Unis, la pluralité et la concurrence des pouvoirs sont,

en politique comme en économie, des articles de foi, tout comme l'affirmation des droits du citoyen contre les pouvoirs constitués. L'inefficacité, les chevauchements de compétences, les difficultés de communication, la lourdeur des procédures, le coût en ressources et en temps et autres dysfonctions du système américain en sont le prix à payer. L'unité, la cohérence n'existent pas *a priori* – si ce n'est peut-être dans la Constitution – mais sont le résultat, presque le résidu, du processus démocratique (négociation entre l'exécutif et le Congrès, *lobbying*, actions en justice). Le modèle démocratique français apparaît de ce point de vue soit insuffisant, soit naïf. Insuffisant, à la mesure de la faiblesse du législatif et du judiciaire, des lacunes du contrôle de constitutionnalité, et surtout de la puissance quasi monarchique de l'exécutif. Naïf, s'il présuppose sérieusement, pour se légitimer, une unité, une cohérence, une généralité qui n'existent pas dans la réalité. Son efficacité apparente à court terme masque, sur le long terme, des formes d'inefficacité incontrôlées et des erreurs profondes de politique, dont le solde global se révèle aujourd'hui en France beaucoup plus onéreux. Car la fragmentation du pouvoir aux États-Unis est aussi fractionnement du risque d'erreur. Ne vaut-il pas mieux, dans l'esprit conservateur d'un Montaigne, souffrir qu'une bonne décision puisse être ralentie par une lourdeur procédurière, plutôt que voir, tout particulièrement dans un pays enclin aux chimères politiques et quelque peu dédaigneux de la réalité, une décision néfaste adoptée trop facilement et sans recours par une majorité politique ?

Notes du chapitre

[1] ↑ Voir n. 1, chap. II.

[2] ↑ La loi des 16-24 août 1790 interdisait aux juges, sous peine de forfaiture, de porter un jugement sur les actes de l'administration. L'article 5 du Code civil dispose : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

[3] ↑ Jean Carbonnier, *Flexible droit*, chap. 1, p. 10, Paris, LGDJ, 1979.

[4] ↑ Jean Carbonnier, *op. cit.*, chap. II, p. 39.

[5] ↑ Michel Foucault, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 111-118.

[6] ↑ « Nous sommes entrés, depuis des siècles maintenant, dans un type de société où le juridique peut de moins en moins coder le pouvoir ou lui servir de système de représentation. Notre ligne de pente nous éloigne de plus en plus d'un règne du droit qui commençait déjà à reculer dans le passé à l'époque où la Révolution française et avec elle l'âge des constitutions et des codes semblaient le promettre pour un avenir proche » (M. Foucault, *op. cit.*, p. 118). Cette conclusion de l'analyse de Foucault ne nous paraît pas en désaccord formel avec la thèse du présent ouvrage. La démarche de Foucault procède d'une sorte d'hyperréalisme du pouvoir ; sa représentation du juridique est, conformément d'ailleurs à la conception française, toute négative, réduite aux notions de loi, d'interdit et de châtement. Notre propos est, plus simplement, de normer le politique par référence à une vision beaucoup plus positive du juridique. On peut ainsi penser, à l'inverse de la ligne de pente évoquée par Foucault, que la réalisation des aspirations libertaires de la société passe par le « combat pour le droit » et la revendication de droits nouveaux contre les mécanismes de pouvoir institutionnels.

[7] ↑ R. Michener, *op. cit.*, chap. I, n. 3.

[8] ↑ Cette correspondance rejoint, dans l'ordre juridico-politique, la thèse dite de l'« exceptionalisme américain », qui explique l'essor du capitalisme américain par le défaut de passé féodal et fait pendant à la thèse des « entraves féodales » comme explication des démêlés du Vieux Continent avec le capitalisme. Voir Albert O. Hirschman, *L'économie comme science morale et politique*, chap. I (Douceur, puissance et faiblesse de la société de marché), Paris, Gallimard / Le Seuil, 1984. Sur le thème des « entraves féodales », voir Arno Mayer, *La persistance de l'Ancien Régime. L'Europe de 1848 à la Grande Guerre*, Paris, Flammarion, 1983. Le revers de l'« exceptionalisme américain » ainsi entendu est l'absence de débat idéologique aux États-Unis, faute de tension entre la modernité capitaliste et un passé féodal et monarchique. Voir sur ce thème, Louis Hartz, *The Liberal Tradition in America*, New York, Harcourt, Brace, 1955.

[9] ↑ Article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958.

[10] ↑ Pour l'ensemble de la première législature de la V^e République, sur 291 lois, 20 seulement provenaient d'une initiative parlementaire. Au cours de la V^e législature (1973-1977), sur les 540 projets déposés, 426 ont abouti à des lois promulguées, alors

que 76 propositions seulement sur les 1 355 enregistrées furent adoptées par le Parlement (chiffres cités par G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 1980, p. 602).

[11] ↑ Par une ironie de l'Histoire, la Cour suprême affirma ce pouvoir de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales dans le but d'éviter d'intervenir dans un conflit politique concernant la nomination d'un juge. Pour ce faire, la Cour déclara contraire à la Constitution une loi du Congrès lui donnant pouvoir d'intervenir et développa la théorie selon laquelle le pouvoir judiciaire est seul juge de l'interprétation de la Constitution et de son respect par le pouvoir législatif. Ainsi, paradoxalement, en s'opposant à une extension législative de la compétence des tribunaux fédéraux, la Cour suprême ouvrait la voie au « gouvernement des juges ». Voir Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, Inc., 1978, p. 20 et s.

[12] ↑ Tocqueville, *Démocratie*, I, « Du pouvoir judiciaire aux États-Unis et de son action sur la société politique ».

[13] ↑ Voir sur ces développements les articles de L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982 », favorable à l'accroissement du rôle du Conseil, et de L. Philip, « Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel », sur le thème du « gouvernement des juges », *Revue du droit public et de la science politique*, 2-1983.

[14] ↑ Voir Tocqueville, *Démocratie*, I, p. 168.

[15] ↑ Sur les modalités du contrôle de constitutionnalité en France, voir l'article de J.-P. Lebreton, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *Revue du droit public*, 2-1983. Une réforme de ces modalités, plus vaste que celle entrée en vigueur en 1974 et qui aurait notamment permis un contrôle *a posteriori*, avait apparemment été envisagée sous le septennat de Valéry Giscard d'Estaing. Elle fut finalement abandonnée par crainte d'un désordre juridique à l'italienne.

[16] ↑ La plupart des ouvrages traitant du système politique américain insistent en général sur la présidentialisation du régime et sur la « découverte de l'État » par les Américains. Le pouvoir judiciaire est souvent passé sous silence et la séparation, l'atomisation des pouvoirs sont évoqués en termes de rigidités et d'absence de collaboration entre les organes. Voir, à titre d'exemple, G. Burdeau, *op. cit.*, où l'on lit avec étonnement que la Constitution « n'est plus appliquée » (p. 272).

[17] ↑ Propos cités par Richard Reeves, *American Journey, Traveling with Tocqueville in Search of Democracy in America*, New York, Simon & Schuster, 1982, réitération exacte du parcours américain de Tocqueville cent cinquante ans après.

[18] ↑ Voir sur ce thème les articles de Jean Baudrillard, « L'euphorie sous perfusion », *Le Monde* des 14 et 15 novembre 1984, et ceux de Michel Kajman, dans le cadre de l'enquête du *Monde* sur le rejet de la politique (23 août 1984).

[19] ↑ « Il n'y a, en définitive, qu'une seule limitation théorique à l'exercice des prérogatives du roi : celui-ci est lié par les "lois fondamentales du royaume". Mais cette limitation est assez illusoire, car le contenu de ces lois n'est fixé nulle part, et aucune procédure n'est prévue pour en assurer le respect » (M. Duverger, *Les Constitutions de*

la France, Paris, PUF, 1983).

[20] ↑ Sur la continuité de la jurisprudence de la Cour suprême au-delà des évolutions politiques, voir l'article d'André Mathiot, « La Cour suprême de Warren à Burger (1953-1983) », dans *Pouvoirs*, n° 29, Paris, PUF, 1984.

[21] ↑ Voir Raoul Berger, *Government by Judiciary*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, dans la ligne de la critique du « gouvernement des juges ». Les *Federalist Papers*, recueil d'écrits politiques de Hamilton, Madison et Jay parus dans les journaux de New York en 1787-1788 pour soutenir le projet de Constitution fédérale, est l'un des textes sacrés de l'histoire politique américaine.

[22] ↑ C'est la théorie de J.-H. Ely, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

[23] ↑ Voir Richard E. Morgan, *Disabling America : The « Rights Industry » in Our Time*, New York, Basic Books, 1984.

Chapitre IV. L'État, la société et le droit

Le propos de ce chapitre est d'examiner les relations qu'entretiennent l'État et la société civile avec le système juridique en France et aux États-Unis. La manière différente dont l'un et l'autre sont soumis au droit dans chacun des deux systèmes permet en effet d'appréhender, au plan idéologique, les rapports – de pouvoir et de hiérarchie – existant entre l'État et la société civile de part et d'autre de l'Atlantique.

Le système juridique français présente, à cet égard, par rapport aux systèmes juridiques anglo-saxons, la particularité de soumettre l'État et la société civile à deux constructions juridiques distinctes et séparées : le droit administratif, comme droit de l'État (et des autres collectivités publiques), et le droit privé, comme droit de la société civile. Cette distinction dépasse celle existant entre différents *domaines* du droit, pour recouvrir en fait une séparation entre deux *systèmes* juridiques complets, avec leurs concepts fondamentaux, leurs modes de raisonnement, leurs procédures spécifiques. Cette séparation est accentuée par celle des deux ordres juridictionnels, le judiciaire et l'administratif. En conséquence, l'État et la société civile sont, en France, jugés par des tribunaux différents selon des droits différents.

Le système juridique américain, malgré sa complexité, ne

présente pas cette dualité. L'État fédéral et les différents États de l'Union sont soumis aux tribunaux et au droit qui sont ceux de la société civile, au même titre que toute autre partie, sous réserve des classiques immunités de juridiction (qui font d'ailleurs souvent l'objet d'une renonciation par voie législative). Dans un pays qui a toujours favorisé la liberté des individus au détriment de l'autorité publique, l'arène judiciaire est donc l'un des lieux privilégiés où s'exerce le pouvoir que détient la société civile de réagir contre les actes de l'Administration. Au plan des principes, l'opposition est ainsi totale avec le droit administratif français, dont la construction repose tout entière sur un déséquilibre au profit ou à la charge de l'État et des collectivités publiques, destiné à refléter la prééminence de l'intérêt général sur les divers intérêts particuliers [\[1\]](#).

« Il n'y a plus aucune autre supériorité que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions », proclamait le Préambule de la Constitution de 1791. Depuis la Révolution et jusqu'à une époque récente, les droits et devoirs de l'État ont eu tendance à éclipser dans l'idéologie publique ceux de l'Homme et du Citoyen.

1 - L'Administration sous le règne de la loi

Ce qu'on appelle « droit administratif » (*Administrative Law*) aux États-Unis désigne une branche très spécifique du droit : celle qui régit les « agences » et départements administratifs américains. Si une partie de la substance du droit administratif américain s'apparente à certaines des matières couvertes par le droit administratif français, des différences primordiales résultent de l'inclusion aux États-Unis de ce domaine du droit dans un ordre juridique et judiciaire unique. Bien plus, la finalité première de l'*Administrative Law*, dans la tradition anglaise, est de permettre à la société civile de soumettre efficacement les organismes publics qui la régulent au droit commun. Les compétences juridictionnelles que peuvent détenir certaines agences administratives américaines s'exercent en effet sous le contrôle ultime des tribunaux judiciaires.

Il est utile, pour comprendre les relations entre l'État et la société civile, d'explorer, en termes généraux, les raisons des problématiques différentes que suscitent l'*Administrative Law* aux États-Unis et le droit administratif en France. Dans la mesure où il présente une spécificité par rapport au droit commun, l'*Administrative Law* peut être défini comme un corps de règles régissant les rapports entre les agences et départements administratifs américains – qui forment l'*Administrative Power* – et le pouvoir judiciaire chargé de contrôler leur action. Son objet

traditionnel concerne ainsi la validité constitutionnelle des délégations de pouvoir du Congrès aux agences et départements exécutifs, les procédures que le droit commande à ces organes de respecter, les conditions de l'ouverture du contrôle judiciaire sur leurs décisions et les normes appliquées par le juge dans l'exercice de ce contrôle.

On sait que les agences administratives, notamment les agences « indépendantes », représentent une particularité de l'organisation gouvernementale américaine, qui n'existe pas véritablement en France [\[2\]](#) . Leurs membres sont généralement nommés par le président des États-Unis pour une durée fixe, avec la mission de concevoir et d'exécuter des règlements et des politiques dans un secteur donné, et avec un degré considérable d'autonomie institutionnelle et politique. Parmi les agences administratives fédérales les plus importantes figurent le *Federal Reserve Board* chargé de la politique monétaire américaine, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) chargée de la régulation des marchés financiers, la *Federal Communications Commission* (FCC) chargée de la réglementation des industries de la communication, la *Federal Trade Commission* (FTC) investie de la réglementation du commerce et de la concurrence, la *Federal Aviation Administration* (FAA) et la *Federal Maritime Commission* (FMC) en charge, respectivement, de la régulation des transports aériens et maritimes. Comme il apparaît au vu de cette énumération, les agences administratives ont partie liée avec la régulation de l'économie américaine que les États-Unis ont introduite à la fin du XIX^e siècle (création de l'*Interstate Commerce Commission* en 1887 pour contrôler l'industrie

ferroviaire), comme voie alternative à la nationalisation et à l'étatisation, face aux imperfections du marché. Le choix inverse fait en France, et dans la majeure partie de l'Europe, a supprimé le besoin d'une régulation économique sectorielle, donc d'organismes administratifs spécialisés chargés de la mettre en œuvre [\[3\]](#).

Au plan théorique, la prolifération des agences administratives depuis le *New Deal* a posé aux États-Unis un problème constitutionnel, dépourvu de pertinence dans le système français. Non prévues par la Constitution américaine, les agences cumulent des fonctions « législatives » (l'édiction de règles), exécutives (la mise en œuvre de ces règles) et juridictionnelles (la connaissance en premier ressort des litiges nés de ces règles), heurtant ainsi la conception américaine de la séparation des pouvoirs. Par ailleurs, bien qu'appartenant à l'exécutif, eu égard au mode de désignation de leurs membres, les agences tirent leur autorité exclusivement de délégations du Congrès par voie législative et ne peuvent outrepasser les limites posées par ces délégations.

La conception française de la séparation des pouvoirs et le pouvoir réglementaire autonome conféré à l'exécutif par l'article 37 de la Constitution de la V^e République ôtent à ces problèmes une grande part de leur pertinence dans le système français. Cette difficile posture constitutionnelle, ainsi que la défiance traditionnelle des Américains vis-à-vis de l'Administration, ont conduit à soumettre le « pouvoir administratif » – ou « quatrième pouvoir » – au contrôle étendu du pouvoir judiciaire indépendant, afin de limiter strictement les attributions de

l'Administration aux directives législatives.

Dans le cadre du compromis établi entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire après le *New Deal*, l'*Administrative Procedure Act* de 1946 a imposé la publication des documents administratifs et le respect d'un certain nombre de règles procédurales par les agences administratives. Ainsi les projets de règlements rédigés par l'Administration doivent-ils être publiés et soumis aux commentaires écrits ou oraux de toute personne intéressée, c'est-à-dire susceptible d'être affectée par les mesures en question ; par ailleurs, les décisions individuelles doivent faire l'objet d'auditions (*hearings*) quasi judiciaires. Les tribunaux exigent en outre de l'Administration qu'elle produise des règles cohérentes et prévisibles, ainsi qu'une justification complète de ses décisions, pour réduire sa marge de discrétion et faciliter le contrôle judiciaire.

À partir des années 1960, la crise de légitimité originelle touchant les agences administratives s'est aggravée de critiques multiples des résultats de leur action, émanant tant des entreprises objet de leur régulation que des intérêts que cette régulation était censée protéger (consommateurs, écologistes, bénéficiaires du *Welfare State*...). Ces derniers accusaient les agences d'être « captives » des industries qu'elles régulent, tandis que le monde des affaires, au nom de l'inefficacité et du coût de la réglementation, entamait la croisade de la « dérégulation », dont Ronald Reagan s'est depuis fait le champion.

Une telle critique des performances de l'action administrative n'a pas cours en France [\[4\]](#), du fait de l'absence d'organismes spécialisés et indépendants, des liens entre l'administration et la

politique, et surtout du principe de la solidarité gouvernementale. La seule sanction de l'inefficacité est donc exclusivement politique, par voie de remaniements ministériels et d'élections.

Aux États-Unis, la désintégration de la confiance envers l'Administration a progressivement conduit à un renforcement du contrôle judiciaire et surtout à une modification de la fonction de l'*Administrative Law*. Conçu originellement comme un mode de limitation du pouvoir administratif pour protéger les intérêts privés soumis à sa régulation, le « droit administratif » américain a évolué vers un modèle de « représentation des intérêts » qui est l'expression de la démocratie participative. Dans un tel modèle, les divers intérêts affectés par telle ou telle politique d'une agence administrative ont acquis le droit de participer à la formulation de cette politique par des procédures contradictoires formalisées, et de s'assurer un contrôle judiciaire sur l'équilibre réalisé entre les intérêts concurrents par l'Administration [\[5\]](#).

Cette conquête s'est effectuée grâce à la reconnaissance progressive d'un droit d'intervention dans le processus de décision (par la voie des auditions, des commentaires publics sur les projets de règlements et du *lobbying*), et, *a posteriori*, par un accès plus large aux tribunaux, notamment par un élargissement des critères de l'intérêt pour agir en justice. Un intérêt « indirect » est devenu suffisant : le public d'une chaîne de télévision peut ainsi intervenir en justice à l'occasion d'un litige portant sur le renouvellement de l'autorisation administrative d'émettre.

La fonction de l'*Administrative Law* est ainsi devenue d'assurer

l'exercice équitable du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Pour ce faire, la représentation des divers « intérêts publics » non organisés (consommateurs, minorités ethniques, défenseurs de l'environnement, etc.) est assumée, face aux *lobbies* puissants et organisés du *Big Business* et des syndicats, par des associations (*Environmental Defense Fund*, *Children's Defense Fund...*) et des cabinets de *public interest lawyers* (« avocats de l'intérêt général »), tels *Common Cause* ou le *Public Citizen Litigation Group* de Ralph Nader, héros du consumérisme. De nombreuses lois récentes confèrent en outre à chaque citoyen un droit d'agir en justice pour faire exécuter leurs dispositions, en lieu et place de l'agence administrative compétente [6].

Cette évolution va clairement dans le sens d'un développement des formes de démocratie participative évoquées au chapitre précédent, tendance également perceptible en France depuis quelques années. Il reste que, du point de vue de l'action administrative, le modèle de « représentation des intérêts » constitue une tentative de substituer au processus politique des procédures contradictoires formelles, donc coûteuses en temps et en argent, et un contrôle judiciaire parfois inadéquat. Les solutions de l'*Administrative Law* paraissent donc, aux yeux mêmes des Américains, relativement insatisfaisantes, ce qui permet de mettre en valeur quelques vertus du système français. Celui-ci, néanmoins, du double point de vue de la protection de la société civile et de la participation politique des citoyens, bases du système idéologique américain, reste largement en deçà du modèle de l'*Administrative Law*, si imparfait soit-il.

2 - Les lacunes de l'État de droit

La séparation française des ordres judiciaire et administratif a depuis fort longtemps fait l'objet de diverses critiques. En faire une analyse et nous livrer à une réflexion sur la substance du droit administratif français dépasserait largement le cadre du présent ouvrage. Il ne sera donc fait allusion qu'aux aspects ayant une portée directe sur le problème de la soumission de l'État au droit en France. La plus importante de ces critiques a historiquement concerné le mode de recrutement de la juridiction administrative, composée de fonctionnaires membres de l'exécutif. Pour un observateur non familier du fonctionnement de la juridiction administrative, tout se passe comme si l'Administration se jugeait elle-même, au regard de normes développées par elle en fonction de ses besoins. À première vue, le système français foule donc aux pieds la séparation des pouvoirs et les garanties minimales de la société civile contre l'abus du pouvoir d'État. Une telle critique, qui remonte aux origines de la dualité de juridictions, n'avait pas échappé à Tocqueville, particulièrement sévère à l'encontre des juridictions administratives, et de leur justification au nom de la séparation des pouvoirs :

« On fait à ce sujet en France un singulier sophisme. Lorsqu'il vient à naître un procès entre l'Administration et un

particulier, on refuse d'en soumettre l'examen au juge ordinaire, afin, dit-on, de ne point mêler le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire. Comme si ce n'était pas mêler ces deux pouvoirs, et les mêler de la façon la plus périlleuse et la plus tyrannique, que de revêtir le gouvernement du droit de juger et d'administrer tout à la fois. » [\[7\]](#)

C'est en effet par une bien curieuse application des théories de Montesquieu que l'État postrévolutionnaire a pu se soustraire à la juridiction du pouvoir judiciaire et affaiblir celui-ci à mesure qu'il s'étendait lui-même. Cette dépossession du pouvoir judiciaire au profit de l'appareil d'État au sens large, qui est directement à l'origine des hiérarchies socioprofessionnelles modernes décrites au chapitre II, a été remarquablement analysée par Tocqueville dans l'un des derniers chapitres de la *Démocratie*, concernant l'accroissement du pouvoir souverain dans les nations européennes :

« Quand on examine la constitution qu'avait jadis le pouvoir judiciaire chez la plupart des nations de l'Europe, deux choses frappent : l'indépendance de ce pouvoir et l'étendue de ses attributions.

« Non seulement les cours de justice décidaient presque toutes les querelles entre particuliers ; dans un grand nombre de cas, elles servaient d'arbitres entre chaque individu et l'État.

« Je ne veux point parler ici des attributions politiques et administratives que les tribunaux avaient usurpées en

quelques pays, mais des attributions judiciaires qu'ils possédaient dans tous. Chez tous les peuples d'Europe, il y avait et il y a encore beaucoup de droits individuels, se rattachant la plupart au droit général de propriété, qui étaient placés sous la sauvegarde du juge et que l'État ne pouvait violer sans la permission de celui-ci. C'est ce pouvoir semi-politique qui distinguait principalement les tribunaux de l'Europe de tous les autres ; car tous les peuples ont eu des juges, mais tous n'ont point donné aux juges les mêmes privilèges.

« Si l'on examine maintenant ce qui se passe chez les nations démocratiques d'Europe qu'on appelle libres, aussi bien que chez les autres, on voit que, de toutes parts, à côté de ces tribunaux, il s'en crée d'autres plus dépendants, dont l'objet particulier est de décider exceptionnellement les questions litigieuses qui peuvent s'élever entre l'Administration publique et les citoyens. On laisse à l'ancien pouvoir judiciaire son indépendance, mais on resserre sa juridiction, et l'on tend, de plus en plus, à n'en faire qu'un arbitre entre les intérêts particuliers.

« Le nombre de ces tribunaux augmente sans cesse, et leurs attributions croissent. Le gouvernement échappe donc chaque jour davantage à l'obligation de faire sanctionner par un autre pouvoir ses volontés et ses droits. Ne pouvant se passer de juges, il veut, du moins, choisir lui-même ses juges et les tenir toujours dans sa main, c'est-à-dire que, entre lui et les particuliers, il place encore l'image de la justice plutôt que la justice elle-même.

« Ainsi, il ne suffit point à l'État d'attirer à lui toutes les affaires, il arrive encore, de plus en plus, à les décider toutes par lui-même sans contrôle et sans recours. » [\[8\]](#)

L'évolution de la juridiction administrative au cours de ce siècle et du précédent a grandement réduit la portée de cette critique et quasiment éliminé le régime d'arbitraire institué en 1790. Le passage de la « justice retenue » à la « justice déléguée », l'autonomie progressive de la juridiction administrative (par rapport à l'exécutif) et du droit administratif (par rapport au Code civil), le développement des principes de légalité et de responsabilité de la puissance publique ont rendu la critique relativement secondaire, dans sa formulation première.

L'extension continue du régime administratif a donc été un processus d'essence progressiste et libéral, à partir du vide juridique dont la Révolution avait entouré l'État. En pratique, aujourd'hui, l'indépendance du juge administratif et sa capacité à soumettre l'État à la légalité paraissent mieux assurées que celles de son homologue judiciaire (mais doit-on s'en féliciter ?), et les traditions valent ici bien mieux que les textes.

La critique traditionnelle de la juridiction administrative reste cependant justifiée au plan des principes, dans la mesure où l'Administration demeure soustraite au droit et aux juges communs et aux contraintes *extérieures* qui la brident dans le système juridique anglo-saxon. Évaluée, non pas au regard de l'arbitraire absolu et du vide juridique, mais à l'aune d'un système juridique avancé, la dualité française de juridiction laisse légitimement à désirer. Ainsi, à titre d'exemple, l'Administration jouit-elle encore aujourd'hui de prérogatives

exorbitantes à l'égard de la justice, dont le principe est fort contestable et l'application pratique, préjudiciable : caractère non suspensif des recours contentieux contre l'Administration, impossibilité pour le juge de prononcer des injonctions contre la puissance publique ou de mettre en œuvre des voies d'exécution forcée contre elle... Au principe de légalité auquel est soumise l'action administrative fait pendant celui, quelque peu contradictoire, de « l'indépendance de l'Administration à l'égard du juge ». La critique traditionnelle subsiste donc, mais gagne à être formulée de manière différente aujourd'hui [\[9\]](#).

Il est généralement admis que la finalité ultime du contrôle exercé par le juge administratif n'est pas dénuée d'ambivalence : lieu de résolution des griefs de la société civile contre l'État, mais aussi mécanisme régulateur de l'Administration au sommet, garant de sa bonne marche interne.

L'activité de la juridiction administrative a donc deux destinataires : le public et l'Administration elle-même. Les critiques adressées au fonctionnement pratique de la juridiction administrative (lenteur, hermétisme et fréquente inutilité pratique des décisions rendues, indemnités dérisoires, formalisme excessif) et l'inconvénient que représente pour le requérant l'incertitude sur la compétence résultant de la dualité de juridiction, laissent présumer que la seconde fonction est peut-être la plus importante.

Eu égard à cette fonction de régulation de l'Administration, on peut voir dans la jurisprudence administrative une tentative de produire des normes juridiques *internes* au processus administratif, et destinées davantage à influencer sur le

comportement futur de l'Administration que sur ses actes passés. Le droit administratif français apparaît alors comme une « formule élégante », selon le mot de M. Waline, pour accommoder la conception libérale de la règle de droit aux fonctions régulatrices nouvelles de l'État-providence. Tout le droit administratif français n'est-il pas le produit, certes un peu tendancieux, d'un compromis entre les « nécessités de l'action administrative » et l'exigence de légalité ?

À l'inverse, l'absence de la dualité juridictionnelle française aux États-Unis a, comme on l'a vu, accusé le conflit entre la conception traditionnelle de la règle de droit, qui a suivi, à la fin du siècle dernier, le déclin du marché, son substrat socio-économique, et le droit nouveau, à dominante réglementaire, produit par le développement de l'État-providence au xx^e siècle. Ce conflit est présent dans la nature constitutionnellement hybride des agences administratives américaines et dans le débat juridique et théorique autour de l'*Administrative Power* aux États-Unis.

Cette vertu originale du système français a néanmoins sa contrepartie : le désaisissement du pouvoir judiciaire laisse partiellement inoccupée la fonction première de toute juridiction, qui est de satisfaire les revendications particulières des justiciables.

La juridiction administrative détenant le monopole de la compétence pour connaître des litiges opposant la société civile à l'État, au sens large, il est préoccupant que la satisfaction concrète des requêtes ne soit pas assurée avec une efficacité maximale, et soit en quelque sorte mise en concurrence avec

l'objectif, distinct sinon opposé, d'une régulation à long terme de l'Administration. L'opposition de ces deux objectifs n'a pas à notre connaissance été analysée et poussée jusqu'à son terme, à savoir peut-être l'incompatibilité. Il serait intéressant d'étudier, à partir de litiges et de décisions concrets, comment ces deux objectifs sont traités par le juge administratif, comment ils peuvent s'avérer conflictuels, et comment de tels conflits sont résolus. À titre d'exemple, le droit administratif étant largement jurisprudentiel (singularité dans le droit français et point commun avec le système anglo-saxon, bien que l'hermétisme et la présentation des arrêts de la juridiction administrative soient en tout opposés à une philosophie jurisprudentielle, où la révélation exhaustive des faits, des principes juridiques appliqués et des autres considérations prises en compte est cruciale pour la *distinction* des litiges à venir [\[10\]](#)), il est assez fréquent, dans le cadre d'un litige particulier, que le juge administratif veuille adresser une mise en garde à l'Administration, sans toutefois lui infliger un démenti direct, qui risquerait de créer un précédent fâcheux, générateur de nouveaux litiges. Cet objectif sera souvent réalisé par la formulation d'un principe nouveau, rendu inapplicable en l'espèce par quelque détail procédural ou un excès de formalisme juridique. Ainsi, l'Administration aura été avertie, le juge administratif aura fait évoluer sa jurisprudence, sans toutefois donner satisfaction au requérant. Si l'on peut apprécier, au plan intellectuel et du point de vue de la politique administrative, la subtilité du processus évolutif ainsi créé, le fait que les litiges portés par les citoyens contre l'État n'en forment,

pour ainsi dire, que le *prétexte* est quelque peu préoccupant quant à la protection juridique de la société civile contre les empiétements croissants de l'État.

Si la juridiction administrative a une mission de compromis, *le compromis qu'elle a réalisé jusqu'ici paraît aujourd'hui insuffisant*, au regard des aspirations nouvelles de la société civile. Sa jurisprudence s'est jusqu'à présent bornée pour l'essentiel à assurer la conformité de l'action administrative à une légalité abstraite, formelle, et comme préalable. Cela s'explique par la conquête qu'a représentée la construction même du droit administratif sur l'arbitraire du pouvoir d'État : à partir d'un vide juridique, toute avancée du droit, fût-elle limitée, est nécessairement un progrès, et en cela inattaquable. Cette évolution aujourd'hui achevée, la mission de la juridiction administrative, comme forum des revendications juridiques de la société civile, ne devrait-elle pas être au contraire d'*inventer*, au fil de sa jurisprudence, la légalité pour y enserrer la puissance de l'État ? [\[11\]](#) . Ce changement de perspective, au sein d'un même compromis, signifierait le remplacement d'une jurisprudence minimaliste par une jurisprudence maximaliste, plus agressive ou du moins créative, dans la défense de la société civile contre la puissance publique. Même parvenus à ce stade, nous serons encore loin de l'attitude prévalant aux États-Unis, où l'indépendance s'exerce d'abord à l'encontre de l'autorité publique, et où l'on considère que les *attaques* – notamment les défis juridiques et constitutionnels – des citoyens contre l'État constituent la plus saine des activités civiles et la meilleure des garanties de la démocratie. Dans la conception quasi

monarchique française, les défis juridiques lancés à l'État s'apparentent encore à des crimes de lèse-majesté. Au sein d'une société rendue profondément « légitimiste » par des siècles de subordination à la puissance publique, on ne s'étonnera pas qu'ils soient rares. Mais la présente désaffection à l'égard de l'État libère déjà des énergies rebelles, et l'on commence à s'apercevoir qu'il s'agit bien là de questions de fond [\[12\]](#).

La récente affaire de la hausse de la taxe téléphonique est révélatrice à cet égard. Pour une fois, progrès considérable, c'était une association privée d'intérêt général, l'Union fédérale des consommateurs, et non plus seulement des personnalités politiques, toujours suspectes de motivations annexes, qui réagissait à une mesure gouvernementale juridiquement très contestable. Cependant, le moyen choisi, l'appel au boycottage, et l'argumentation invoquée, une vague revendication du slogan de la « vérité des prix », manifestait l'inexpérience de la société civile française dans la lutte contre les abus de l'étatisme. Seule la voie juridique était susceptible de fournir la rigueur nécessaire pour clarifier le débat tout en coupant court aux critiques faciles des « légitimistes » irréductibles [\[13\]](#). Sur le fond, cependant, comment sérieusement contester, au pays de la carte orange, la non-adéquation des tarifs publics aux prix du marché ?

Au-delà du problème des lacunes de la justice administrative, la réalisation de l'« État de droit » laisse à désirer à raison de l'étendue des activités de l'État échappant peu ou prou à la sphère juridique. Déjà au sein du droit administratif existe la distinction entre la compétence discrétionnaire – avec laquelle le juge interfère peu – et la compétence liée de l'Administration. La

délimitation de la frontière entre ces deux types de compétences échappe à peu près complètement au juge de l'Administration, malgré les récentes avancées jurisprudentielles en direction d'un contrôle de l'opportunité de l'action administrative [\[14\]](#). Ainsi, au lieu d'imposer des normes et des contraintes supplémentaires, au plan procédural notamment, dans les domaines où l'État a traditionnellement exercé des prérogatives exorbitantes (en matière fiscale et douanière ou en matière d'expropriation notamment), le juge administratif ne fait souvent que réitérer sa propre abstention, héritée du passé, et comme immuable. Il est vrai que de telles normes devraient figurer dans la Constitution, et, dans la mesure où elles y figurent déjà, être utilisables aux fins d'un contrôle juridique permanent de l'Administration, ce qui nous renvoie aux problèmes du contrôle de constitutionnalité et de l'interprétation de la Constitution abordés au chapitre précédent.

Plus significatifs encore que les domaines de pouvoir purement discrétionnaire, sont ceux où l'État joue en quelque sorte avec la règle de droit avec une désinvolture toute régaliennne. Ces domaines sont représentatifs d'un état intermédiaire où certaines avancées de l'État de droit moderne ont permis la fixation de règles juridiques, auxquelles l'État doit s'adapter sans pouvoir cependant renoncer tout à fait à ses vieux réflexes régaliens.

La mise en œuvre de la réglementation des changes et du droit de la concurrence offrent deux illustrations de ce type de comportement. Le contrôle des changes s'exerce en France au moyen d'un appareil juridique, principalement réglementaire,

assez développé, notamment en ce qui concerne les investissements directs étrangers en France et français à l'étranger. En pratique, par le biais de la procédure d'autorisation à laquelle sont soumis les transferts de fonds, la réglementation des changes aboutit à un contrôle administratif, voire politique, selon l'importance des enjeux, des investissements envisagés. L'indétermination des critères de l'autorisation gouvernementale requise pour un grand nombre d'investissements apparente cet aspect de la réglementation des changes davantage à un régime d'arbitraire bureaucratique qu'à un régime véritablement juridique. À la négociation entre les parties concernées se substitue souvent la négociation avec l'État. En matière de concurrence, le droit français a évolué récemment, sous l'influence du droit communautaire, d'une conception archaïque vers une conception moderne de la législation sur la concurrence, avec l'adoption en 1977 d'une loi en harmonie avec la législation européenne, et la transformation de la Commission technique des ententes en Commission de la concurrence. Ces réformes, très positives, ont cependant laissé subsister des germes d'arbitraire : statut indéterminé, à la fois administratif et quasi juridictionnel, de la Commission ; caractère en partie non obligatoire pour l'Administration des avis rendus par la Commission et (jusqu'à une décision récente de la Commission d'accès aux documents administratifs) de la publication de ces avis ; sanctions restant du ressort du ministre des Finances. Malgré l'élargissement des modes de saisine de la Commission, c'est la saisine ministérielle qui occasionne la plupart des avis rendus. On conçoit dès lors l'ambivalence avec laquelle

l'Administration peut jouer de l'existence de la Commission de la concurrence : caution indépendante dans certains cas, organisme technique et subordonné dans d'autres, selon l'opportunité.

Il est significatif, à cet égard, que la législation sur les concentrations ait été « oubliée » lors des nationalisations de 1982, et regrettable que la Commission de la concurrence n'ait pas jugé utile de s'autosaisir. Plus généralement, les grandes manœuvres de « politique industrielle » s'opèrent en France sans grand souci apparent du droit de la concurrence, contrairement d'ailleurs à la pratique de nos voisins européens (RFA, Royaume-Uni), sans même parler de la politique communautaire : ce type de divergences n'est d'ailleurs pas étranger aux difficultés de la coopération industrielle entre la France et d'autres pays européens. Il est clair que l'éthique de la concurrence, fort peu ancrée dans l'idéologie politico-économique française, ne peut être prise au sérieux sans une application constante et uniforme de la législation, en premier lieu par l'État lui-même. Mais quelle place peut-il y avoir pour la concurrence au pays des monopoles publics et des concentrations d'entreprises nationalisées, et au sein d'une idéologie qui lui appose presque inmanquablement l'adjectif « sauvage », l'associe à une forme de gaspillage et lui préfère une saine coopération ? Ne nous leurrions pas : la France aime bien les concentrations.

L'indétermination des règles du jeu, comme dans le cas de la réglementation des changes, la non-utilisation des instruments juridiques en place, comme en matière de concurrence, la prise en compte de critères trop larges, multiples et sans relation directe avec l'objectif de la législation considérée, sont autant de

lacunes de l'État de droit, comblées par un régime plus ou moins discrétionnaire. Le pouvoir exécutif se meut alors dans un flou juridique préjudiciable à ses interlocuteurs, sans possibilité sérieuse de contrôle ou de sanction par quelque juridiction que ce soit.

Le faible degré d'agressivité du juge administratif français à l'égard de l'État tient sans doute, outre l'autocensure des justiciables susceptibles de le saisir, à l'ambiguïté de son appartenance au « pouvoir juridique ». Peut-on en effet considérer les membres de la juridiction administrative, hors de toute critique relative à leur « indépendance » personnelle, comme faisant partie du pouvoir ou de l'*establishment* juridique, voire tout simplement des professions juridiques traditionnelles, selon les catégories posées au chapitre II ?

Comme on l'a déjà noté, la dualité des ordres juridictionnels a en effet comme retombée sociologique l'absence d'homogénéité, voire l'inexistence comme telle, d'une « classe juridique » en France. Cherchant à tracer le contour des professions juridiques et à cerner la spécificité de l'activité du juriste en France, par référence à la pratique américaine, nous avons rencontré un résidu, excluant implicitement de ces définitions les membres et l'activité de la juridiction administrative. Cette exclusion, à supposer qu'elle soit légitime, est d'autant plus préoccupante que le domaine couvert par le régime administratif, donc soustrait de ce fait au pouvoir juridique traditionnel, est immense.

Les indices de la non-appartenance de la juridiction administrative au pouvoir juridique traditionnel sont avant tout d'ordre institutionnel et sociologique. De par leur appartenance à

l'Administration et le profil de leur carrière, qui comporte souvent le passage d'une activité juridictionnelle et consultative à des tâches exécutives et *vice versa*, les membres de la juridiction administrative sont dans la situation paradoxale, sinon inconfortable, d'avoir un pied dans le juridique, l'autre dans le politique. Au sein de cette ambivalence, l'appartenance au politique est incontestablement prédominante dans la majorité des cas, pour des raisons de prestige reflétant la hiérarchie générale du juridique et du politique dans l'environnement culturel français. Le recrutement et l'itinéraire de la majorité des membres du Conseil d'État fournit une illustration concrète d'un tel phénomène. Si l'accès à la Haute Assemblée est réservé aux élèves les mieux classés à la sortie de l'École nationale d'Administration, ceux-ci s'y orientent en général, en vertu de leur classement, moins par « amour du droit » qu'en raison de la position hiérarchique du Conseil d'État vis-à-vis de l'Administration, et de son rôle bien connu de « tremplin » vers de prestigieuses fonctions exécutives. L'accès à la Haute Assemblée ne requiert pas de formation juridique spécialisée, notamment en droit privé, au-delà de ce qui est enseigné à l'École nationale d'administration. Sans mettre en doute l'efficacité de ce processus, on peut y voir une manifestation supplémentaire du relatif dédain dans lequel est tenue l'institution du droit, comme vocation plus encore que comme contenu, dans le *cursus honorum* français. Est-il réaliste alors d'attendre *a priori* une « conscience juridique » particulière (c'est-à-dire une conscience d'appartenir au pouvoir juridique, dont la fonction spécifique est de protéger la société civile contre

le pouvoir d'État) d'un jeune auditeur accédant au Conseil d'État ou à la Cour des comptes par la grande porte de l'étatisme, et aspirant à quitter ces institutions au bout de quelques années pour occuper au sein du pouvoir d'État des fonctions plus clairement identifiées au prestige dans l'environnement institutionnel ? On mesure ici l'importance d'un rétablissement du prestige et du pouvoir de la fonction juridictionnelle en France.

Il est donc difficile d'inclure les juridictions administratives, comme réalité sociologique, au nombre des composantes d'un pouvoir juridique à l'existence d'ailleurs problématique. En réalité, les membres des juridictions administratives forment une classe à part de « juristes d'État », dont la rivalité avec les juristes privés s'intègre à celle, plus globale, entre le droit du législateur et celui des juristes, et, finalement, à celle du juridique et du politique [15]. La constitution d'une classe *sui generis* de juristes d'État a précisément été l'une des médiations par lesquelles le politique, en intégrant le juridique à son fonctionnement, a pu asseoir sa domination sur lui. La solution française est celle du *droit dans l'État* (et de l'État dans la société), plutôt qu'à l'extérieur et au-dessus de lui.

Faut-il alors souhaiter la restitution des litiges impliquant l'État à l'ordre judiciaire ? Idéalement, sans doute ; dans l'état actuel de la réalité juridico-politique française, un tel transfert de compétences serait prématuré et peut-être pervers, le juge judiciaire ayant été en général, conformément à la logique des institutions, plus timoré à l'égard du pouvoir étatique que le juge administratif. Tout au plus une intégration partielle du régime

administratif à l'ordre judiciaire, au sein de chambres administratives spécialisées ou par la voie d'un transfert partiel de compétences, est-elle à terme envisageable. Mais sans un rééquilibrage des pouvoirs au profit du judiciaire, du pouvoir juridique privé et, en définitive, de la société, sans une redéfinition correspondante des principes qui fondent le droit administratif actuel, l'élimination de la dualité d'ordres juridictionnels paraît des plus hasardeuses.

Car il est difficile de faire abstraction de la spécificité du droit administratif pour l'intégrer dans le système traditionnel de la règle de droit. Tandis que la règle de droit privé vise à atteindre un équilibre entre des intérêts concurrents, mais égaux, le droit administratif édifie, sur le fondement de la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, un déséquilibre en faveur, ou à l'encontre, de l'Administration. Une critique plus fondamentale encore du système français, qui dépasse largement le cadre technique du droit administratif pour embrasser les catégories majeures de l'idéologie publique française, doit donc s'attacher aux critères mêmes qui fondent l'applicabilité du régime administratif : les notions d'*intérêt général* et de *service public*.

3 - Avez-vous rencontré l'intérêt général ?

Le concept central et fondateur du droit administratif français, comme de la rhétorique politique, est celui de l'*intérêt général*. C'est lui qui sous-tend et légitime les notions de *puissance publique* et de *service public*, critères ayant historiquement servi à déterminer, à leur tour, la compétence du juge administratif et l'applicabilité du droit administratif. C'est parce que la puissance publique et le service public représentent et défendent l'intérêt général qu'ils doivent bénéficier du statut exorbitant que leur confère le régime administratif. On retrouve ici, à un autre niveau et au profit de l'exécutif cette fois, la théorie qui fonde la souveraineté de la loi, comme expression de la volonté générale. Or, le recours apparemment tout naturel à la notion d'intérêt général risque d'être tout aussi mystifiant dans le système juridique, que la fiction de la volonté générale l'est dans le jeu politique. Une première critique, pragmatique, peut contester l'équation puissance publique – service public – intérêt général : comme le soutiennent actuellement les partisans de la démonopolisation et de la déréglementation, il n'est pas sûr que les grands services publics offrent au public le meilleur des services ; du moins ne lui laissent-ils guère de choix. Au-delà de son apparent prosaïsme, cette critique n'est pas dénuée de prolongements théoriques. L'une des grandes définitions historiques du service public y voit en effet l'« activité d'une

collectivité publique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général ». La justification théorique du service public est la carence de l'initiative privée : c'est parce que le besoin public serait insatisfait ou insuffisamment satisfait par l'initiative privée que l'État l'érige en service public. Si un tel processus correspond partiellement à une réalité historique, celle du rôle d'impulsion joué par l'État dans la révolution industrielle en France et dans la croissance de l'après-guerre, il assigne tout d'abord à la causalité une direction générale qui est loin d'être démontrée historiquement. Est-ce la prétendue carence de l'initiative privée qui a historiquement précédé et justifié l'intervention de l'État, ou est-ce l'étatisme précoce en France qui a opéré une stérilisation de la société civile et une « préemption » durable sur son domaine ? La réponse revient aux historiens ; mais la seconde hypothèse n'est-elle pas en tout état de cause beaucoup plus vraisemblable pour la majeure partie du xx^e siècle ?

« J'interviens, nous dit l'État, parce qu'il n'existe pas dans ce pays une classe d'entrepreneurs pour assumer ce rôle. » [\[16\]](#) Soit, mais il est trop facile de s'arrêter à ce triste constat. Pourquoi n'existe-t-il pas une telle classe d'entrepreneurs en France à l'heure actuelle ? La responsabilité de l'État est claire à cet égard : ne détourne-t-il pas systématiquement de la vie économique les meilleurs esprits de ce pays pour en faire des administrateurs, des enseignants et des chercheurs fonctionnarisés, ou encore des gestionnaires bureaucratiques de ses activités dans le secteur économique ?

Dans les années 1980, le présupposé que seul l'État peut assurer

la satisfaction de certains besoins est de plus en plus battu en brèche, notamment par le mouvement de déréglementation qui, parti des États-Unis, gagne progressivement tout le monde industrialisé. Outre le fait que de multiples activités d'intérêt général (télécommunications, éducation, culture...) sont aux États-Unis exercées depuis toujours par le secteur privé, avec la qualité que l'on connaît, l'internationalisation et la révolution technologique ont entraîné avec elles la nécessité de la concurrence dans les pays de monopoles publics. La prétention du service public à assurer ces besoins nécessairement *mieux* que ne le ferait le secteur privé est par ailleurs largement mise à mal, notamment dans les secteurs de haute technologie comme ceux des télécommunications ou de l'audiovisuel. La tendance est aujourd'hui à une revanche de l'initiative privée, appelée à remédier à la carence du service public. En droit administratif français, les principes de continuité, d'adaptation et de primauté du service public, qui justifient certaines prérogatives exorbitantes du droit commun, ont pour finalité la « satisfaction complète des besoins d'intérêt général ». La qualité et la compétitivité des services rendus ne sont donc pas sans incidence sur le bien-fondé du régime administratif : leur insuffisance lui ôterait une bonne part de sa justification. À mesure que le domaine d'action de l'État s'étend au-delà de ses frontières naturelles, la justification des prérogatives de puissance publique en termes d'intérêt général apparaît de plus en plus problématique : les nationalisations de 1982 sont un bon exemple d'une telle dérive. Plus profondément, l'existence même d'un « intérêt général » aisément identifiable est, comme on va le

voir, de plus en plus douteuse.

Ces phénomènes ont depuis longtemps reçu un lointain écho au sein du droit administratif, avec ce qu'il est convenu d'appeler la « crise de la notion de service public », comme critère majeur de l'application du droit administratif. Le critère du service public qui, jusqu'en 1914 désignait clairement les grandes fonctions de l'État (défense, police, justice, éducation...) a perdu ses vertus distinctives avec la fin du libéralisme économique. L'extension des fonctions économiques et sociales de l'État-providence a brouillé les frontières, avec la prolifération de services publics industriels et commerciaux (entreprises nationales et autres), et la gestion de services publics par des personnes privées, relevant d'un régime hybride de droit public et privé. D'où une indétermination croissante de la notion de service public et une interpénétration confuse du droit public et du droit privé. À mesure que l'État sortait de son domaine propre, l'ordre administratif a ainsi été contraint de rétrocéder du terrain au droit privé. En ce sens, l'évolution présente n'est que le prolongement de ce processus, et un retour en force – latéral – de l'ordre juridique traditionnel est dans la logique des choses. La notion de service public ne remplissant plus son rôle, des critères de remplacement (utilité publique, intérêt général, puissance publique) ont été recherchés par la doctrine, sans grand succès. Ainsi, une part sans cesse croissante de la matière du droit administratif est consacrée à la recherche des critères fondant l'application même du régime administratif, au détriment du requérant, errant de longues années à la recherche de son juge.

À l'heure actuelle, selon les commentateurs les plus autorisés [\[17\]](#), le fondement du droit administratif, comme droit spécial de l'État, repose sur deux critères concurrents, mais également fragiles. Le premier, téléologique, reste celui du service public, qui a survécu faute de mieux, mais qui suppose un consensus sociopolitique qui n'existe plus sur la définition et l'extension du service public. Le second, matériel, est celui de la puissance publique, manifestée par l'existence de prérogatives exorbitantes du droit commun dans une situation donnée. Mais il s'agit alors d'un singulier renversement : alors que les prérogatives de puissance publique étaient à l'origine des *conséquences* du régime administratif, lui-même fondé sur le critère sûr du service public, elles sont progressivement devenues le signe et le critère d'un régime administratif privé de fondement. Comme l'écrit le Pr de Laubadère, « en renonçant au critère finaliste pour un critère matériel, on admet l'absence d'un principe explicatif de l'essence même de l'action administrative soumise au régime de droit public » [\[18\]](#). En d'autres termes, des pans entiers d'activité restent soumis au régime administratif par le simple poids d'un passé jurisprudentiel, déconnecté de l'évolution propre de la notion d'intérêt général. La perpétuation du régime administratif contribue donc à celle, de plus en plus abstraite, du mythe très français de l'intérêt général.

Les États-Unis ont depuis longtemps pris conscience de la crise de la notion d'intérêt général, concomitante de l'expansion de l'État-providence. La littérature des sciences sociales des années 1950 et 1960, notamment l'histoire et la philosophie du droit, en font largement état [\[19\]](#). Les Prs Breyer et Stewart, de la Harvard Law

School, formulent ce changement d'attitude de la manière suivante [\[20\]](#) :

« Durant le *New Deal*, les champions du processus administratif supposaient l'existence d'un "intérêt public" objectif qui pouvait être déterminé et mis en œuvre par des administrateurs spécialisés, compétents et expérimentés, pourvu qu'il leur fût conféré de généreux pouvoirs. Nous sommes moins certains aujourd'hui que des "experts" pourront déterminer et exécuter ce qui est dans l'intérêt général. Nous sommes en droit d'être sceptiques sur l'existence d'un "intérêt public" objectif, et regardons les problèmes les plus importants de politique administrative comme un choix entre des intérêts économiques et des valeurs sociales en concurrence. Dans la mesure où les "technocrates" ne peuvent prétendre à une sagesse particulière dans de tels choix, la tendance contemporaine, consistant à considérer les problèmes se posant à l'Administration comme des problèmes de choix social, a exacerbé la contestation de la légitimité administrative. »

Le stade de l'« expertise » ou de la compétence technocratique n'est cependant qu'une étape dans l'histoire des légitimations de la bureaucratie, qu'elle soit publique ou privée, comme forme dominante du pouvoir organisé dans une démocratie. Gerald E. Frug, professeur de droit constitutionnel à Harvard, distingue quatre modèles successifs de légitimation de la bureaucratie dans l'appareil d'État et au sein de ces énormes centres de pouvoir que sont les grandes entreprises aux États-Unis [\[21\]](#) . Le

premier est le modèle formaliste, développé par les théoriciens de la bureaucratie de la fin du xix^e et du début du xx^e siècle, Max Weber notamment. Il est fondé sur la croyance en la possibilité d'un contrôle des « représentants » bureaucratiques par les détenteurs de la souveraineté et d'une expression subjective et autonome de ces derniers hors de l'appareil bureaucratique. En réponse aux critiques de l'irréalisme de ce modèle, se développe ensuite le modèle de l'« expertise », fondé sur le caractère nécessaire et souhaitable de la compétence technique des bureaucrates : c'est l'ère des technocrates et des managers. Certes, ce sont eux qui détiennent le pouvoir, mais leur « professionnalisme » est le garant de l'autolimitation de ce pouvoir au profit de l'intérêt général.

La France en est *grosso modo* restée à ce modèle de l'État « managérial », idéalisé en la personne du « superexpert », omniscient, infaillible, pénétré de l'intérêt public et apte à intervenir dans tous les domaines pour le plus grand bénéfice des citoyens.

Mais ce modèle est très largement périmé aux États-Unis, si tant est que le « superexpert » ait jamais dépassé le statut de personnage de bande dessinée. Les deux modèles subséquents de contrôle et de légitimation de la bureaucratie, largement inconnus en France, se confondent avec l'évolution, déjà évoquée, de l'*Administrative Law* aux États-Unis et avec les nouvelles théories du pluralisme politique et de la société de marché. Puisque ni le contrôle des représentés, ni la compétence des technocrates ne fournissent de barrières crédibles à l'hégémonie du pouvoir bureaucratique, l'on a cherché dès les

années 1950 à limiter la bureaucratie de l'extérieur. Ce fût d'abord le modèle du contrôle judiciaire et de la règle de droit, qui assigne aux juges et aux juristes la mission de modérer le pouvoir bureaucratique public et privé. Puis, à partir des années 1960 et 1970, les critiques concernant l'efficacité et la crédibilité du contrôle judiciaire sur le pouvoir administratif et économique portent sur le devant de la scène le modèle pluraliste ou de marché, défendu tant par les démocrates libéraux, comme tempérament au *Welfare State*, que par les néo-conservateurs anti-étatistes de l'École de Chicago. La politique des groupes d'intérêts, pour les premiers, pour les seconds, les forces du marché viennent discipliner automatiquement la gestion bureaucratique et permettent l'expression directe des citoyens. Il y a d'ailleurs identité de modèle théorique entre le pluralisme politique des groupes d'intérêts, qui concourent à la détermination de l'intérêt général, et le pluralisme du marché, qui concourt théoriquement à l'optimum économique. Si ces quatre modèles se sont développés dans le temps, chacun en réaction aux critiques du précédent, ils coexistent et rivalisent à l'heure actuelle dans la réalité et la théorie économico-juridico-politique américaines. On l'aura compris, l'une des tâches que voudrait accomplir le présent ouvrage est de promouvoir en France les deux modèles de régulation les plus récents, celui du contrôle judiciaire et celui du pluralisme politique et de marché, qui y font largement défaut. On n'y trouvera pas, certes, le remède universel à nos problèmes : ces modèles datent déjà aux États-Unis et suscitent nombre de critiques, tant à droite qu'à gauche [\[22\]](#). Mais il paraît indispensable d'enrichir et de

complexifier notre vision de la démocratie et nos modèles de régulation sociale, d'y introduire une concurrence au-delà de l'archaïque tryptique de la représentation, de la technostructure administrative et de l'intérêt général.

Car ici, comme là, la complexité des systèmes socio-économiques modernes rend impossible, dans toute une série de domaines, une réponse tranchée sur ce qui sert l'« intérêt général » et ce qui favorise tels intérêts particuliers. La plupart du temps, les autorités chargées de définir l'« intérêt général » ne font que recouvrir de son auréole des intérêts « particuliers » beaucoup plus aisément identifiables, qu'il s'agisse de clientèles politiques ou de l'identification *a posteriori* des bénéficiaires réels de telle politique prétendue d'« intérêt général ». Les sociologues de la bureaucratie ont bien montré que l'expansion de l'État-providence a eu partie liée avec la pression des intérêts particuliers et des corporatismes, qu'il médiatise mais dont il est aussi captif. La critique du *Welfare State* américain, né du *New Deal* et en expansion constante jusqu'au début de la décennie 1970, associe ainsi couramment ce phénomène à l'accaparement de l'État par les groupes de pression et les intérêts particuliers, et aucunement à la poursuite spontanée d'un quelconque « intérêt général ». Cette analyse est naturellement tout aussi pertinente pour la France, pour peu qu'on veuille bien y regarder de plus près. Les rouages de l'éducation nationale offrent ainsi l'image d'un univers où la hiérarchie administrative et les corporatismes syndicaux – État dans l'État – vivent en parfaite symbiose et forment les deux éléments d'un même complexe. Certains intérêts particuliers ont tellement investi l'État et colonisé

l'« intérêt général » que toute forme de *lobbying* leur est devenue superflue.

Dans une vision plus réaliste, la détermination de l'intérêt général ne peut que consister à arbitrer clairement entre les différents intérêts particuliers qui s'opposent, son contenu n'étant alors que la résolution de ces conflits ou la résultante de ces intérêts. Tel est bien le rôle des agences administratives américaines, chargées, chacune dans son domaine de compétence, de trouver le meilleur compromis possible entre des intérêts divergents, compromis qui sera reflété dans les réglementations qu'elles émettent. Le modèle contemporain de l'*Administrative Law* – dit de « représentation des intérêts » – répond à cette définition de leur activité.

Nos sociétés, quels que soient l'étendue et l'effet atténuateur de l'emprise étatique, sont des espaces pluriels et conflictuels, où s'opposent les secteurs de l'économie, les catégories socioprofessionnelles, les producteurs et les consommateurs, les groupes sociaux et ethniques. Les catégories désavantagées par telle ou telle politique économique, nationale ou internationale, sont de plus en plus aisément identifiables. Sans même évoquer les coupures idéologiques, chaque activité économique, chaque orientation sociale ou politique, s'organise autour d'une pluralité de parties prenantes aux intérêts divergents. On pourrait dissocier ainsi la société civile, dans son foisonnement, à l'infini. La France est ce pays singulier où chacun – et l'État le premier – sait ou croit savoir, avec une remarquable aisance, où se trouve l'intérêt général. D'où un usage immodéré de ce concept, du droit administratif au moindre discours politique –, qu'on ne retrouve

pas aux États-Unis. Que l'on demande à un Américain de définir l'intérêt général des États-Unis sur une question déterminée : il demeurera vraisemblablement interloqué et s'attachera en réponse, comme sa tournure d'esprit le lui dicte, à disséquer les différents intérêts qui s'opposent sur le problème posé. Très vite, la notion d'intérêt général aura été vidée de son sens. C'est pourquoi, outre-Atlantique, la détermination de l'intérêt général n'apparaît possible que dans un nombre très restreint de domaines (ceux qui correspondent aux fonctions traditionnelles de l'État, ce qui n'est pas pour surprendre) : la défense nationale et la politique étrangère, la préservation des principes du système politique et économique, la sécurité... Pour le reste, l'intérêt général est un compromis entre des intérêts particuliers divergents de la société civile, et c'est pourquoi l'expression des intérêts particuliers, notamment par la médiation du *lobbying*, concourt institutionnellement à l'exercice de la démocratie. Au terme du processus, le législateur ou l'exécutif peut mettre en balance les divers intérêts particuliers – qui auront été complètement exprimés – et prendre une décision de compromis reflétant sa conception de l'« intérêt général ». Point d'influence induite dans ce processus : le système assure au contraire la plus grande transparence et la meilleure communication de l'information.

La conception d'un intérêt général qui ne serait que la résultante d'une pluralité d'intérêts particuliers est inexistante en France et a été rejetée de longue date par les publicistes européens, Rousseau en tête [\[23\]](#). L'intérêt général y semble comme posé d'avance. Pourtant, toutes proportions gardées, la complexité des

problèmes n'est pas moins grande d'un côté de l'Atlantique que de l'autre. On peut même se demander, dans un pays où chaque député vote les lois avec son parti, où chaque parti a une vision différente de l'« intérêt général », et où chaque camp fait montre de la plus évidente mauvaise volonté partisane au mépris parfois de l'intérêt du pays, comment cette notion a pu connaître une telle fortune. Dès lors, la seule explication d'une telle différence d'approche est d'ordre institutionnel : l'intérêt général paraît si facile à déterminer en France, *parce que cette détermination est le monopole d'une seule institution* : l'État omniscient. Comme le romancier balzacien, qui sait tout de ses personnages, l'État à la française sait tout ce qui est bon pour la société civile. Point de détermination contradictoire de l'intérêt général en France : tout émane de l'État, de par sa seule qualité de représentant, voire d'incarnation, de l'intérêt général, sans aucune possibilité de sanction autre que politique. Comme l'écrivait Pierre Drouin dans un article du *Monde* sur le contrôle des politiques publiques, « tout se passe comme si tout programme décidé par l'autorité légitime se trouvait par nature au service effectif de l'intérêt général. Or, qui nous assure que les résultats seront conformes aux intentions ? » [\[24\]](#) . Cette question est jugée fondamentale aux États-Unis, où la détermination contradictoire de l'intérêt général par la représentation des intérêts et le *lobbying*, sous la sanction du droit, manifeste le scepticisme d'un peuple habitué à juger sur les résultats, *in concreto*. Et cette vision plus critique de l'intérêt général n'empêche nullement, sous la forme de multiples groupes de travail bipartisans, une coopération politique fructueuse et un réel sens du consensus,

introuvables en France.

Une règle non écrite, mais néanmoins fondamentale, de notre Constitution paraît donc dicter que toute activité exercée par l'État l'est nécessairement dans l'intérêt général et que toutes sortes d'activités peuvent ainsi lui être confiées sans autre limite que la disponibilité de la technostructure administrative chargée de les mettre en œuvre.

L'identification de toute activité étatique avec la poursuite de l'intérêt général est en effet facilitée par le rôle de gestionnaire des grandes fonctions économiques et sociales assumé par l'État en France. Ses responsabilités, à cet égard, lui permettent de faire coïncider exactement avec l'intérêt général un intérêt objectif de gestionnaire, qui lui appartient en propre. Lorsque l'État gère, par exemple, le système de Sécurité sociale, il doit veiller à l'équilibre financier des organismes de gestion et poursuivre son intérêt propre de gestionnaire, sans que quiconque puisse lui contester qu'il agisse ainsi dans l'intérêt général. L'opposition politique pourra critiquer sa gestion, mais non l'identification de l'intérêt de l'État gestionnaire de la Sécurité sociale à l'intérêt général. L'organe est en quelque sorte confondu avec la fonction. Toute autre est la situation de l'État dans le système américain, où les systèmes de retraite sont pour l'essentiel privés et les différents régimes, définis contractuellement : l'État joue là un rôle de régulateur (les *pension funds* font l'objet d'une réglementation minutieuse), d'arbitre entre les parties contractantes (par le biais des agences administratives et du contrôle judiciaire), voire de garant, dans des cas exceptionnels.

À l'origine du raisonnement circulaire de l'intérêt général se trouve donc la nature même des activités assumées par l'État en France. Tant que l'État aura pleinement en main la gestion quotidienne des grandes fonctions sociales et économiques, il sera quasiment impossible à quelque institution que ce soit de faire la part de ce qui est dans l'intérêt général et de ce qui ne l'est pas, de dissocier l'intérêt général et l'intérêt propre de l'État. Lorsqu'à l'inverse, l'État se situera à l'extérieur du jeu contractuel des parties prenantes (entreprises, salariés, institutions financières...), son intervention sera en revanche tout à fait naturelle pour fixer les règles et sanctionner les pratiques contraires à l'intérêt général exprimé par la réglementation.

La question de la fiscalité est étroitement liée à ce qui précède. Cette question est le plus souvent abordée soit en termes quantitatifs et psychologiques (lourdeur excessive de la fiscalité, franchissement du seuil de tolérance des prélèvements obligatoires), soit en termes de politique économique (débat entre l'économie de l'offre et le keynésianisme). Mais la fiscalité est aussi une question de philosophie sociopolitique, qui conditionne la répartition des tâches entre la société civile et l'État, la localisation du pouvoir de décision, les initiatives permises et les choix offerts aux citoyens. Plus il paie d'impôt, plus le citoyen délègue son pouvoir de décision et de gestion dans un nombre sans cesse accru d'activités. L'impôt est ainsi la contrepartie financière de la représentation et souffre des mêmes excès. « Sitôt que le service public cesse d'être la principale affaire des citoyens, et qu'ils aiment mieux servir de

leur bourse que de leur personne, l'État est déjà près de sa ruine », avertissait Rousseau lui-même au chapitre du *Contrat social* consacré aux « députés ou représentants ». On pourrait y ajouter que la société est alors, elle aussi, proche de l'atrophie, et l'exercice de la démocratie, réduit à une bien ennuyeuse peau de chagrin. L'individualisme foncier et une certaine carence du sens de l'entreprise collective seraient-ils les plus puissants alliés de l'étatisme ?

À la chute de l'Ancien Régime, la nouvelle rhétorique démocratique généralisait le terme de « contribution » pour désigner l'impôt, jouant ainsi de l'ambivalence entre le sens « impératif » que le mot possédait déjà depuis longtemps et le sens, actif et volontariste, de don (ambivalence que le substantif « contribuable », littéralement « qui est *sujet à contribution* », quasiment dépourvu de synonyme aujourd'hui, dévoile parfaitement). Depuis, le contribuable contribue, délègue, se fait représenter toujours davantage, et la sphère privée se rétrécit à mesure que la sphère publique s'étend.

Outre-Atlantique, c'est également la fiscalité qui régule le dosage des sphères publique et privée, ou plus exactement la répartition des activités d'intérêt public entre l'État et la société, mais elle le fait dans un tout autre sens.

Car il n'y a aucune raison de principe à ce qu'une activité d'intérêt public soit nécessairement exercée par une institution publique au moyen de fonds ayant transité par l'appareil étatique. Sur cette base idéologique, le système fiscal américain encourage la prise en charge par la société civile d'activités d'intérêt public, non pas en pratiquant globalement des taux de

prélèvements inférieurs aux nôtres, mais en permettant la déductibilité des dons et contributions (volontaires, cette fois) effectués au profit d'œuvres et de fondations d'intérêt général. En dépit de quelques abus de la part de certaines fondations dont la raison d'être est essentiellement fiscale, ce système concourt à la richesse exceptionnelle du tissu social américain et à la dissémination du sens de l'intérêt public au sein de la société. Le rôle considérable que jouent les prestigieuses fondations américaines, les entreprises et les individus dans le financement de la recherche scientifique, de la culture et des arts ou de l'enseignement se lit dans les halls des musées, des universités et des hôpitaux.

Il n'y a pas lieu ici de juger chacun des deux systèmes sur ses résultats. On peut tout à la fois faire observer que les musées, les grandes universités ou les laboratoires privés d'outre-Atlantique ont peu à envier aux plus élitistes de nos institutions, et déplorer la mauvaise qualité de l'enseignement public et l'état de délabrement de certains services publics aux États-Unis. L'effet d'éviction joue dans un sens comme dans l'autre, et une appréciation globale est probablement affaire de subjectivité et de culture, plus encore que de condition sociale. Ce qui nous importe, en revanche, est l'effet du système américain sur le fonctionnement de la démocratie, c'est-à-dire la dissémination du pouvoir social qu'il entraîne. Lorsque des individus, des entreprises, des associations financent directement, voire créent, une institution d'intérêt public, ils sont assurés soit d'un contrôle, au moins indirect, sur la destination de leurs contributions (chaire d'enseignement, bourse de recherche, rénovation d'une

œuvre d'art...), soit, au moins, de l'autonomie de gestion de cette institution. Le système fiscal américain contribue donc à la multipolarité, à l'autorégulation, à la participation politique des citoyens et à la réalisation partagée de l'intérêt général au sein du corps social.

Prétendre que de tels résultats ne pourraient être obtenus à la longue en France par les mêmes mécanismes n'équivaut-il pas à affirmer l'inaptitude des Français à la démocratie ?

Le sophisme est maintenant apparent : c'est parce qu'en France l'État incarne *institutionnellement* l'intérêt général contre les intérêts particuliers de la société, qu'il croit possible de déterminer tout seul ce que recouvre ce concept en pratique sur un problème particulier, contre la manifestation évidente des conflits d'intérêts. Pour ce faire, l'État doit fermer les yeux sur ces conflits et se cramponner au mythe de l'intérêt général, jouer de l'illusion et abuser de la rhétorique. L'État n'est pas, en France, à l'écoute de la société civile : les mécanismes d'écoute et de communication usuels aux États-Unis (*lobbying*, auditions, « commentaires publics » sur les projets de lois et de règlements) n'ont pas d'équivalent en France, en dépit des litanies sur la « concertation ». Bien plus, le mythe de l'intérêt général est tellement puissant qu'il exerce son empire sur la société elle-même. La dénomination péjorative réservée en France aux intérêts particuliers composant la société civile est révélatrice à cet égard. Face à la pureté immatérielle de l'intérêt général incarné par l'État, les intérêts exprimés par la société civile sont dénommés « intérêts catégoriels » et « corporatismes ».

La récente prolifération de discours alarmistes sur la « montée

des corporatismes » et le péril qu'ils font courir à la démocratie française procède de cet état d'esprit. L'expression renforcée des intérêts particuliers depuis 1981 coïncide avec la perte de crédibilité de l'État – concomitante de son extension –, l'usure de l'appareil politique, les aspirations de la société à l'autorégulation, et surtout avec l'entrée brutale de l'économie française dans l'ère des mutations. Ces divers phénomènes contribuent fortement à l'éclatement du mythe de l'intérêt général au contact de la réalité. Dès lors, plutôt que de déplorer cet état de fait au nom d'une conception mythique de l'intérêt général, ne convient-il pas de reconnaître que les conflits catégoriels actuels manifestent la fin d'un certain type de discours et une crise sérieuse de la conception française de la représentation ? Les velléités d'exercice plus direct de la démocratie, le développement de l'esprit d'entreprise et de la vie associative, les aspirations nouvelles non médiatisées de la société, la multiplication des conflits sociaux non idéologiques sont autant de phénomènes qui contredisent la référence à l'intérêt général comme fondement de la représentation politique. Ainsi, les institutions et la théorie de la représentation que la France contemporaine a héritées de la Révolution, et qui ont servi dès avant et bien après elle à la construction de l'État et à l'unification de la nation, ne paraissent plus adaptées à une société plus conflictuelle, plus décentralisée et plus autonome, c'est-à-dire à l'ère de l'autorégulation.

Le caractère néfaste des corporatismes français ne provient alors pas tant de leur organisation en catégories socioprofessionnelles que du rôle de frein qu'ils jouent dans le mouvement de

l'économie et de la société françaises. Ce rôle est d'ailleurs largement dû à la protection que l'État lui-même a historiquement apporté à ces catégories socioprofessionnelles, à coups de statuts particuliers et de réglementations protectrices. Le Rapport Rueff-Armand est, à cet égard, toujours d'actualité. Le concept américain d'« intérêts particuliers » ne correspond pas tout à fait aux « intérêts catégoriels » français. Les « catégories » françaises sont d'ailleurs inexistantes en tant que telles aux États-Unis. La société civile américaine ne s'exprime pas principalement par catégories socioprofessionnelles globales (cadres, petits commerçants, fonctionnaires...) ou par le truchement d'organisations centrales politisées. Les conflits et l'expression des intérêts particuliers existent à une échelle beaucoup plus micropolitique, à l'échelle d'un secteur économique, d'un groupe social, d'une entreprise, ou d'une association. Surtout, l'expression de ces intérêts est, aux États-Unis, entièrement médiatisée par le *lobbying* et le système juridique et finit par se fondre dans la définition de l'intérêt général.

4 - Le public et le privé

L'exploration de la dualité des régimes juridiques régissant l'État et la société civile en France et de ses soubassements idéologiques autour de la notion d'intérêt général, révèle donc en dernière analyse la coupure étanche de la société française entre la sphère du public et celle du privé. Au public, c'est-à-dire à l'univers des « représentants » de tous ordres, l'apanage automatique de l'intérêt général avec les privilèges qui l'accompagnent. Au privé, c'est-à-dire à l'ensemble amaigri de la société et de l'économie réelles, la coloration péjorative des intérêts particuliers, contraires à l'intérêt général, égoïstes et irresponsables. Entre les deux, les théories de la représentation et de la fonction publique font massivement écran. Cette ligne de partage idéologique se traduit juridiquement par l'exclusion du secteur privé de la plupart des activités dites d'intérêt général, y compris des activités économiques : les monopoles publics sont ainsi juridiquement protégés de toute possibilité de concurrence en provenance du secteur privé. L'idée que la plupart des activités privées sont nécessairement au service de l'intérêt général au sens large – sans quoi leur viabilité même serait d'ailleurs compromise – est profondément étrangère à l'idéologie publique française. La « main invisible » d'Adam Smith, qui conduit les intérêts particuliers à promouvoir l'intérêt général, y a décidément fait aussi peu d'adeptes dans l'ordre social que dans l'ordre économique. La notion de responsabilité sociale du

secteur privé est au contraire au cœur du système politico-économique américain, où ce secteur constitue la substance même de l'économie et de la société et assure quotidiennement une mission d'intérêt général (la production des biens et des services, l'emploi des hommes, l'investissement...), y compris dans les domaines les plus éminemment d'intérêt public, comme la culture, la recherche et l'enseignement, grâce notamment au tissu extrêmement riche des fondations et associations.

Tocqueville a remarquablement mis en lumière l'aptitude des Américains à découvrir des points de rencontre entre l'intérêt particulier et l'intérêt général, et y a perçu une doctrine générale qu'il a nommée la « doctrine de l'intérêt bien entendu » [\[25\]](#).

Cette doctrine conduit à investir l'ensemble des citoyens de la responsabilité d'une parcelle de l'intérêt général, plutôt que de le confier entièrement à des représentants abstraits et des organisations bureaucratiques plus ou moins responsables.

La reconnaissance naturelle de la mission d'intérêt général du secteur privé aux États-Unis s'accompagne naturellement d'une responsabilisation poussée de l'ensemble de ses activités, au bénéfice du public (et non de l'État). Cette responsabilisation passe par la sophistication du système juridique et par la régulation économique. La législation *antitrust* assure de manière très stricte le respect de la concurrence au bénéfice des consommateurs et des petits producteurs ; la responsabilité du fait des produits est une menace constante pour les entreprises, et la réglementation très développée des marchés financiers assure la protection du public d'investisseurs. Par ailleurs, la régulation exercée par les agences administratives et l'exécutif

est contrôlée en dernier ressort par le pouvoir judiciaire actionné par la société.

En France, la coupure idéologique entre le public et le privé autour de la ligne de partage de l'intérêt général a partie liée avec le sous-développement de l'idée du droit. Du fait de leur exclusion de la sphère de l'intérêt général, les activités privées sont sous-responsabilisées et insuffisamment contrôlées par le système juridique, c'est-à-dire, en définitive, par le public lui-même (insuffisances de la législation et de la réglementation, faiblesse des habitudes litigieuses...). Cette sous-responsabilisation est utilisée après coup pour justifier, au nom de la « carence de l'initiative privée », l'extension des activités de l'État et sa mainmise sur la société et l'économie. La réglementation excessive du secteur privé (contrôle des prix, du licenciement, des changes...) est en effet directement le fait de l'État et se borne à substituer la régulation étatique au jeu du marché, au nom de considérations de politique économique ou sociale globale. La réglementation française n'a donc rien à voir avec la régulation américaine, fondée, elle, sur le marché et la concurrence, et n'ayant pour objectif que la performance satisfaisante du secteur privé au bénéfice et sous la sanction des usagers et consommateurs.

Ce dernier objectif est dévolu institutionnellement en France au secteur public. Mais les possibilités de contrôle juridique y sont encore bien plus faibles, en raison des aléas du fonctionnement de la juridiction administrative et surtout de la part de ces activités évoluant complètement en dehors du droit. Il n'existe en particulier aucun mécanisme de sanction (en dehors du contrôle

effectué par les corps techniques de l'Administration) de l'adéquation des performances du secteur public au service effectif de l'intérêt général. Un colloque récent sur le « contrôle des politiques publiques » a permis de mettre en évidence la faiblesse des contrôles et la quasi-inexistence d'une évaluation indépendante des politiques mises en œuvre par l'Administration [\[26\]](#). Or, les coûts financiers, mais aussi sociaux et politiques, d'un nombre croissant de politiques mises en œuvre sur le credo de l'intérêt général, commencent à entamer le dogme de l'infailibilité technocratique. Le désaisissement global du Parlement en matière de contrôle, le cumul du pouvoir d'initiative et du pouvoir de contrôle (inspections générales ministérielles) aux mains de l'Administration, la passivité de la société française à cet égard, garantissent l'immunité de l'État dans une immensité de domaines par tradition soustraits à la sphère juridique. Le thème de l'importance de l'évaluation des politiques publiques dépasse de beaucoup le cadre du présent ouvrage. Il s'y rattache cependant par la contribution qu'un renforcement du contrôle juridique sur les activités de l'État – et du « pouvoir juridique » susceptible de le mettre en œuvre – apporterait à la solution de ce problème.

Ainsi, pour l'heure, le public bénéficie d'une protection juridique insuffisante contre les activités tant du secteur public que du secteur privé, et ce, pour les deux raisons inverses qu'on vient d'évoquer. Le « sous-développement » juridique français n'a pas d'autre source que cette double carence, compensée, il est vrai, par la protection qu'accorde l'État, garant de la justice sociale et de la démocratie ; mais la qualité de la fonction publique se paie

par une intrusion généralisée dans tous les domaines. Une approche bien plus saine consisterait à reconnaître tout d'abord, au plan des principes, l'évidente mission d'intérêt général et la responsabilité sociale du secteur privé. Cette évolution est en cours ; il est en effet impossible d'affirmer le rôle crucial des entreprises et des forces de la société dans la bataille économique nationale et mondiale, sans leur reconnaître un rôle des plus éminents au service de l'intérêt général. Une part importante des responsabilités économiques et sociales exercées actuellement par l'État pourrait être alors rétrocédée à la société civile, en contrepartie d'un contrôle juridique renforcé, qui passe par un développement de la législation elle-même et un renforcement institutionnel du pouvoir juridique chargé de la mettre en œuvre. Il resterait alors à tirer les conséquences résultant pour l'Administration des atteintes à la notion d'intérêt général, fondement de son pouvoir et du régime juridique auquel elle est soumise.

Notes du chapitre

[1] ↑ Sur les grands principes du droit administratif français, voir A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1984 (9^e éd.).

[2] ↑ Mais le modèle américain est clairement à l'origine de plusieurs institutions récemment créées en France : Haute Autorité de l'audiovisuel, Commission nationale de l'informatique et des libertés, Commission d'accès aux documents administratifs. Voir P. Sabourin, « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *Actualité juridique du droit administratif*, 1983, p. 275.

[3] ↑ Voir chap. V : « Régulation et nationalisation », p. 140.

[4] ↑ Sauf, bien sûr, le contrôle des inspections ministérielles et des corps techniques internes à l'Administration. Sur l'évolution présente de ce contrôle, voir P. Milloz, *Les Inspections générales ministérielles dans l'Administration française*, Paris, Economica, 1983.

[5] ↑ Une certaine forme de représentation des intérêts existe traditionnellement en France dans les conseils d'administration des entreprises publiques, mais sans équilibre réel et apparemment en dehors de toute sanction juridique.

[6] ↑ Cette pratique est rendue impossible en France par le monopole réservé au ministère public, c'est-à-dire à l'État, pour la défense de l'intérêt général.

[7] ↑ Tocqueville, *Démocratie*, II, p. 375, n. 4.

[8] ↑ Tocqueville, *Démocratie*, II, p. 374-375.

[9] ↑ Voir sur ce thème O. Dupeyroux, « L'indépendance du Conseil d'État statuant au contentieux », *Revue du droit public et de la science politique*, 3-1983.

[10] ↑ Les conclusions des commissaires du gouvernement du Conseil d'État sont la meilleure approximation des opinions des juges américains, mais leur publication est rare.

[11] ↑ Voir sur ce thème Y. Gaudemet, « L'avenir de la juridiction administrative », *Gazette du Palais*, 27 septembre 1979, p. 511.

[12] ↑ Voir chap. I de ce livre.

[13] ↑ Une illustration de ces comportements légitimistes est à trouver dans la réaction d'un journaliste du *Monde* à l'appel de l'UFC au boycottage de la hausse des tarifs téléphoniques en août 1984 : « Contester une décision du gouvernement est une chose (...). Appeler au boycottage, c'est-à-dire à l'incivisme, en est une autre. N'est-ce pas mettre le doigt dans un engrenage dangereux que de déroger aux règles collectives qui font la démocratie ? » (*Le Monde*, août 1984). Quelles sont ces règles ?

[14] ↑ Il s'agit des jurisprudences dites de « l'erreur manifeste d'appréciation » et du « contrôle de proportionnalité ».

[15] ↑ Voir sur ce thème, F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 79-80.

[16] ↑ Ce sont, en substance, les propos de Lionel Jospin, dans une récente interview au *Monde* (24 octobre 1984) : « Sans l'intervention de l'État, un développement

économique suffisamment fort n'est pas possible en France. Nous n'avons pas dans notre pays une vraie classe d'entrepreneurs. » Mais, de tels propos pourraient (ou du moins auraient pu) aussi bien être ceux d'un dirigeant de l'ancienne majorité.

[17] ↑ A. de Laubadère, *op. cit.*

[18] ↑ *Ibid.*

[19] ↑ Voir, par exemple, Charles Reich, *The Law of the Planned Society*, 75 *Yale Law Journal*, 1227 (1966).

[20] ↑ Breyer et Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Boston, Little Brown, 1979, p. 104.

[21] ↑ G. E. Frug, « The ideology of bureaucracy in American law », 97 *Harvard Law Review*, 1276 (1984).

[22] ↑ G. E. Frug, *op. cit.* La thèse de Frug et des juristes radicaux américains est que ces deux derniers modèles n'apportent pas de remède essentiel au problème de la centralisation et de la bureaucratie. Que penseraient-ils du modèle français ?

[23] ↑ Voir, par exemple, A. Mathiot, « Les Pressure Groups aux États-Unis », *Revue française de science politique*, 1952, p. 430 ; et bien entendu, le *Contrat social* de Rousseau.

[24] ↑ *Le Monde*, 14 janvier 1984. Voir sur ce thème, J.-P. Gaudard, *Les danseuses de la République*, Paris, Belfond, 1984 ; Ph. Bénétou, *Le fléau du bien, Essai sur les politiques sociales occidentales*, Paris, Laffont, 1983 ; « De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques », *Revue française de science politique*, février 1982.

[25] ↑ Tocqueville, *Démocratie*, II, p. 153, « Comment les Américains combattent l'individualisme par la doctrine de l'intérêt bien entendu ».

[26] ↑ Colloque tenu à Paris les 15 et 16 décembre 1983, sous le patronage de la Direction de la prévision du ministère de l'Économie, des Finances et du Budget, en collaboration avec l'École des hautes études commerciales, et avec le concours de l'ENA et de l'École nationale des ponts et chaussées. Voir *Le Monde* du 14 janvier 1984.

Chapitre V. Légalisme et étatisme : deux modèles de démocratie

1 - La règle de droit, le marché et leur envers

À partir des analyses développées dans les chapitres précédents, se dessine une grille de lecture des modes américain et français d'organisation sociale, autour du rôle qu'y jouent le droit, le marché et leur envers, l'État.

L'opposition du droit et de l'État ne devrait plus paraître paradoxale : si le droit est, au sens large, une production de l'État, qui en sanctionne par ailleurs le non-respect, on a vu cependant que la France et les États-Unis adhèrent à deux conceptions différentes de la fonction du droit.

En France, le droit est principalement conçu comme un instrument de la tutelle de l'État sur la société ; en cela, il est essentiellement une émanation de l'État, qui en investit largement le contenu. L'investissement étatique du droit se fait sentir jusque dans les activités les plus « civiles » du corps social, tel le mariage ou la vie des associations et des fondations, par le biais des déclarations, agréments et autres autorisations préalables. Aux États-Unis, le droit est d'abord un mode de relation et une règle de partage des compétences entre les divers acteurs de la société civile, qui se substitue à l'action de l'État, ou entre en concurrence avec elle. Ce n'est pas l'« État » – avec les multiples intérêts qu'il médiatise – qui assigne à chacun ses droits et ses obligations, mais la société elle-même qui contracte

en son sein les droits et obligations de ses multiples participants. L'État intervient moins, et moins directement : moins de réglementation impérative, laissant à la liberté contractuelle et à l'initiative de la société un plus vaste champ d'action dans tous les domaines ; rôle plus important des tribunaux et des agences administratives, eux-mêmes plus indépendants de l'État, dans la création du droit.

Poser l'antinomie État/droit revient ainsi à opposer deux conceptions du droit : ce n'est donc pas la « quantité de droit » qui est en cause, mais sa « qualité » et son contenu. En ce sens, le débat récent sur le fait de savoir s'il existe ou non « trop de lois » en France est mal posé : il y a à la fois trop de droit étatique et pas assez de droit « social » ou contractuel, trop de lois et de règlements inefficaces, inappliqués ou néfastes et trop rarement un « bon usage » du droit. Lorsque le droit n'est qu'un instrument de la tutelle étatique, il ne présente plus aucun caractère d'autonomie ou d'exclusivité. Il s'identifie à l'intervention de l'État dans la société et l'économie, qui peut prendre bien d'autres formes que la forme juridique et qui joue d'ailleurs de cette dernière avec plus ou moins de rigueur.

Producteur de réglementation, l'État, quant à lui, reste « au-dessus du droit », même si son action reste insérée dans le cadre d'une légalité formelle. La société française peut ainsi être très « juridique », comme l'est la société américaine, sans que cela produise les mêmes effets : flexibilité d'un côté de l'Atlantique, rigidités de l'autre. La société américaine est contractuelle et légaliste, la société française est réglementée.

Le modèle américain est celui d'un effacement de l'État,

effacement encore accentué par la déréglementation actuelle, phénomène cependant marginal au regard de la constante historique qu'est le faible degré d'intervention étatique aux États-Unis. On a mis en lumière, au chapitre II, les liens existant entre la forme fédérale et la puissance du droit et des juristes outre-Atlantique. Dans une société où l'État a toujours été délibérément tenu en retrait, retranché dans ses fonctions essentielles, voire proprement défaillant, la règle de droit reçoit naturellement pour mission de réguler les rapports sociaux, de même que la loi du marché régit l'économie.

Règle de droit et marché : telles sont, à nos yeux, les deux matrices de la civilisation américaine. L'étatisation de l'organisation sociale d'une part, de la vie économique d'autre part, en constitue l'envers.

Le modèle américain est constitué de deux éléments : d'une part, une société pluraliste, atomisée, qui s'autorégule par la médiation de la règle de droit mise en œuvre par l'*establishment* juridique ; d'autre part, une économie de marché, régie par la loi de l'offre et de la demande sous la sanction de la législation *antitrust*. La Constitution dans l'ordre général et les lois *antitrust* dans l'ordre économique y font figure de normes fondamentales de la liberté des acteurs, y compris l'État fédéral, les États de l'Union et les collectivités publiques. Économie autorégulée, « société de marché » : les termes sont interchangeables tant les valeurs fondamentales de pluralisme, de concurrence et d'échange sont identiques dans les deux domaines. De fait, la meilleure métaphore du modèle sociopolitique américain, et du jeu politique à Washington, pourrait bien être la Bourse de New

York.

Que l'on ne se méprenne pas sur le sens de cette référence au marché. Il ne s'agit aucunement de représenter une vision idyllique et naïve d'une économie américaine soumise aux règles de la concurrence pure et parfaite, ni d'occulter les interventions massives et multiples de l'État fédéral dans le jeu économique et social. Le poids de l'État et de la réglementation, fréquemment sous-estimé en France, se voit paradoxalement confirmé par la virulence des attaques dont il fait l'objet aux États-Unis de la part des néo-conservateurs reaganiens et autres croisés de la dérégulation. Il est clair qu'en matière économique les grands programmes militaires ou spatiaux, le déficit budgétaire, le financement de la recherche-développement, les actions sectorielles, la normalisation (pollution, conservation énergétique...) sont autant de puissants moyens d'intervention étatique. Par ailleurs, des stratégies conduites en France et ailleurs par l'État le sont aux États-Unis, avec les mêmes effets, par le pouvoir économique centralisé que constituent les grandes entreprises et institutions qui façonnent le marché.

La valeur de la référence au marché est *normative* : la loi du marché et de la concurrence est, dans l'idéologie publique américaine, un article de foi, où l'économique, le politique, le social et l'idéologique sont étroitement imbriqués. La concurrence est, dans la conception américaine, indissociable d'une certaine conception de l'égalité des chances et de la dynamique sociale. Loin de constituer une simple facette du conservatisme économique de l'Administration Reagan ou un rideau de fumée rhétorique, l'adhésion au marché et à la libre

entreprise (c'est-à-dire à l'entreprise privée) remonte aux origines, quand l'idéal jeffersonnien de la démocratie américaine était intimement lié à une économie de petits producteurs, échangeant à égalité, à l'abri des ingérences gouvernementales. Si l'économie américaine a bien changé depuis, l'idéologie est demeurée intacte pour l'essentiel.

À la fin du siècle dernier, le contenu idéologique des principes du marché reçut force juridique, avec l'adoption du *Sherman Act*, la première des grandes lois *antitrust*. La valeur quasi constitutionnelle de cette législation, l'étendue de ses prohibitions, très sévèrement sanctionnées, démontrent que le marché n'est pas tant la forme, que la *loi* de l'économie américaine. Face à cette réalité juridico-idéologique, l'aide fédérale (sous forme de garantie d'emprunts) apportée à Chrysler au bord de la faillite en 1979 – exemple d'autant plus sollicité en France qu'il est rare [\[1\]](#) – est de peu de poids, surtout lorsqu'on passe sous silence l'intense cas de conscience qu'elle a posé au Congrès, en termes d'intervention induite du gouvernement fédéral et de violation inéquitable des lois du marché. Dans la sphère internationale, la pleine compréhension des contentieux économiques transatlantiques est impossible sans une certaine familiarité avec le rôle matriciel du couple droit/marché aux États-Unis.

Il est clair, par ailleurs, que le modèle individualiste et libéral de la règle de droit conçu au XIX^e siècle n'a plus cours dans les États-Unis de la fin du XX^e siècle où, là comme ailleurs, la réglementation administrative et l'imbrication du public et du privé sont devenues les traits dominants. Les intellectuels

radicaux américains, c'est-à-dire l'extrême gauche d'une société de consensus, ne s'évertuent-ils pas à démontrer la faillite de l'ordre libéral avec ses catégories et ses distinctions (État/société, public/privé, souveraineté/propriété...) dans la réalité américaine ? Ici encore, tout est affaire de relativité : la France a, pourrait-on dire, dans ce domaine plusieurs longueurs d'avance, et les États-Unis restent, au regard du modèle français, le temple du libéralisme socio-économique. D'où l'extrême banalité, dans le contexte français, des critiques et des « découvertes » de l'*intelligentsia* radicale américaine et, à l'inverse, l'extrême urgence d'en revenir en France à de plus saines et traditionnelles distinctions entre les genres.

Le modèle français se situe en effet aux antipodes de la réalité américaine. À coups de « statuts » et de réglementations, l'intervention étatique, véhicule de multiples intérêts, a figé la société en monolithes qui ne savent plus communiquer entre eux que par la médiation de l'État, partout sollicité. Dans l'ordre économique, le marché n'est plus que le résidu d'une économie réglementée ou contrôlée de part en part. Dans l'un et l'autre cas, cette situation n'a d'autre fondement ou de nécessité que l'hégémonisme étatique, qui transcende le droit. Monopoles, unilatéralisme et rigidités : tels sont les traits dominants de la société et de l'économie françaises étatisées.

Il est intéressant de constater qu'en France, ces deux matrices que sont, aux États-Unis, la règle de droit et le marché jouissent d'un statut à peu près identique : celui de catégories officielles classant la France parmi les « États de droit » et les « économies de marché », mais qui, dans les faits, ont eu historiquement le

caractère d'aspirations, sans cesse démenties ou dénaturées par l'intervention de l'État. On peut sérieusement s'interroger sur la légitimité de l'appartenance de la France à la catégorie des économies de marché, et ce bien avant mai 1981 et la « société d'économie mixte », puisqu'on peut faire remonter l'étatisation de l'économie française, par cercles concentriques, au précédent septennat, à la Libération, à Saint-Simon, à Colbert ou à Philippe-Le-Bel. De même, la thèse selon laquelle la réalisation de l'État de droit a plus à faire avec le dépérissement de l'État qu'avec l'extension infinie du Politique paraît avoir encore peu d'adeptes en France, y compris parmi les juristes constitutionnels.

De manière plus systématique, on pourrait opposer au modèle américain multipolaire et contractuel, un modèle français entièrement centripète/centrifuge. Dans la société américaine de pluralisme, de concurrence et d'échange, l'« État » fait figure de centre introuvable, traversé lui-même par les traits caractéristiques de cette société, comme à son image. Pluralisme, concurrence et échange s'exercent, comme on l'a vu, entre l'État fédéral et les 50 États, entre les différentes agences composant l'exécutif, entre la Maison-Blanche et le Congrès, et entre eux et le pouvoir judiciaire. Par ailleurs, l'intervention de l'État dans l'économie et la société est soigneusement réglementée par la Constitution, la loi et la jurisprudence. De la sorte, les acteurs ne comptent pas sur l'État pour être le médiateur de leurs relations et s'assurent, au contraire, que l'État se tient dans les limites qui lui sont assignées par le droit. Il en résulte que la capacité de l'État à occuper le centre du modèle américain est doublement compromise.

Ces traits ont pu d'ailleurs contribuer historiquement à la paralysie ou à l'incohérence de l'action gouvernementale, génératrice de l'initiative du judiciaire et de la société civile en général. Du moins s'est-il agi, de la part des fondateurs de la démocratie américaine, d'un choix délibéré.

Dans le modèle centripète/centrifuge français, tout part de l'État et tout aboutit à l'État, qui irradie de son initiative et enserme de ses restrictions une société dont il a préalablement puisé une bonne part de la substance et de l'énergie. En retour, la société a pris l'habitude d'en appeler à l'État pour aider à la résolution de ses conflits majeurs et pour régenter toutes les interactions de ses participants. Cette attitude, qu'elle soit baptisée « carence de l'initiative privée » ou « capitalisme sans capitaux », légitime *a posteriori* l'intervention étatique [2]. L'initiative revient donc à l'État qui prétend « pousser » la société civile ; en réalité, dès que la société tente de prendre l'initiative, l'État résiste et se transforme en contrainte, particulièrement en période de crise. La flexibilité des moyens d'intervention étatique se change alors en rigidité.

Dans la société « déjuridicisée » née de la Révolution, le droit n'est que l'un des instruments de la régulation étatique. Bien souvent, les affaires se traitent « en famille », c'est-à-dire sans autre dimension juridique que celle qui dérive de l'autorité du puissant *pater familias* qu'est l'État. L'art latin de la conciliation, qui fait trop souvent défaut aux Américains et que beaucoup à juste titre nous envient, est l'adjuvant d'un certain « consensus à la française », organisé cependant par et autour de l'État. Et pas plus que la règle de droit ne régule la société, le marché ne

fournit-il la norme de l'économie française, où l'État intervient à tous les niveaux : réglementation des prix et des licenciements, contrôle des changes et des entreprises nationales, dont la dénonciation des effets pervers est devenue un lieu commun. La société française s'organise autour de quelques monolithes, masses compactes au nombre d'autant plus restreint que leur taille est importante. Le plus énorme de ces monolithes est à l'évidence l'État lui-même. Mais la concentration règne également tout autour de lui : partis politiques oligopolistiques qui médiatisent la représentation politique des citoyens ; syndicats qui monopolisent, en la politisant, la représentation du monde du travail ; conglomérats d'entreprises nationales censés représenter le « fer de lance » de l'économie sont les composantes de cet univers que Jacques Lesourne nomme fort justement l'« oligopole social » [\[3\]](#) .

Ces monolithes sont en outre liés les uns aux autres, produisant une sorte de surconcentration de la société française. Les partis politiques, regroupés en une majorité parlementaire, sont le support de l'exécutif. Les syndicats sont liés aux partis politiques et contribuent ainsi à la politisation et à la transformation de tout conflit professionnel en un conflit « social ». L'État, oublieux des règles du marché et du droit de la concurrence, joue avec les entreprises publiques dans le cadre de cette version française du Monopoly qu'il est convenu d'appeler « politique industrielle ». La trame journalière de la vie politico-économique française finit par s'identifier à la chronique des relations, tantôt sereines, tantôt orageuses, entre tous ces monolithes. Les combinaisons possibles sont variées, mais non infinies : rivalité des partis

politiques, des syndicats ou des groupes industriels entre eux ; états d'âme de tel ou tel dirigeant à l'endroit d'un autre représentant et *vice versa*. La lecture de la presse, notamment d'une certaine presse institutionnelle et « légitimiste », est instructive à cet égard, comme reflet de l'idéologie publique et de la réalité françaises. En tant qu'elle contribue à façonner l'idéologie et la réalité sociopolitique en « créant l'événement », cette presse porte cependant une part de responsabilité dans l'excessive focalisation de la société française sur la vie étatique et institutionnelle, au détriment de la vie économique, juridique, socioprofessionnelle et culturelle. À l'inverse, le succès croissant d'un journal comme *Libération*, plus proche de la société civile que de ses institutions de tutelle, témoigne du regain libertaire que connaît la société française.

Car les grands oubliés de la chronique officielle sont les « représentés », c'est-à-dire la société civile : les citoyens, les entreprises, les consommateurs, les associations, et autres groupes d'intérêts, dans leur foisonnante diversité. Seul le Peuple, alibi de la Représentation, compte à la rigueur, inoffensif dans son aura théorique. Aux États-Unis, quiconque s'intéresserait uniquement à la politique risquerait d'être déçu, mais passerait sûrement à côté de l'essentiel.

En renfort de ces traits culturels, l'intervention de l'État dans tous les domaines achève de conférer à la société française ses caractéristiques centralisées. Par un réseau complexe et difficilement réversible d'enchaînement non exclusivement juridique, l'État se trouve, en l'état actuel du fonctionnement de la société et de l'économie françaises, appelé ou impliqué dans la

résolution de tous les conflits, y compris dans ceux qui, dans une économie de marché et un État de droit, ne devraient pas relever principalement de lui : restructurations industrielles, mutations technologiques, conflits sociaux, refinancement d'entreprises en difficulté du secteur privé... Des relations qui devraient normalement se régler directement entre les acteurs concernés (entreprises, syndicats, banques...), comme elles le sont aux États-Unis sous la sanction de la loi du marché et de la règle de droit, sont en France systématiquement coiffées par la tutelle de l'État. L'« abandon » partiel de Creusot-Loire à la procédure de règlement judiciaire et de liquidation fait à peine figure d'exception. À moins qu'il n'inaugure une nouvelle ère, plus rigoureuse – nécessité financière obligée –, des relations entre l'État et l'industrie.

Il serait quelque peu injuste d'attribuer la responsabilité exclusive de cette situation à l'État. Certes, celui-ci s'est assuré, par un immense réseau de normes légales et réglementaires, une mainmise institutionnelle sur la société et l'économie. Qu'on songe seulement à la protection juridique des monopoles publics, à la réglementation des prix, ou au rôle dévolu à l'Administration ou aux organismes publics dans la régulation du marché du travail, la résolution des conflits sociaux ou le financement des entreprises. Mais cette tendance, appuyée sur l'appareil réglementaire de l'État, a progressivement été relayée par l'attitude, toute pragmatique, de la société elle-même. La tutelle a engendré l'apathie et le recours systématique à l'État salvateur ou arbitre, parfois en dehors de tout cadre juridique défini. Le gouvernement est censé être responsable de tous les maux

sociaux du pays : qu'un fait divers criminel survienne ici ou là, et le président de la République se sent parfois obligé de s'y impliquer personnellement...

Cette évolution paraît, tout compte fait, plus préoccupante que l'étatisation réglementaire. S'il est toujours possible de changer les lois, de déréglementer ou de désétatiser, comment modifier l'habitude acquise par la société de ne communiquer avec elle-même et de ne régler ses conflits internes que par l'entremise de l'État ? Encouragée par l'hégémonisme étatique, rendue possible par l'absence de limites constitutionnelles ou idéologiques à son intervention, cette habitude ne semble pouvoir être vaincue que par le « retrait » de l'État, son refus de se trouver mêlé à des conflits qui ne relèvent pas de lui, l'embarrassent et l'exposent indûment. La crise financière de l'État protecteur pourrait être le plus puissant adjuvant d'un tel retrait.

« Partout où, à la tête d'une entreprise nouvelle, vous voyez en France le gouvernement et en Angleterre un grand seigneur, comptez que vous apercevrez aux États-Unis une association », avertissait Tocqueville dans son fameux chapitre sur les associations. À supposer que la société française se défasse de son apathie et de sa docilité, *comment sortir de la logique étatique*, c'est-à-dire du processus apparemment inéluctable selon lequel toute initiative d'envergure, même celles ayant précisément pour but de renforcer la société civile en désinvestissant l'État, émane directement ou indirectement de l'État lui-même et demeure dans son giron ? C'est cette logique perverse qui explique que des institutions relativement récentes et d'inspiration progressiste, telles la Haute Autorité de

l'audiovisuel, la Commission de la concurrence ou la Commission d'accès aux documents administratifs, plus proches du modèle de l'autorégulation, ne soient pas encore suffisamment démarquées de la régulation étatique. Créées à l'initiative de l'État, portant le label « national » et « public », ces institutions sont dotées de pouvoirs insuffisants et leur indépendance organique et juridique, sinon intellectuelle, à l'égard de l'État laisse à désirer, relativement aux agences régulatrices américaines qui leur servent de modèle. Les récents démêlés de la Haute Autorité de l'audiovisuel avec le gouvernement à propos de la nomination du PDG d'Antenne 2 et du « quart d'heure Fabius », comme la méfiance du Conseil constitutionnel à l'égard des pouvoirs de la « commission pour la transparence et le pluralisme » créée par la nouvelle loi sur la presse fournissent de tristes confirmations de cet état de choses. Seul le temps, brouillant les cartes des nominations et permettant le développement d'une jurisprudence propre, est susceptible d'asseoir l'autonomie de ces institutions dans l'esprit du public et des sujets de leur régulation.

Par ailleurs, la logique étatique veut que, dans un pays où l'État a le monopole de la production du droit, l'accumulation de lois nouvelles (fûssent-elles intitulées loi sur le pluralisme, la transparence et autres vertus « modernes »), au lieu de promouvoir le modèle de l'autorégulation, ne fasse que renforcer celui de la régulation étatique.

Le débat récent sur la « quantité de droit » et les malentendus qu'il a provoqués entre le gouvernement et une partie de l'opinion publique sur le thème des « libertés » découlent de ce

paradoxe. Quand le gouvernement croit, en légiférant, accroître les libertés et les droits de la société, celle-ci ressent surtout l'accroissement de la tutelle étatique pesant sur elle.

Or, sans institutions, sans lois véritablement « civiles », non étatiques, il n'est pas de renforcement possible de la société civile. L'État acceptera-t-il un jour de se déssaisir entièrement, et fatalement de sa propre initiative, au profit de la société civile, de pouvoirs dont il a historiquement joui sans partage ?

Telle est l'interrogation que suscite la logique étatique face aux velléités de l'autorégulation. Il est vrai que cette logique a son exact pendant dans la logique juridique qui enferme toute décision aux États-Unis.

En tentant de systématiser l'opposition des modes d'organisation sociale en France et en Amérique, on aboutit ainsi à deux modèles : légalisme [\[4\]](#) d'un côté de l'Atlantique, étatisme de l'autre ; société contractuelle et société réglementée.

Dans le modèle pluraliste américain, où l'État occupe un centre introuvable, l'initiative revient à la société civile, aux forces de l'économie qui interagissent en leur sein et « poussent » l'État. La règle de droit forme le lien social, répartit les compétences et résout les conflits au sein de la société civile et entre celle-ci et l'État, avec le support d'un puissant appareil judiciaire et par l'entremise d'un non moins puissant *establishment* juridique. La loi de l'offre et de la demande fournit les normes de la production et de l'échange, sous la sanction du marché.

Le mode juridique de régulation a partie liée avec une stricte délimitation des compétences. En assignant à chacun son domaine, le système juridique définit *a contrario* tout ce que les

autres ne peuvent faire. On a vu le rôle joué par le fédéralisme et par une certaine conception de la séparation des pouvoirs dans la genèse du légalisme américain. Par contraste, l'étatisme français pratique fréquemment la confusion et le mélange des genres et tolère parfois des relations ambiguës entre les institutions. Le modèle hiérarchique qui ordonne le fonctionnement de l'État, de la société, et la relation entre l'un et l'autre en France substitue à des relations juridiques clairement définies et à un partage horizontal des compétences des relations d'autorité verticales. Dans ce modèle, la capacité juridique d'intervenir, certes de manière « informelle », dans toute décision, est uniquement fonction du rang occupé dans la hiérarchie politique. Ce principe conduit aux « arbitrages » couramment effectués par le Premier ministre ou le président de la République sous la V^e République. Si cette pratique peut se justifier dans l'hypothèse d'un conflit entre deux ministères, pour sauver les apparences de la « solidarité gouvernementale », est-elle encore défendable lorsqu'est en jeu une décision prise par une administration technique ou une entreprise publique industrielle ou commerciale, que vient supplanter un « arbitrage » venu d'en haut ?

Y a-t-il lieu ici à remontée hiérarchique ? Pour prendre un exemple récent, est-il souhaitable, dans une démocratie avancée, que l'Élysée puisse imposer, contre l'avis des PTT, une hausse de la taxe téléphonique, à la légalité par ailleurs contestable ? Est-il concevable que l'exécutif puisse dicter sa volonté à une institution voulue « indépendante » comme la Haute Autorité de l'audiovisuel, sans qu'aucune règle, au moins procédurale, ne

vienne s'y opposer ? Dans une situation parallèle outre-Atlantique, la simple convocation par le président Reagan, à la Maison-Blanche, du *Chairman* de la *Federal Communications Commission*, agence fédérale indépendante chargée des télécommunications, avait soulevé un tollé de protestations. Le modèle français abonde en limites floues et en règles approximatives, et les commentateurs ne prennent souvent plus la peine de distinguer entre les diverses autorités pour ne plus se référer qu'au « gouvernement » ou au « pouvoir ». Le faible degré d'élaboration qu'y connaît la notion de conflit d'intérêt, omniprésente outre-Atlantique, est révélatrice de cet état. Cumul généralisé des mandats politiques, liens organiques entre l'administration et les grandes entreprises, présence des mêmes personnes, en nombre limité, dans une pluralité de grandes institutions, rôle à la fois consultatif et juridictionnel du Conseil d'État : tous les conflits potentiels se résolvent, dans la conscience vertueuse et ordonnée de la haute fonction publique, en une savante alchimie faite d'intérêt général, d'omniprésence étatique, et d'un génie très français du « changement de casquette ». Il manque en France une philosophie de la règle stricte qui fonderait des relations « de pleine concurrence » (approximation du concept économique anglo-saxon d'*arm's length transaction*) et serait une sorte de contrepartie juridique de la « rigueur » économique.

Dans le modèle français, tout part de l'État-centre vers la périphérie, et tout mouvement de la périphérie passe par l'État-centre. La règle de droit et le marché ne subsistent qu'à l'état de normes dégradées. Ni l'une ni l'autre n'ont vraiment leur place

dans la « société d'économie mixte ». L'une des institutions archétypiques de ce modèle social est le « contrat État-société » (aux labels variés de « contrat de progrès », « contrat de plan », « accord de régulation »...) : pseudo-contrat, à la valeur juridique pour le moins incertaine, qui se substitue aux mécanismes de régulation interne de la société et de l'économie, déformation de la société civile qui « contracte » avec l'État au lieu de contracter en son sein. La société d'économie mixte elle-même, non plus comme métaphore d'un mode d'organisation sociale, mais au sens propre d'entreprise à capitaux publics majoritaires, est un autre réceptacle de contradictions. En théorie, les entreprises publiques industrielles et commerciales sont régies par le droit commun. Dans la réalité, de même que l'entreprise publique est parfois soustraite à la loi du marché, de même l'État, qui en est l'actionnaire majoritaire et le dirigeant de fait, échappe au droit commun des sociétés commerciales et de la responsabilité. A-t-on jamais vu la responsabilité des administrateurs représentant l'État engagée dans une instance civile ou commerciale ? Il est vrai qu'actionnaire ou non, l'État viendrait de toute façon à la rescousse en cas de difficultés sérieuses, hors de tout mécanisme juridique. Dans les entreprises entièrement détenues par l'État, les dérogations au droit commun abondent : tolérance d'un actionnaire unique, absence d'assemblée générale et d'élection des présidents et directeurs généraux, absence de la liberté de souscription du capital. La forme de la société commerciale n'est alors plus qu'un masque [5]. *En dernière analyse, les règles nonchalantes de l'étatisme et celles de la rigueur juridique révèlent deux logiques incompatibles. Et un surcroît de manque de rigueur*

juridique devient alors nécessaire pour occulter les contradictions. Toute la problématique du droit en France tient dans ce constat.

2 - Figures de la démocratie

Quatre catégories institutionnelles paraissent particulièrement fécondes pour embrasser l'esprit et le fonctionnement de la démocratie américaine. Ce sont la régulation (*regulation*), le *lobbying*, le contentieux judiciaire (*litigation*), et la libre circulation de l'information.

La *regulation* désigne l'appareil juridique par lequel l'État fédéral ou les États de l'Union réglementent ou contrôlent les activités économiques ou sociales d'intérêt général, notamment celles qui correspondent aux grands services publics administratifs, industriels ou commerciaux français. En ce sens, ce terme pourrait être traduit par « réglementation ». Nous conserverons cependant le terme de « régulation », pour exprimer la relation que cette réglementation conserve avec le marché, qu'elle vise à corriger ou « réguler », mais qui demeure la norme. De surcroît, la *regulation* à l'américaine est partie intégrante du mode juridique de régulation sociale, de l'empire du droit. En ce sens, elle s'oppose à la « réglementation » française, qui participe du modèle étatique.

En sens inverse de la *regulation* qu'il cherche à influencer, le *lobbying* va de la société civile à l'État. Il est l'une des manifestations de la manière dont la société accommode ses besoins d'initiative ou de protection avec les intérêts dont l'État a la charge. Organisée en groupes de pression conflictuels (secteurs économiques, entreprises, associations et autres groupes

d'intérêts), la société civile pousse l'État à prendre en compte ses multiples intérêts.

Le contentieux judiciaire est l'un des modes privilégiés d'interaction entre les différents acteurs de la société contractuelle américaine, et concerne également les relations entre la société et l'État, hors du cadre du *lobbying*.

Enfin, la libre circulation de l'information et la philosophie d'information ouverte qui la sous-tend, constituent en quelque sorte l'huile des rouages de la démocratie américaine, la matière première dont s'alimentent la régulation, le *lobbying* et le contentieux.

L'ombre portée de ces quatre figures de la démocratie américaine dessine en négatif au-delà de l'Atlantique les contours du modèle français. À la régulation correspond l'étatisation de l'économie et des grandes fonctions sociales ; à la transparence, la préférence pour le secret. Quant au *lobbying* et au contentieux, ils n'ont pas d'existence institutionnelle en tant qu'instruments de la démocratie, mais leurs substituts, la concertation et, à l'extrême, la descente dans la rue, n'en sont pas moins caractéristiques de la démocratie française.

Régulation et nationalisation

Confrontés, dans la seconde moitié du siècle dernier, à la nécessité de contrôler les secteurs d'activité d'intérêt général, et de les soustraire aux aléas du marché, les États-Unis ont naturellement choisi la voie de la régulation, c'est-à-dire de la réglementation des entreprises privées en charge de ces activités.

Le problème s'est historiquement posé pour la première fois avec l'essor des chemins de fer et les abus occasionnés par les positions dominantes détenues par les grandes entreprises privées dans ce secteur vital pour l'économie. La *railroad regulation*, tournant de l'histoire économique et idéologique américaine, concomitante de l'adoption du Sherman Act, première des grandes lois antitrust, a été le terrain d'essai de la régulation économique à l'américaine, donnant naissance à la première des « agences » administratives, l'*Interstate Commerce Commission*, créée en 1887. Depuis, et notamment dans le cadre du *New Deal*, qui vit naître la plupart des grandes agences régulatrices, le même modèle de réglementation économique a été utilisé dans un très grand nombre de secteurs : transports maritimes et aériens, télécommunications, banques, assurances et marchés financiers, commerce... Ce modèle s'articule autour des principes suivants : maintien des entreprises réglementées dans le secteur privé ; création d'un ou plusieurs organismes publics spécialisés, généralement par secteur, chargés de contrôler et de réglementer les entreprises concernées (fixation ou supervision des tarifs, édicton de normes techniques, etc.) ; contrôle judiciaire, en dernier ressort, sur l'activité régulatrice de ces organismes publics, et par conséquent sur les entreprises réglementées elles-mêmes.

C'est ce modèle qui est, depuis plus d'une dizaine d'années et surtout dans l'Amérique reaganienne, la cible du mouvement de dérégulation. Censée corriger les imperfections du marché, la régulation a été accusée de contribuer à les aggraver, voire de subvertir complètement le jeu du marché par ses méthodes

artificielles de tarification et la lourdeur de ses modalités pratiques (règlements impénétrables, paperasserie monumentale...). Par ailleurs, l'innovation technologique a rendu caduque la notion de monopole naturel et la nécessité de certaines formes monopolistiques, qui justifiaient la régulation. La dérégulation signifie d'abord le retour, ou parfois l'instauration, de la concurrence. Moyen terme entre l'État et le marché, la régulation économique a donc, par ses excès, entraîné l'économie américaine un peu plus près du marché, un peu plus loin de l'État.

De manière significative, la voie de la nationalisation, concurrente de celle de la régulation, n'a d'ailleurs jamais été envisagée aux États-Unis. En France, au contraire, le réflexe jacobin a commandé l'étatisation progressive des secteurs d'activité d'intérêt général (PTT, transports ferroviaires et aériens, électricité et gaz, assurances, banque...) : par le régime de la concession et de la régie avant 1914, de la société d'économie mixte dans l'entre-deux-guerres, et enfin de la nationalisation pure et simple à la Libération.

Au-delà de ses enjeux idéologiques, cette différence de méthode – puisque régulation et nationalisation répondent au même besoin et sont censées accomplir le même objet – a diverses implications. La régulation à l'américaine maintient la séparation des fonctions naturelles de chacun : les entreprises exercent leur activité selon des normes économiques et commerciales ; l'État régule. Encore le fait-il très indirectement : les agences spécialisées et indépendantes forment écran entre l'État législateur (dont elles tiennent leur autorité) et les entreprises

qu'elles régulent. Ce triple niveau de distinctions (Congrès/agences/entreprises) est aboli dans la nationalisation. Par ailleurs, différence importante, la régulation préserve la concurrence au sein du secteur privé (davantage encore depuis la dérégulation), tandis que la nationalisation à la française donne fréquemment lieu à la création de monopoles publics juridiquement protégés de la concurrence du secteur privé. Ainsi, en France, tout se passe comme si l'État ne pouvait concevoir une activité d'intérêt général, définie de manière de plus en plus extensive, qui ne soit exercée directement par lui. On retrouve la fausse équation intérêt général - secteur public évoquée au chapitre précédent.

Le choix de la nationalisation dévoile du même coup le peu de confiance de l'État, en France, en l'efficacité de la règle de droit pour contrôler ces activités. Plutôt que de remplir son rôle, qui est de légiférer ou réglementer et de faire appliquer la règle de droit, l'État préfère se substituer à la société civile. Pour le citoyen-actionnaire, la nationalisation, fût-elle équitablement compensée, reste une dépossession ; pour le contribuable, elle est un achat forcé de titres, qui ne lui confèrent cependant ni contrôle, ni dividendes. L'exercice du premier et la gestion des seconds reviennent, ici comme en matière politique, aux représentants de l'intérêt général.

La voie de la nationalisation est aussi celle de la « préemption » du secteur public sur le secteur privé et de l'accentuation du clivage entre le premier, investi des activités dites d'« intérêt général », et le second, relégué dans des activités apparemment moins nobles. À mesure que la conception de l'intérêt général

s'est élargie, le secteur public (État, entreprises publiques, collectivités locales) a progressivement été autorisé, comme en témoigne l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État, à faire concurrence au secteur privé, dans son domaine propre, tandis que l'inverse était beaucoup moins vrai.

Le contraste est donc total entre les États-Unis, où les activités d'intérêt général, demeurées privées, sont soumises à une réglementation spécifique, et la France, où le transfert est « organique », l'État se substituant au secteur privé ou le contrôlant directement.

Du point de vue du contrôle des activités concernées, la différence est nette. Aux États-Unis, les entreprises sont soumises à des normes juridiques spécifiques et « neutres ». La France oscille entre deux attitudes : soit l'État, bon prince, joue « l'autonomie des entreprises publiques » et exerce « uniquement » le contrôle d'un actionnaire unique, soit, au contraire, il intervient dans la gestion et soumet ces activités à l'arbitraire du prince et aux aléas de la politique générale. Dans les deux cas, tout contenu juridique est évacué : là encore, le fait que l'État soit propriétaire garantit, comme par enchantement, que l'intérêt général est servi au mieux.

La nationalisation est donc, non seulement l'envers, mais aussi l'échec de la régulation bien comprise. L'État français sait mal réguler : soit il réglemente, c'est-à-dire qu'il fige, qu'il interdit ou prescrit l'activité de la société civile, soit il se substitue purement et simplement à elle. Faute d'expérience en ce domaine, il fabrique, dans un cas, les rigidités de l'économie et de la société françaises ; dans l'autre, il pratique la confusion des rôles.

La conception américaine de la régulation économique, malgré ses lourdeurs et ses inefficiences propres, est autrement flexible et efficace. Plutôt que de pratiquer *a priori* la prescription ou l'interdit, elle vise à gérer le mouvement de l'économie et de la société (marché, mobilité sociale) *a posteriori*. La législation *antitrust* et la régulation hautement sophistiquée des marchés financiers sont deux illustrations de ce parti pris. Des pans entiers de l'économie américaine – pour « libérale » qu'elle soit – sont ainsi bien plus profondément et mieux réglementés que leurs équivalents français. Car la société contractuelle ne chasse pas la réglementation, bien au contraire, elle l'appelle. Lorsque la régulation sociale est contractuelle, l'État retrouve son rôle naturel, qui est d'assurer le fonctionnement satisfaisant des relations contractuelles. Ainsi, par exemple, les régimes de retraite, essentiellement contractuels aux États-Unis sous la forme des *pensions plans* offerts par les employeurs à leurs employés, donnent-ils lieu à une réglementation très stricte et minutieuse des plans de retraite et de l'usage que les gestionnaires peuvent faire des *pension funds* (sommes considérables dont le rôle est essentiel dans le financement de l'économie américaine) qui leur sont confiés, imposant des devoirs fiduciaires très contraignants à chacune des parties prenantes. Il est vrai qu'en France l'atrophie provoquée par l'étatisation et la bureaucratisation des fonctions économiques et sociales a rendu quelque peu superflu de tels types de régulation : une législation *antitrust* n'a de sens que dans une véritable économie de marché [\[6\]](#) ; les fonctions de policier vigilant exercées par la *Securities and Exchange Commission* ne

se justifient que par le dynamisme des marchés financiers américains. Ce qui explique, par exemple, que la législation française de 1977 sur la concurrence et la Commission des opérations de bourse n'aient pu encore jouer le rôle que l'on attendrait d'elles.

Quelles que soient les atteintes sectorielles que le mouvement de dérégulation, d'ailleurs actuellement en recul, pourra porter à son empire, il est clair que la régulation restera une pièce centrale du modèle juridique américain.

« *Lobbying* » et concertation

Le *lobbying* est sans doute l'institution de la démocratie américaine la plus antipathique à l'idéologie publique française, la moins bien comprise également.

Au regard de la conception française de la démocratie, le *lobbying* représente la tentative induite de faire prévaloir des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général. Dans cette conception, les *lobbies* ou groupes de pression sont l'expression d'une démocratie viciée ; ils représentent un dévoiement de la démocratie et s'apparentent au trafic d'influence et autres pratiques contraires à l'éthique démocratique.

Cette vision française du *lobbying* perd cependant une grande part de sa légitimité, transposée dans les termes de la démocratie américaine. L'intérêt général n'étant pas perçu, aux États-Unis, comme un *a priori*, mais seulement comme la résultante de multiples intérêts particuliers, le *lobbying* a d'emblée droit de cité comme mode d'expression de ces derniers. Plus profondément,

l'idée de la démocratie n'étant pas construite autour de la notion d'un intérêt général unitaire, mais au contraire d'une représentation aussi complète que possible d'intérêts particuliers adverses, le *lobbying* concourt à l'exercice de la démocratie américaine.

Dévolement de la démocratie unitaire française, rouage de la démocratie contradictoire ou conflictuelle (*adversary democracy*) américaine, le *lobbying* est bien au centre de deux conceptions divergentes de l'idée démocratique.

Au sein du modèle américain, le *lobbying* exprime le dynamisme de la société civile et sa capacité d'initiative par rapport à l'action gouvernementale. Si, historiquement, le mouvement de la société civile a toujours précédé celui de l'État aux États-Unis, le *lobbying* n'est qu'un mode moderne, plus structuré, de communication avec un État devenu, lui aussi, plus complexe et plus interventionniste.

Le *lobbying* recouvre plusieurs types d'activités aux États-Unis. Le premier est conforme à l'idée que l'on se fait de lui en France, c'est-à-dire une activité de relations publiques. Il s'agit d'influer sur l'activité du Congrès et des agences régulatrices en œuvrant pour l'adoption, la modification ou l'abrogation d'une loi ou d'une réglementation, conformément aux intérêts des membres composant le *lobby*. Cette pression s'exerce individuellement sur les membres du Sénat ou de la Chambre des Représentants, et notamment sur les membres influents des puissantes commissions ou sous-commissions compétentes sur un problème donné. Ses instruments sont l'organisation, la capacité de vote et l'argent, capital dans le jeu électoral américain.

Encore ce processus s'effectue-t-il bien différemment de l'image qu'on en a en France. Institutionnalisé, réglementé, entièrement public, exposant ouvertement les intérêts défendus et la manière dont ils pourraient être affectés par l'activité législative, le *lobbying* a une utilité et remplit une fonction spécifique, reconnue par le législateur lui-même. La complexité du processus législatif, la technicité des matières traitées et la multiplicité des parties prenantes rendent la tâche du Congressman américain, beaucoup plus puissante que son homologue français, particulièrement ardue. Dans ces conditions, le *lobbyist* est accueilli comme porteur d'un point de vue sur le sujet, et remplit une mission d'explication à l'égard du législateur. On peut se fier à lui pour un exposé exhaustif des arguments *servant son point de vue*. Dès lors, l'essentiel est d'entendre toutes les parties prenantes avant de légiférer. Exerçant une fonction d'avocats, contribuant à l'activité législative, les *lobbyists* sont souvent des juristes de formation. Cela nous amène à une seconde acception de l'activité de *lobbying*, plus « noble » et moins soupçonnée en France, qu'on pourrait appeler le *lobbying* « technique ». La complexité des matières fait du *lobbying* un travail de spécialistes, exercé le plus souvent par des *lawyers*, eux-mêmes spécialisés par domaine : énergie, communications, finance, fiscalité, environnement, commerce international. En effet, la réalité du *lobbying* s'apparente davantage à la préparation de dossiers techniques expliquant les conséquences juridiques et économiques de telle ou telle législation envisagée ou existante, qu'à de simples plaidoyers de personne à personne autour d'une bonne table.

Cette activité des *lawyers*, très développée à Washington, est justement dénommée « activité législative ». Elle est en effet un complément de l'activité parlementaire, effectuée cependant au sein du secteur privé, par ceux qui ont la charge de l'application des lois et sont donc les mieux à même d'en connaître les effets. Une autre manifestation de la fonction que remplit le *lobbying* est à trouver dans l'activité réglementaire. L'*Administrative Procedure Act* fait obligation aux agences administratives américaines de soumettre leurs projets de réglementation aux « commentaires du public » (*public comments*) pendant une durée déterminée. Ces commentaires sont destinés, d'une part à garantir que les parties qui seront soumises à la réglementation auront eu l'opportunité de faire connaître leur point de vue, d'autre part à améliorer le contenu ou les modalités techniques de la réglementation en recueillant les réactions des intéressés et des spécialistes.

Dans les domaines qui affectent les grands intérêts économiques ou sociaux, ces commentaires sont rédigés par les grands cabinets de *lawyers* pour le compte de leurs clients, susceptibles d'être affectés par la mesure envisagée. Ainsi, ici encore, le secteur juridique privé participe à l'activité réglementaire, à l'invitation même de l'administration. Bien qu'il s'agisse de *lobbying*, puisque ce sont des intérêts particuliers (mais souvent considérables) qui sont représentés, l'utilité et la qualité de la contribution des *lawyers* à l'activité réglementaire et législative est unanimement reconnue. Autant de situations et de pratiques inconcevables de ce côté-ci de l'Atlantique.

Car la France a de longue date rejeté le *lobbying* de sa conception

de la démocratie, au nom d'une certaine idée de l'intérêt général et en raison des dérives et abus potentiels du *lobbying*, qui sont effectivement au cœur des problèmes actuels de la démocratie américaine.

Le défaut majeur d'un système de représentation des intérêts reposant sur le *lobbying*, abondamment débattu par les politologues américains et critiqué, tant par les « libéraux » que par certains « conservateurs » qui l'associent au *Welfare State*, est l'inégalité de représentation qu'il entraîne. Le *lobbying* est le type même d'institution de la société contractuelle fortement contaminée par les catégories du *statut*. Seuls les plus puissants, les plus riches et les mieux organisés y ont accès. D'où une surreprésentation du *Big Business*, et dans une moindre mesure des syndicats relativement puissants, au détriment des minorités et des groupes d'intérêts dépourvus de ressources financières ou de poids politique suffisants (consommateurs, écologistes, minorités ethniques, catégories défavorisées). Cette inégalité de représentation, qui prend parfois des formes scandaleuses, est au cœur du procès que font au *lobbying* certains politologues libéraux, qui rêvent d'une démocratie « unitaire », où *business*, syndicats et gouvernement marcheraient main dans la main : la France est alors souvent citée en exemple, preuve d'une connaissance bien partielle des réalités françaises.

L'inégalité d'accès au *lobbying* rend cette institution moins démocratique que le contentieux judiciaire, caractérisé au contraire, comme on le verra, par le principe de l'égalité d'accès à la justice, qui incarne l'idée démocratique aux yeux des Américains. Pour certains, le *lobbying* est tout simplement

contraire à l'idéal de la règle de droit.

Le système politique américain tente de remédier à l'inégalité de représentation inhérente au *lobbying* de plusieurs manières.

L'une d'entre elles est à trouver dans les *hearings* organisés par les commissions ou sous-commissions du Congrès et les agences administratives, dont le but est d'assurer une représentation des intérêts contraires à une action de *lobbying* en cours. La représentation des parties appelées à témoigner à ces auditions se distingue du *lobbying* en ce qu'elle n'est pas spontanée et qu'elle peut nécessiter moins de moyens. En revanche, il se peut également que les parties convoquées se fassent représenter par leurs *lawyers* selon les règles qui sont celles du *lobbying* technique.

Un autre remède à l'inégalité de représentation a été le développement des *public interest groups*. Ces « avocats de l'intérêt public » sont généralement des *lawyers* spécialisés dans la représentation et la défense des intérêts généraux de la société, sous-représentés dans le processus de *lobbying* : droits des minorités, protection des consommateurs ou de l'environnement...

La *public interest advocacy*, sorte de mission de service public assurée par une élite du secteur privé, manie à la fois le *lobbying* et le contentieux judiciaire et constitue parfois un contrepoids efficace à la surreprésentation des puissants.

Mais le vice majeur du *lobbying* est considérablement aggravé par le rôle croissant joué par l'argent dans le processus électoral actuel aux États-Unis [\[7\]](#). Le financement des campagnes électorales des *Congressmen* nécessite aujourd'hui des ressources

énormes, qui sont en partie fournies par le *lobbying*. Dès lors, celui-ci s'intègre à un réseau complexe, et préoccupant pour la démocratie, de *fund raising* et de participation à la campagne électorale des *Congressmen*. Mise en place en 1974, la réglementation du financement des campagnes électorales est tournée de multiples façons. Des *lobbyists*, spécialisés dans ce nouveau type d'activité, se font les intermédiaires entre des intérêts particuliers opulents en quête d'« accès » au processus législatif, et les *Congressmen* en quête de finances. Ce n'est donc plus le vote, instrument traditionnel du pouvoir des *lobbies*, mais l'argent, nécessaire à l'obtention des votes, qui est la monnaie d'échange de ce nouveau type d'activité.

Pour être plus indirect, ce nouveau pouvoir n'en est pas plus démocratique. Certes, les *lobbies* achètent simplement un accès au processus législatif, non des promesses électorales.

Néanmoins, tel une entreprise entrée dans la dépendance de ses banquiers, l'homme politique, une fois élu, a déjà mis en gage une bonne partie de son capital d'innovation politique entre les mains de ses financiers.

L'évocation de ces dévoiements suffit sans nul doute à conforter la vision française dans son rejet du *lobbying*. Pourtant, le regard qu'on peut porter sur les équivalents français du *lobbying* révèle des défauts spécifiques, également préoccupants pour la démocratie.

Le *lobbying* n'a pas d'existence institutionnelle en France. Outre les raisons doctrinales évoquées plus haut, l'organisation de l'activité parlementaire et le processus électoral ne permettent pas son exercice. L'abdication du Parlement en matière

d'initiative des lois, la politisation de l'activité législative, le caractère partisan du vote, les pratiques de financement des campagnes électorales vident de sens la perspective d'un *lobbying* à l'américaine.

Le substitut officiel du *lobbying* en France (ou sa meilleure approximation) est la « concertation », plus conforme à l'idéologie unanimiste et conciliatrice née de la Révolution. C'est dans le cadre de la concertation que les divers intérêts composant la société civile sont invités à exprimer leurs vues, voire à faire pression sur les pouvoirs publics. Les différences entre le *lobbying* et la concertation sautent cependant aux yeux. Le *lobbying* procède de la société en direction de l'État, la concertation, de l'État vers la société. Procédure initiée par l'État, la concertation est également laissée à sa discrétion, quant à son étendue ou son existence même. Enfin, au terme de la concertation, l'État reste seul maître de ses décisions, sous la seule contrainte de ses propres impératifs politiques. Ces différences majeures autorisent-elles à voir dans la concertation l'équivalent français du *lobbying* ? Seule l'absence officielle du *lobbying* permet, en vérité, de se satisfaire d'une telle approximation.

Sans doute existe-t-il en France des formes de *lobbying* à l'américaine, émanant de milieux professionnels et d'intérêts particuliers, dans des domaines où l'État manifeste son abstention ou sa carence. Mais ces formes ne revêtent aucun caractère public ou institutionnel et donnent lieu aux commerces de l'Administration avec les corporatismes et les clientèles. Dans les domaines d'« intérêt général », si la concertation se change

parfois, lorsque le rapport des forces s'y prête, en véritable négociation et permet alors une pression efficace, ce type de *lobbying* se déroule dans l'ombre, à huis clos ou en coulisses, conformément au culte du secret caractéristique de la démocratie française. Au moins le *lobbying* à l'américaine fait-il l'objet d'un effort de réglementation et d'une transparence satisfaisante.

Il faut donc se contenter, au plan officiel, de la concertation, dont les défauts découlent des différences qui la séparent du *lobbying*. Avant d'être un substitut du *lobbying*, c'est-à-dire une procédure de communication entre l'État et la société civile, fût-elle inversée, la concertation est une arme politique de l'État et l'un des fleurons de sa rhétorique, dans les conflits l'opposant à la société. La concertation est de tous les refrains. L'État la promet constamment et prétend toujours la pratiquer ; la société la revendique et dénonce bien souvent son absence ou son insuffisance.

Le moins que l'on puisse dire est que le fonctionnement de la concertation, comme procès de communication et de négociation, laisse souvent à désirer en France, par rapport à son « équivalent » américain. Plus exactement, son succès dépend d'un trop grand nombre d'aléas : la personnalité du ministre concerné, la nature du débat, les circonstances politiques du moment, les forces en présence... Vaste et approfondie pour la préparation d'une loi, la concertation peut se réduire à une peau de chagrin pour la préparation d'une autre loi. L'activité réglementaire et, dans une moindre mesure, législative fait en général peu de place à la négociation. Règlements et projets de

lois donnent trop souvent l'impression de sortir tout droit des ministères. Le *lobbying* technique n'existe pas ; le secteur juridique privé n'a aucune part à l'information de l'Administration. Imaginerait-on en France, une procédure de « commentaires publics » des projets de règlements avant leur adoption ? Ce serait faire injure à l'omniscience technocratique et compromettre la pureté de l'intérêt général. La Commission d'accès aux documents administratifs ne considère d'ailleurs comme communicables au public que les documents achevés sur lesquels il n'est plus possible à l'Administration de revenir. Discutés au Parlement, les projets de lois sont immédiatement récupérés par l'appareil partisan et placés sur orbite politique, leur contenu technique passant au second plan. Dès qu'une contestation sérieuse se manifeste, les procédures draconiennes du « parlementarisme rationalisé » l'étouffent sommairement. Outre la politisation excessive de tous les débats, la personnalité des acteurs de la concertation ou de la négociation réduit son efficacité, comme mécanisme de représentation de la société. Les principaux interlocuteurs de l'État dans la concertation, les « partenaires sociaux » selon la rhétorique unanimiste en honneur, sont les grands monolithes de la société centralisée, aussi massifs et politisés que l'État lui-même. À ce titre, ils représentent davantage des forces politiques nationales (syndicats, partis politiques) que de véritables *lobbies stricto sensu*. La « politique contractuelle », pour s'intégrer véritablement au modèle de la société contractuelle, devrait cesser d'être une politique et se désinvestir de la présence étatique.

Le *lobbying* existe donc en France sous deux versions extrêmes. La première dépasse en quelque sorte le cadre du *lobbying*, pour embrasser la vie politique du pays. Les forces politiques nationales ou les groupes dotés d'un poids politique suffisant (agriculteurs, enseignants, petits commerçants...) sont admis à pratiquer la concertation, voire la négociation avec l'État, qu'ils investissent progressivement. La seconde version, plus fidèle à l'esprit du *lobbying*, est souterraine et mineure. Trop technique et particulière pour éveiller l'intérêt du Politique, elle s'exerce « entre professionnels », c'est-à-dire entre les parties concernées et les niveaux intermédiaires de l'Administration. Entre ces deux extrêmes, la société, l'individu disposent de peu de moyens institutionnels de se faire entendre. Il n'existe à la vérité en France aucune institution de nature non politique et non corporatiste assez puissante pour tenir tête à l'État, pas même les multinationales étrangères, *lobbyists* ferventes chez elles, mais trop soucieuses de se comporter en « bonnes citoyennes » dans leur pays d'accueil. La V^e République s'est toujours méfiée des « contre-pouvoirs » : pourtant, quoi de plus sain pour une démocratie qu'un jeu multipolaire bien équilibré, avec des syndicats puissants, des entreprises fortes, un État svelte et des citoyens actifs et bien organisés ?

Face à l'échec de la concertation, les substituts du *lobbying* prennent les formes les plus immédiates : manifestations, grèves, pétitions, barrages routiers, boycotts, chantages divers, qui sont la revanche ultime de la démocratie directe sur les excès de la représentation. La plupart des mouvements de contestation populaire connus sous la V^e République ont ainsi coïncidé avec la

préparation et le vote d'un projet de loi controversé ou impopulaire, comme en témoigne, par exemple, l'histoire de la querelle scolaire et des réformes successives de l'enseignement. Ces formes d'expression de la société civile sont l'unique et imparfaite issue d'un processus législatif verrouillé de toute part. En l'absence de représentation efficace, c'est-à-dire *technique et non politique*, des divers intérêts au cours de l'élaboration des lois, en l'absence de contrôle de constitutionnalité ouvert postérieurement à la promulgation de la loi, c'est sur le moment de la discussion parlementaire et du vote que doivent se concentrer, parfois avec l'énergie du désespoir, les pressions de la société civile. Quand le chantage à la « concertation » se révèle suffisamment efficace, on voit l'État tout-puissant baisser les bras... Curieux équilibre que celui de la démocratie française, toujours prête à basculer du culte religieux de la représentation nationale aux outrances de la rue.

Sans doute est-ce là l'essence du « *lobbying* latin », a-juridique et non conceptualisé, ou la manifestation persistante de cet « état révolutionnaire », dépourvu des « lois » et des « mœurs » qui formaient aux yeux de Tocqueville le tissu de la démocratie américaine. Élevant ce phénomène au rang de « système extra-légal de solution des conflits », Michel Crozier notait déjà au début des années 1960 :

« (...) il constitue une méthode extrêmement grossière et imparfaite de contrôle social puisqu'il ne permet entre les partenaires du jeu social qu'une communication véritablement primitive. Il ne manque pas en conséquence de susciter un beaucoup plus grand nombre d'erreurs et de

favoriser le développement d'attitudes intransigeantes qui rendent encore plus difficile la communication. » [8]

S'il existe une large part d'irréductibilité historique et culturelle dans les modes d'expression de la société française vis-à-vis de l'État, ceux-ci sont sans doute également, à l'heure actuelle, induits par l'absence de canaux d'expression institutionnels, tels qu'ils existent aux États-Unis.

Le choix est donc peut-être entre l'intervention ouverte et généralisée des intérêts particuliers dans l'élaboration et le contrôle des lois et règlements et l'expression directe, parfois violente, de ces intérêts, face à la menace de l'adoption irrémédiable d'une loi non souhaitée. Le système français a eu tendance à s'accommoder assez bien de la seconde option, qu'il peut commodément identifier à l'expression de la « souveraineté populaire ». Mais certaines formes nouvelles de contestation apparues en France ces dernières années témoignent d'une évolution vers des formes plus modernes et plus civiles d'exercice de la démocratie. Certains des supports utilisés, notamment les campagnes de publicité politique et de pétitions lancées dans la presse par les milieux universitaires contre le projet de loi sur l'enseignement supérieur, par Édouard Leclerc contre la réglementation économique ou par les éditeurs pour soutenir la loi Lang sur le prix du livre, sont assez proches du *lobbying* à l'américaine. Phénomènes révélateurs d'une évolution, ou, tout au moins, des insuffisances de la concertation et de l'attrait du *lobbying* pour les éléments les plus dynamiques de la société française.

Plus profondément, l'intervention ouverte des intérêts dits

particuliers de la société civile dans le débat public et la récente entrée en politique des « socioprofessionnels » pourraient être le prélude à une remise en cause de l'idée indéracinable que l'État détient le monopole de la vision de l'intérêt général.

« Une association politique, industrielle, commerciale ou même scientifique et littéraire, est un citoyen éclairé et puissant qu'on ne saurait plier à volonté ni opprimer dans l'ombre, et qui, en défendant ses droits particuliers contre les exigences du pouvoir, sauve les libertés communes. » Cette évocation des *lobbies* et de leur mission dans le jeu politique vient de Tocqueville lui-même, qui, au crépuscule de la *Démocratie*, veut voir en eux les remplaçants modernes des pouvoirs aristocratiques contre le pouvoir central [\[9\]](#) .

Le prétoire et la rue : deux sociétés litigieuses

Le statut du contentieux judiciaire est un troisième domaine où peuvent s'observer les voies divergentes de la démocratie en France et en Amérique.

La société américaine a la réputation d'être la plus litigieuse du monde. Elle compte la plus forte densité d'avocats par habitant (1 pour 400 citoyens, soit 600 000 en tout) et le plus grand nombre de procès dans tous les domaines, qui se chiffrent souvent en millions de dollars de dommages-intérêts. La prolifération des procès dans des domaines, tel celui de la pratique médicale, traditionnellement à l'abri des poursuites judiciaires en Europe,

a achevé de conférer aux États-Unis l'image d'une société superlitigieuse.

Mais les nombreuses caricatures européennes du système juridique américain oublient trop souvent que le contentieux – ou sa simple possibilité – est, outre-Atlantique, un instrument à part entière de la démocratie. L'appareil judiciaire est utilisé systématiquement par chacun pour défendre ses droits ou en conquérir de nouveaux. Les domaines des libertés publiques, de l'environnement, de la consommation en fournissent d'innombrables illustrations. Le rôle réel du judiciaire est pleinement conforme à celui qui lui est assigné dans la théorie politique : protéger les minorités contre la majorité politique, la société contre l'État, chaque citoyen contre tous les autres. En ce sens, l'importance du contentieux comme instrument de la démocratie découle directement des caractéristiques du modèle américain, pluraliste, contractuel, autorégulé, comme de la souveraineté absolue du citoyen. Chacun défend ses droits, avant (ou au lieu) d'attendre les bienfaits de l'État : « Aide-toi, le ciel t'aidera ! », telle paraît être la devise, optimiste, du *self-government*.

La supériorité de la *litigation* sur le *lobbying* comme instrument de la démocratie américaine, est d'être plus... démocratique. Contrairement au *lobbying*, dépendant de l'argent, de l'organisation et de l'influence, le contentieux est fondé sur le principe de l'*equal access*. Égalité de tous devant la loi, accès égal de tous aux tribunaux pour défendre et revendiquer des droits : cet « égalitarisme juridique » pourrait être une définition de la démocratie américaine elle-même [\[10\]](#), ce qui explique que le

contentieux soit encouragé. Dans les domaines politiques, économiques ou sociaux de pointe, le contentieux est créateur de nouveaux droits. Selon les termes de Potter Stewart, ancien juge à la Cour suprême, il représente la nouvelle frontière d'un univers américain où la conquête du territoire est achevée, où la frontière ne peut plus être déplacée vers l'ouest. Le seul moyen de déplacer la frontière idéologique, économique ou sociale est alors de conquérir de nouveaux droits, de faire reconnaître de nouveaux principes, par le contentieux principalement [\[11\]](#).

Concrètement, l'*equal access* est facilité par la reconnaissance très large de l'intérêt pour agir de nombreux groupes par le biais des « *class actions* » ou actions collectives, mises en œuvre par l'agrégation d'une multitude d'intérêts en situation identique (consommateurs d'un produit, actionnaires d'une société, victimes d'un sinistre...). Mariage heureux du libéralisme anglo-saxon et d'une certaine forme de collectivisation des intérêts, les *class actions* devant les cours d'appel fédérales sont devenues partie intégrante du jeu politique. Le système du *contingent fee* permet aux plus démunis d'accéder aux prétoires, souvent pour attaquer des intérêts économiques gigantesques : les avocats qui les représentent ne seront rémunérés qu'en cas de succès, par un pourcentage des indemnités reçues. Par ailleurs, pour l'application de nombreuses lois, le Département de la Justice ou le Congrès comptent sur l'assistance du citoyen, érigé en véritable procureur privé, et lui délèguent pour cela le droit de saisir les tribunaux pour faire appliquer le droit.

Au sein d'un contentieux, chaque question de droit est *litigated*, c'est-à-dire qu'elle fait l'objet d'un combat, soumis à l'arbitrage

du juge et porté à la connaissance du public par le relais de la presse. Les dommages-intérêts accordés dans la pratique judiciaire américaine sont considérables : large indemnisation des « dommages moraux », dommages-intérêts « punitifs », voire « triplés », dans un but dissuasif, pour des violations du droit *antitrust* ou de la réglementation des marchés financiers.

Le recours systématique au contentieux et son efficacité dissuasive ont partie liée avec d'autres caractéristiques bien connues de la société américaine : le professionnalisme, la responsabilité, l'efficacité et la concurrence, en un mot sa compétitivité. Au sein de l'économie et de la société civile américaines, la menace omniprésente du contentieux constitue une forte incitation – fût-elle inconsciente – au professionnalisme. Cette menace, matérialisée par exemple par le contentieux de la responsabilité du fait des produits (*product liability*), pour les industriels, ou de la faute professionnelle (*malpractice*) pour les médecins et autres professions libérales, qui se chiffre en millions de dollars de dommages-intérêts, a une incidence directe sur la qualité des produits et des services rendus, sur l'attention portée au consommateur et à l'utilisateur par les entreprises américaines, sur l'intensité avec laquelle chacun s'investit dans son travail. La situation « fiduciaire » où se trouvent placés nombre de dirigeants sociaux et économiques a pour effet d'accroître leur responsabilité et la sévérité de la loi à leur égard.

Le contentieux à l'américaine est si redoutable qu'on cherche d'abord et par tous les moyens à l'éviter ou à y mettre fin. L'une des conséquences de cette fonction avant tout dissuasive du

contentieux est qu'une part prépondérante de l'activité du *lawyer* américain, contrairement à celle de l'avocat français traditionnel, est consacrée à la *prévention* des litiges, par un rôle de conseil, et à leur résolution amiable par la négociation et la médiation. Le respect du droit est donc intégré *a priori*, « intériorisé », comme par un mécanisme d'autocensure, qui assure la moralisation de la société de marché. Quand il ne l'est pas, il est immédiatement sanctionné par le contentieux.

L'efficacité de l'appareil judiciaire, la capacité d'initiative des *lawyers*, la responsabilité incombant à chacun, l'intensité de la concurrence sont ainsi les éléments d'un même modèle, terriblement efficient au point de revêtir parfois des allures vaguement policières, face auxquelles la France vient prendre une étrange revanche de libéralisme latin. Dans tout autre pays que les États-Unis, où l'attachement à la liberté individuelle s'identifie moins à l'existence même de la nation, cette autosurveillance, facette de l'autorégulation, serait à juste titre suspecte de totalitarisme.

À long terme, ces caractéristiques de la société litigieuse américaine ont peut-être contribué à atténuer la frontière entre secteur public et secteur privé, service public et service du public. Chacun est soumis à la loi commune de la responsabilité, du professionnalisme et de la concurrence sous la sanction du contentieux. Le consommateur, l'usager incarne à lui seul l'intérêt général et les entreprises ou personnes privées assurent naturellement, dans le cadre de leur profession, une activité d'intérêt général. La qualité des services ne dépend pas du statut, public ou privé, du prestataire, à ceci près que le secteur privé,

aiguillonné par la concurrence et la motivation du profit, est probablement en mesure de rendre de meilleurs services que les monopoles administratifs partiellement déresponsabilisés. Le *lawyer-conseil*, garant du respect préventif du droit, exerce couramment l'équivalent d'une « mission de service public ». Le barreau américain, y compris les plus grands cabinets de juristes d'affaires internationaux, prend à cœur de réserver une part de son activité aux causes dites *pro bono publico*, par exemple dans les domaines de l'immigration ou de la protection internationale des droits de l'homme.

Le droit assure donc fondamentalement une fonction moralisatrice de la sphère des intérêts privés, et notamment de la sphère économique, qui permet de résoudre, sans le recours à la notion social-étatiste de « solidarité », la contradiction souvent relevée entre libéralisme politique et libéralisme économique. En ce sens, le système juridique est bien, aux États-Unis, le substitut de l'État, dans cette fonction de médiation qu'il exerce dans les autres démocraties, entre le politique et l'économique, la morale et le marché.

Ces principes s'appliquent pleinement aux relations entre la société civile et l'appareil d'État. L'État fédéral utilise systématiquement le contentieux pour faire appliquer les lois ; la société contrôle scrupuleusement le respect par l'État de ses justes attributions. Une règle de procédure pénale américaine, dite *exclusionary rule* et dérivée des IV^e et V^e Amendements à la Constitution, s'oppose ainsi à l'admissibilité au procès de preuves obtenues illégalement par l'accusation. Malgré les obstacles qu'elle crée à la lutte contre la criminalité, cette règle, de plus en

plus contestée et restreinte il est vrai, garantit les droits de l'individu contre la puissance publique.

L'existence d'un droit commun à tous et d'un arbitre souverain et extérieur, le pouvoir judiciaire, facilite grandement la résolution transactionnelle ou contentieuse des conflits entre la société civile et l'État.

L'agressivité juridique américaine apparaît ainsi inséparable du dynamisme et de l'intensité caractéristiques de ce pays dans sa quête d'efficacité et de liberté.

Tout autre est le statut du contentieux en France. La différence essentielle est l'image nettement péjorative dont il jouit de ce côté-ci de l'Atlantique. Qui prononce en France le mot de contentieux n'est pas loin d'évoquer l'infâmie ou l'opprobre. Le contentieux est ce qu'il faut éviter ou cacher, car il s'y mêle une vague idée de honte et d'incivilité. La négociation, la concertation, le règlement amiable, plus esthétiques bien que souvent fondés en France sur de purs rapports de force, ou réduits à une vaine rhétorique, lui sont préférés. La tradition juridique française est ainsi fondamentalement hostile au développement du contentieux. En matière pénale, le ministère public, c'est-à-dire l'État, détient le monopole des poursuites en défense de l'intérêt général. Par ailleurs, les occasions d'agir en justice sont limitées par un certain nombre de verrous, dont les restrictions à la reconnaissance de l'intérêt des associations à agir en justice ; l'action de groupe n'en est qu'à ses premiers balbutiements, notamment en matière de droit de la consommation.

L'idée que le contentieux puisse être un instrument puissant de

la démocratie est totalement étrangère à la culture politique française. La préséance du politique sur des domaines relevant aux États-Unis du juridique, l'inefficacité relative de l'appareil judiciaire français et l'attitude psychologique négative à l'égard du contentieux contribuent à ce résultat. Loin de s'identifier à la revendication des droits et à la conquête des opportunités, le contentieux relève en France de la pathologie. Peu de glorieuses causes ou de sommes faramineuses s'y jouent par conséquent, à de rares exceptions près. L'essentiel de l'activité contentieuse est faite de petits litiges relevant d'une assez médiocre pathologie sociale, commerciale ou administrative. Les médecins de cette pathologie sont la majorité des avocats, traditionnellement cantonnés en France à l'activité contentieuse, au détriment de celle de conseil. Si l'on songe qu'un accident de la circulation sur quatre, selon les chiffres du ministère de la Justice, donne lieu en France à un procès (contre un sur cent dans les principaux pays européens), l'on mesure assez bien la part de l'activité des avocats français consacrée à ce type de dossiers. Cette vocation traditionnelle est d'ailleurs étroitement liée à la marginalité du droit dans la société française : on ne recourt aux avocats que lorsque le contentieux est inévitable. Le rôle de l'avocat-conseil, anticipant les litiges, façonnant les relations juridiques et expliquant le droit ne se développe en France que de date relativement récente sur le modèle américain.

Double marginalité, donc : celle du contentieux dans la pratique démocratique, et celle du droit tout entier, cantonné au contentieux. Les effets positifs de l'agressivité juridique américaine se changent ici en handicaps. De même que la

menace constante d'un procès développe la responsabilité de chacun et garantit la qualité des services, de même l'absence ou l'inefficacité d'une telle menace en France contribue à la déresponsabilisation et au désengagement (ce qui engendre paradoxalement un surcroît de contentieux), et finalement à l'insuffisante compétitivité de la société française. Il est parfois frustrant de ne pouvoir faire sanctionner efficacement certaines défaillances inexcusables, certains comportements abusifs, sinon illégaux. Que de droits inscrits dans les textes ne sont pas respectés en France, faute de possibilité sérieuse d'une sanction contentieuse, et au nom d'un certain « réalisme » cynique des rapports de pouvoir ! La difficile mise en œuvre des textes réprimant les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'âge fournit une parfaite illustration de cette « démission », qui n'a pas cours aux États-Unis. L'état plus avancé de la société américaine en matière d'émancipation de la femme au travail et dans certains domaines des relations sociales en est sans doute une conséquence.

Le citoyen se trouve ainsi désarmé devant nombre d'abus ou d'inefficiences, sauf à recourir à l'État. L'insuffisance du judiciaire, comme ailleurs la « carence de l'initiative privée », légitime alors *a posteriori* l'intervention tutélaire de l'État, la séparation des sphères publique et privée et le divorce idéologique entre responsabilité sociale du secteur privé et intérêt général. À l'autorégulation de la société civile que permet le contentieux ou la négociation viennent se substituer la réglementation étatique et l'inévitable politisation de tous les conflits. Le contraste entre la manière dont les conflits du travail

sont résolus de part et d'autre de l'Atlantique est révélatrice à cet égard, sans qu'il soit besoin d'opposer le traitement extrême de la grève des contrôleurs aériens par Ronald Reagan en 1981 à celui d'une grève quelconque dans un service public, voire dans une grande entreprise en France.

Lorsque l'État lui-même est en cause, le recours au contentieux apparaît encore plus dérisoire. Les lacunes du contrôle de constitutionnalité, la barrière que constitue la juridiction administrative et son particularisme, le primat du politique sur le juridique rendent l'État largement inattaquable, ou en tout état de cause très insuffisamment attaqué. Lorsque la plupart des activités d'intérêt général sont assurées par des services publics, abrités par les règles protectrices du droit administratif, ceci peut devenir préoccupant, tout au moins en termes d'incitation de ces services à la compétitivité.

La société française en est-elle pour autant moins litigieuse, conflictuelle, que la société américaine ? Bien au contraire : ses conflits sont autrement profonds, véritables fractures qui s'expriment par d'autres voies que le contentieux judiciaire : rivalités politiques, affrontements idéologiques, querelles rhétoriques ou violences physiques, moins efficaces cependant quant à leur résultat. L'apathie juridique de la société française est seulement le signe que cette société a entièrement remis son sort entre les mains de l'État et de ses représentants, renonçant à prendre en charge ses propres conflits et à résister à l'extension du pouvoir d'État. Le véritable substitut français du prétoire est finalement *la rue*, qui est aussi l'échappatoire à l'absence ou à l'échec de la concertation.

Le réveil de l'agressivité juridique, constatable ces dernières années notamment à l'égard de l'État, est encourageant, bien que circonstancié : il s'identifie en grande partie à une nouvelle forme de lutte politique contre l'État socialiste. Du moins la forme juridique constitue-t-elle un progrès, et certains des combats menés le sont contre l'État hégémonique lui-même : ainsi des batailles juridiques livrées non sans succès par les frères Leclerc contre une réglementation économique protectionniste et corporatiste dans le domaine de la distribution des carburants, des automobiles ou du livre.

La pratique régulière, indépendamment de toutes considérations politiques, d'une contestation juridique de l'intervention de l'État et du carcan des réglementations souvent passéistes dont il est le gardien, est salubre pour la démocratie. Cette contestation est d'ailleurs grandement facilitée par l'adhésion de la France au traité de Rome et la volonté de plus en plus affirmée de la Cour de justice des Communautés européennes d'assurer le respect par chacun des États membres des engagements pris à ce titre. Un « déblayage » des politiques et réglementations nationales contraires à l'esprit ou à la lettre du traité de Rome s'avère donc possible, et les diverses affaires Leclerc ont su jouer admirablement du levier européen.

Dans l'ordre interne, une responsabilisation accrue de l'État au titre de sa gestion de l'économie et des entreprises publiques paraît indispensable à mesure que s'accroissent ses prérogatives. L'affaire des ententes pétrolières de Marseille [\[12\]](#), relative aux pratiques anticoncurrentielles des grandes entreprises pétrolières aurait pu ainsi, comme c'eût été sans doute le cas

outre-Atlantique, être l'occasion d'une large mise en question de la politique pétrolière de l'État et de sa responsabilité dans la gestion commerciale des entreprises nationales. Il n'en a bien sûr rien été, avant toute autre raison, par manque d'intérêt du public et de la presse chargée de l'informer. Au pays de la religion du politique, les querelles autour d'abstractions idéologiques font encore bien meilleure recette que les débats sur le fonctionnement réel de l'économie et de la société.

Le lien mis en évidence au début de ce livre entre régulation étatique et passivité de la société est ici patent. Aux États-Unis, patrie de l'autorégulation, ce sont les consommateurs et usagers qui ont déclenché le mouvement de déréglementation sous la présidence Carter, pour faire baisser les tarifs des transports aériens et terrestres, des carburants, des télécommunications et des services financiers. C'est encore le public américain qui s'oppose, jusqu'en justice, aux barrières à l'importation de produits japonais voulues par les industriels et les syndicats. Qui fait de même en France ? Qui souligne que des barrières à l'importation signifient un coût accru pour le consommateur ? Qui s'étonne de ce qu'au moment où les prix du pétrole s'effondrent sur les marchés mondiaux, le prix de l'essence, administré par l'État, augmente toujours davantage pour le consommateur français ? Qui proteste contre le coût excessivement élevé d'un vol Paris-Londres ou Paris-Nice ou d'une communication téléphonique entre la France et les États-Unis, quand la même communication en sens inverse ou un vol de même distance aux États-Unis coûte sensiblement moins cher à l'utilisateur ? Et qui trouve à redire enfin à ce que la France ferme

résolument ses frontières à toutes les retombées de la déréglementation américaine dans le domaine des télécommunications ou des transports aériens, même si elles entraîneraient des coûts bien moindres pour le public français. Ce n'est pas tant le contenu des choix arrêtés que l'absence totale de débat public, de transparence et d'instruments efficaces d'opposition qui révèle une démocratie imparfaite. Pourquoi laisser à l'État, à supposer même qu'une telle attitude soit consciente de la part des citoyens, le soin de déterminer que l'« intérêt général » dicte invariablement la protection des producteurs nationaux, fussent-ils non compétitifs, au détriment du public, et le maintien des monopoles nationaux et des oligopoles européens, même si les tarifs que certains d'entre eux imposent à l'utilisateur ne sont rien moins qu'une taxe prélevée au profit de l'État, lui permettant de redistribuer et de financer globalement les activités qu'il gère à la place de la société civile dans le secteur économique. On le voit, on se trouve ici au cœur de plusieurs des problématiques développées dans ce livre : fonctionnement du système juridique, définition de l'intérêt général, frontières du public et du privé, localisation du pouvoir. Certes, la France ne connaît pas encore de vrai « pouvoir consommateur » et le Client paraît loin d'accéder au trône de ses rois ; mais on aperçoit d'emblée la contradiction latente entre la naissance d'un tel pouvoir, que le gouvernement actuel paraît appeler de ses vœux, et la structure monopolistique des grands services publics administratifs, industriels et commerciaux. N'est-il pas dommage qu'un tel débat nous soit aujourd'hui imposé de l'extérieur – sous la pression des déréglementations

étrangères – au lieu d’avoir été depuis longtemps suscité par notre propre système démocratique ?

Au sein de la société civile, et entre elle et l’État, un surcroît d’agressivité juridique, loin de manifester une quelconque pathologie sociale, permettrait de responsabiliser les acteurs, de délimiter les compétences et de dépolitiser les conflits. À la société apathique regroupée autour de l’État-centre succéderait la société contractuelle, performante et consciente des choix qui lui sont imposés. L’État y perdrait peut-être certaines de ses prérogatives, mais il serait aussi le premier bénéficiaire de cette transformation, qui le déchargerait de choix pénibles ne lui revenant pas. Ces choix, par exemple une décision politiquement sensible d’extradition, seraient transférés au système juridique autorégulateur, sans intervention du gouvernement. Les ajustements nécessaires en des temps de mutation seraient effectués plus rapidement et plus efficacement par l’autorégulation, fût-elle contentieuse, de la société. Et les multiples « retards à l’ajustement » pris dans les années 1970, et pour partie responsables des difficultés économiques de la France, voire de l’Europe, auraient ainsi pu être réduits ou évités. Dans les conflits économiques et sociaux, nul ne conteste plus aujourd’hui que la négociation collective et décentralisée soit plus efficace que la réglementation impérative.

« La France est un pays de tradition législative et réglementaire qui se méfie du contractuel, de la diversité, du sur-mesure. À tout problème, il faut une solution générale, nationale. C’est ainsi que notre Code du travail atteint 1 600 pages. Il a grossi de 600 pages depuis 1968 ! Or tout chef

d'entreprise est censé l'appliquer, comme tout salarié est censé connaître l'intégralité de ses droits... »

Qui s'exprime ainsi ? Non pas un Ronald Reagan qui s'intéresserait soudain à la France, mais Edmond Maire, soucieux d'« aborder de face le problème de la réglementation pour répondre au besoin de flexibilité sur le marché du travail » [\[13\]](#) . Entre le prétoire et la rue, la *négociation* est la voie royale vers la société contractuelle. Encore faut-il cependant qu'elle se solde par des contrats véritables et qu'elle s'affranchisse de la tutelle étatique : la société contractuelle n'est ni la « politique contractuelle », ni l'« économie concertée ».

La France possède l'art de la négociation et de la conciliation, avantage considérable sur l'Amérique à l'heure où, dans le monde entier, ces formes de résolution des conflits voient leur supériorité reconnue [\[14\]](#) , susceptible de nous épargner les inconvénients du *lobbying* et du contentieux systématiques. Malheureusement, l'usage qui est fait en France de la négociation n'est pas satisfaisant, car rarement se fonde-t-elle sur des principes juridiques et aboutit-elle à des solutions juridiques et civiles. Le processus n'échappe pas à l'étatisation, et son langage est celui du rapport de forces et de la politique politicienne. Il est probable que lorsque aura été introduite en France une conception plus juridique de l'organisation sociale et que la menace du contentieux sera devenue plus crédible, les formes plus douces de régulation qui font notre supériorité sur les États-Unis pourront être utilisées à bien meilleur escient. Pourrait se développer alors ce qu'on pourrait appeler un « pouvoir arbitral », non contentieux, mais à dominante juridique et

technique, qui prendrait peu à peu la place des arbitrages purement politiques, souvent arbitraires, opaques et inefficaces.

La transparence et le secret

Aliment de la démocratie, la circulation de l'information fait naturellement l'objet de conceptions très différentes au sein des cultures politiques américaine et française. Corollaire majeur du pouvoir, l'information suit, dans chacun des deux systèmes, la localisation et les caractéristiques de celui-ci. Les deux conceptions en présence peuvent se résumer par l'opposition entre une philosophie ouverte de l'information d'un côté de l'Atlantique et une préférence marquée pour le secret de l'autre [\[15\]](#).

De même qu'elles figurent, dans la théorie économique, au nombre des conditions nécessaires de la concurrence pure et parfaite, la libre circulation de l'information et la transparence sont au cœur de la démocratie pluraliste américaine. Sans elles, la *regulation*, le *lobbying* et le contentieux sont impraticables. La *regulation* donne lieu à des échanges massifs d'informations entre les agences régulatrices et les secteurs d'activité soumis à leur compétence ; le *lobbying* implique la soumission continue d'informations au Congrès et aux agences administratives ; le contentieux judiciaire, enfin, par le jeu drastique des règles de « découverte » (*discovery*) de la procédure civile américaine, passe par la communication d'un volume souvent impressionnant – témoin le procès *antitrust* contre IBM – de documents et informations entre les parties.

Dans la société contractuelle américaine, la prise de décision et la revendication des droits exigent une transparence et une circulation optimales de l'information. Seule la révélation au grand jour, et de manière contradictoire, de tous éléments d'information disponibles peut permettre, dans l'éthique démocratique américaine, la manifestation de la vérité et une efficacité globale de l'autorégulation. Cette conception de l'information est reflétée, à un niveau plus général, par l'agressivité de la presse américaine, et notamment par l'importance du journalisme d'investigation, quasi-inexistant en France. À juge fort, presse forte, et Tocqueville avait bien vu que la presse, comme le pouvoir judiciaire, « est, par excellence, l'instrument démocratique de la liberté » [\[16\]](#) .

Depuis l'affaire du Watergate, symbole victorieux de cette philosophie jusqu'au-boutiste de l'information, l'exigence de transparence s'est concentrée sur l'activité de l'exécutif, avec la révision du *Freedom of Information Act* en 1974 et l'adoption du *Government in the Sunshine Act* en 1976 [\[17\]](#) . Le *Freedom of Information Act*, adopté en 1966, oblige les agences administratives à communiquer à toute personne qui en ferait la demande tous documents ou informations en leur possession, sous réserve d'un certain nombre d'exceptions classiques (sécurité nationale, informations détenues sur une base confidentielle, règles et documents internes...). Le *Government in the Sunshine Act* requiert que les réunions collégiales des agences administratives soient ouvertes au public (sous réserve, là encore, de certaines exceptions).

Dans les deux cas, la transparence est donc la règle et l'opacité,

l'exception, qu'il incombe à l'Administration de justifier, sous le contrôle du juge judiciaire. La finalité commune à ces deux textes est l'amélioration des décisions de l'exécutif, notamment par le contrôle de l'influence éventuellement exercée sur lui par les *lobbies* les plus puissants. En outre, la transparence est considérée, dans l'éthique démocratique américaine, comme une vertu en elle-même, en dépit des dangers qu'elle peut recéler et des abus qu'elle suscite effectivement aux États-Unis, où l'accès aux documents détenus par l'Administration est souvent utilisé par les divers acteurs de la société civile pour obtenir des informations, sur leurs concurrents par exemple, à des fins commerciales, contentieuses ou de « contre-*lobbying* ».

La France, comme la plupart des pays du Vieux Continent, reconnaît à la confidentialité et au secret des vertus au moins aussi grandes qu'à la libre circulation de l'information [\[18\]](#).

L'agora athénienne fait place aux atmosphères feutrées des corridors et des antichambres du pouvoir. Secret d'État, des délibérations gouvernementales, secret des affaires, secret de l'instruction, rétention administrative de l'information, opacité des régulations sont des impératifs absolus qui l'emportent le plus souvent, au nom de l'efficacité ou de la sagesse politique, sur l'exigence d'une diffusion démocratique de l'information et de la transparence des choix. L'information circule donc moins de ce fait, mais aussi en raison de l'inexistence des mécanismes institutionnels d'échange d'informations (*lobbying*, régulation, procédure de découverte contentieuse) caractéristiques de la démocratie américaine.

Par ailleurs, la circulation de l'information entre l'État et la

société civile se fait le plus souvent à sens unique. C'est le modèle *inquisitoire*, par opposition au fonctionnement *accusatoire* de la démocratie américaine. Tandis que l'État jouit de pouvoirs d'investigation exorbitants à l'encontre de la société, notamment en matière fiscale et douanière, celle-ci ne reçoit en retour de l'État qu'une maigre pitance. La loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs et la Commission mise en place pour l'administrer constituent un pas décisif dans la bonne direction. Mais, en raison des limitations dont il est l'objet et du caractère peu contraignant de ses commandements pour l'Administration, cet organisme n'est encore qu'un substitut insuffisant des mécanismes équivalents aux États-Unis [\[19\]](#). La démocratie française est encore très loin d'être une maison de verre.

L'État exerce un jugement discrétionnaire sur l'opportunité de publier certaines informations d'intérêt public, notamment les avis que lui rend le Conseil d'État ou nombre de rapports confidentiels émanant des grands corps ou des administrations. Ceci participe de la tendance générale des détenteurs du pouvoir d'État en France, tous clivages politiques confondus, à ne pas prendre le risque politique de « dire la vérité » à une société considérée *a priori* comme infantile, voire dangereuse. L'État s'érige donc en filtre, jugeant de ce qui est « explosif » et de ce qui ne l'est pas, organisant l'opacité là où il la croit nécessaire. On peut s'interroger sur la compatibilité de cette attitude, en admettant qu'elle se justifie parfois, avec une démocratie véritable ; du moins les « correctifs » nécessaires à la démocratie sont-ils effectués aux États-Unis, par les juges et les journalistes,

et non par l'État. De manière générale, la communication de l'information par l'État à la société française est régie, au nom des impératifs de secret et de confidentialité, par l'arbitraire du prince, comme en témoignait récemment l'affaire des « avions renifleurs », plutôt que par la règle de droit. Il en résulte incidemment que les tribunaux, judiciaires ou administratifs, interviennent rarement pour contrôler les flux d'informations entre l'État et la société.

Pour finir, l'État régent même la circulation d'une partie substantielle de l'information au sein de la société, par le biais de son monopole sur la communication audiovisuelle.

Centralisation, rétention et filtrage sont donc les attributs essentiels du statut de l'information dans le modèle démocratique français.

Mais les composantes de ce statut sont de plus en plus contestées, signe que le caractère vital de la libre circulation de l'information pour une démocratie moderne est de mieux en mieux perçu. Après l'éclosion des radios libres, réalisation majeure du présent septennat, le monopole de l'audiovisuel est de plus en plus critiqué, et irrésistiblement entamé par l'innovation technologique (câble, satellites...). Le stade suivant des revendications de la société civile devra être la conquête de la transparence du pouvoir d'État et la transmission de l'information, corollaire indispensable de celle du pouvoir. La diffusion du pouvoir dans la société entraînera alors en retour, à l'image de la démocratie américaine, une plus large circulation de l'information. Car il n'est pas de société contractuelle sans libre circulation de l'information.

Notes du chapitre

[1] ↑ Comme on sait, Chrysler s'est déchargée de ses obligations envers l'État fédéral de manière anticipée, dès que le rétablissement de sa situation financière l'a permis. Les commentateurs français ont commis les mêmes imprécisions lorsqu'ils ont annoncé la « nationalisation » de la Continental Illinois, alors que les mesures de sauvetage de la banque de Chicago en difficulté sont temporaires et émanent de la *Federal Deposit Insurance Corporation*, établissement dont c'est la mission.

[2] ↑ L'affaire Creusot-Loire fournit la dernière en date des illustrations d'une telle attitude, à ceci près que l'état des finances publiques ne permettait plus les largesses d'antan.

[3] ↑ J. Lesourne, *Soirs et lendemains de fête*, Paris, Laffont, 1984.

[4] ↑ Le terme « légalisme » n'est pas pris ici dans l'acception technique qu'il a parfois en France, où il fait référence à un système juridique fondé sur la loi, en tant que source du droit parmi d'autres. Dans cette acception, la France est un pays éminemment légaliste. Notre acception du terme est plus large et désigne un système reposant sur la règle de droit en général.

[5] ↑ Voir sur ce thème le très sérieux *Traité de droit administratif* de A. de Laubadère, t. 4, Paris, LGDJ, 1977, 3^e éd., p. 219 et s.

[6] ↑ Voir en ce sens le Rapport de la Commission de la concurrence pour l'année 1983, Paris, Direction des journaux officiels, 1984.

[7] ↑ Voir sur le rôle de l'argent dans le jeu électoral américain et son interaction avec le *lobbying*, l'édifiante enquête d'Élisabeth Drew, *Politics and Money. The New Road to Corruption*, New York, Macmillan, 1983 ; et Larry J. Sabato, *Pac Power, Inside the World of Political Action Committees*, New York, W. W. Norton & Co., 1984. En France, voir l'article de D. Lacorne, « Point de liberté de parole sans liberté de dépenser : le financement des élections fédérales américaines et le déclin des partis », revue *Pouvoirs*, n° 29.

[8] ↑ M. Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, Paris, Le Seuil, 1963, p. 316.

[9] ↑ Tocqueville, *Démocratie*, II, p. 391.

[10] ↑ Voir Mauro Cappelletti et René David, *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984.

[11] ↑ Voir le chap. III.

[12] ↑ Voir sur cette affaire *Le Monde* des 3 mai et 2 juillet 1983.

[13] ↑ E. Maire, « Le débat sur la flexibilité de l'emploi », *Le Monde* des 2 et 3 novembre 1984

[14] ↑ Voir sur ce thème Kötz/Ottenhof, *Les Conciliateurs. La conciliation*, Paris, Economica, 1983.

[15] ↑ Voir Ch. Osakwe et Y. Gaudemet, « L'Administration au grand jour », Deuxièmes journées juridiques franco-américaines, dans *Journées de la société de législation comparée*, 1983, p. 9 et s.

[16] † Tocqueville, II, p. 392.

[17] † Sur le système américain, voir « L'expérience américaine : rapport du voyage d'étude de la Commission nationale de l'informatique et des libertés aux États-Unis (janvier 1980) ». Annexe 10 au Rapport de la CNIL, 1979-1980, Paris, DF, 1980.

[18] † Voir par exemple J. Laveissière, « Le pouvoir, ses archives et ses secrets (à propos de l'affaire des avions renifleurs) », *Rec. Dalloz Sirey*, 1984, 11^e cahier, Chronique, p. 64.

[19] † Voir l'Avant-propos du 3^e Rapport d'activité de la Commission d'accès aux documents administratifs (1982-1983), Paris, DF, 1984.

Chapitre VI. La dimension internationale

Les chapitres qui précèdent ont traité des modes de régulation internes à la France et aux États-Unis dans une perspective purement comparatiste, sans prendre en compte la dimension internationale des différences notées, c'est-à-dire les « effets internationaux » de ces modes de régulation. La dimension internationale n'est cependant pas étrangère à notre propos : la critique actuelle de l'État en France n'est qu'à très courte vue dirigée contre l'État socialiste ; en profondeur, elle reflète une prise de conscience de la société face à l'épuisement d'un mode de régulation multiséculaire, principalement sous l'effet de l'internationalisation et de la concurrence étrangère. Cette concurrence étrangère d'un type nouveau, c'est le modèle américain, japonais, ou celui des nouveaux pays industrialisés du sud-est asiatique, fascinants et rebutants tout à la fois. Mais alors que les deux derniers, trop étrangers, ne nous fournissent pas d'alternative crédible, le modèle américain, lui, nous est plus proche et rencontre d'ailleurs lui-même, à un degré moindre et face au Japon, les problèmes du Vieux Continent. Un premier contenu de cette dimension internationale pourra donc être l'analyse des effets du mode de régulation interne sur la compétitivité internationale de la société considérée, en écho aux interrogations posées à l'ouverture de ce livre. Un second

contenu de la dimension internationale concerne la manière dont les différences entre les modes de régulation internes amplifient, voire génèrent, des conflits internationaux, en l'occurrence transatlantiques. Enfin, une troisième voie d'exploration concerne les aptitudes respectives des modes de régulation américain et français à une certaine forme d'universalité, au regard des nouvelles normes et des nouveaux besoins de la régulation mondiale.

1 - Régulation interne et compétitivité internationale

L'autorégulation est-elle un facteur plus favorable à la compétitivité internationale de la société américaine que la régulation étatique pour celle de la société française ? Il faudrait pour apporter un début de réponse à cette question disposer d'une méthodologie éprouvée et de tous les instruments des sciences sociales modernes, hors de la portée de cet ouvrage, dont l'esprit, proche de celui des « sociologues amateurs » du ^{xvii}^e siècle, doit s'accommoder de quelques évidences ou intuitions. Quitte à les proposer ultérieurement à la démonstration ou à la réfutation.

L'aptitude d'une société à la compétition ne s'identifie pas avec la compétitivité économique d'un pays. La seconde s'appréhende en diverses mesures chiffrées et finalement en un solde, la première est immatérielle et non mesurable. La seconde intègre une pluralité d'éléments indépendants (ressources naturelles, démographie, caractéristiques de l'appareil de production, monnaie, etc.), la première n'est que l'une de ces composantes : c'est l'influence des données sociologiques, politiques, idéologiques et culturelles d'une société sur sa compétitivité, qui peut ou non modifier les données économiques globales. Cette composante socioculturelle de la compétitivité économique est encore relativement peu explorée, probablement parce qu'elle n'est pas quantifiable, et qu'elle est très difficile à isoler

des autres facteurs, plus traditionnels et quantitatifs. Mais ce type d'analyse a acquis progressivement ses lettres de noblesse, avec l'« explication » de 50 % de la croissance française de l'après-guerre en termes qualitatifs [1], et, plus récemment, les tentatives d'explication de la compétitivité économique du Japon en termes socioculturels (valeurs traditionnelles, organisation du travail, etc.) [2]. Aux États-Unis surtout, en France dans une moindre mesure, la « menace japonaise » a été l'occasion d'un retour en force de l'analyse politique, sociologique et culturelle au sein d'une science économique en défaut. Ces réflexions sur le Japon, implicitement comparatistes par leur objet même, ont suscité en retour des réflexions sur les faiblesses ou les atouts sociopolitiques et idéologico-culturels de la compétitivité internationale des États-Unis et de l'Europe.

Mais ces débats participent d'une évolution plus profonde. À l'heure de l'interdépendance globale, une connaissance plus profonde du mode d'organisation socio-économique, du système idéologico-politique, des pratiques industrielles, commerciales, sociales ou réglementaires des partenaires/concurrents économiques se révèle de la plus grande pertinence et acquiert progressivement droit de cité, fût-ce pour nourrir la guerre économique : depuis longtemps accusée par les Américains de fausser le jeu commercial par des « politiques industrielles » et autres pratiques « déloyales », l'Europe ne s'en prend-elle pas, à son tour, et dans le même esprit, au « dumping social » pratiqué par le Japon et les autres nouveaux pays industrialisés d'Asie ? Prenant, à travers le système juridico-politique, les modes de régulation sociale américain et français pour objet, le présent

ouvrage ne peut ignorer cette ligne de réflexion. Les chapitres précédents nous ont ainsi conduits à mettre en évidence un certain nombre de caractéristiques des sociétés et des systèmes de régulation de part et d'autre de l'Atlantique. En France, une société dominée par l'État, souvent protégée et passive dans l'attente de ses bienfaits comme dans le respect de ses interdits ; un système juridique et une régulation étatique fortement marqués par la rigidité, le Politique détenant seul la clé du changement. Aux États-Unis, une société plus active, mobile, rendue combative par une idéologie concurrentielle, et source de toutes les initiatives ; un système juridique assurant l'autorégulation et la responsabilisation de la société, avec un recours moindre à l'État et, en dernier ressort, des ressources inépuisables de flexibilité.

Cela permet-il de faire le lien avec la compétitivité ? Un grand nombre d'analystes s'accorde à reconnaître que les mutations profondes que connaît l'économie mondiale depuis une décennie conduisent à valoriser les vertus de flexibilité, de mobilité, de dynamisme comme des atouts majeurs pour l'adaptabilité, voire la survie des sociétés. Pour Alain Touraine, « la vitalité de notre société et ses chances d'avenir dépendent de sa capacité de remplacer le modèle d'organisation sociale qui l'a dominée pendant plus de trois siècles – la construction de l'ordre – par un autre : la gestion du changement dans des situations complexes... » [\[3\]](#). La société américaine paraît, à nos yeux, mieux pourvue à cet égard que la société française. Quant à la capacité concurrentielle, une société dans laquelle le principe de concurrence est article de foi en économie comme dans

l'idéologie politique et sociale n'est-elle pas mieux armée vis-à-vis de l'extérieur qu'une société traditionnellement protégée par l'État, à l'intérieur comme à l'extérieur, et dans laquelle la concurrence ne figure pas en tête du hit-parade des valeurs ? Quelques exemples tirés de l'actualité économique internationale – restructurations industrielles, déréglementation et libéralisation des échanges de services – donneront à ces considérations un tour plus concret. Ainsi les États-Unis disposent-ils, outre les ressources naturelles et les avantages d'un vaste marché, d'un système économique permettant la rapidité de décision et d'exécution et d'un système juridique ouvert, propre à l'innovation et aux transformations. Les restructurations nécessitées par la crise sont ainsi grandement facilitées outre-Atlantique par la flexibilité du droit des sociétés et du système fiscal et financier. En France, et en Europe, les règles juridiques et fiscales constituent avant tout des obstacles ou des contraintes à l'adaptation économique. Qui veut créer une entreprise ou restructurer un groupe de sociétés (plus encore s'il est étranger) prend toute la mesure de la rigidité du système juridique français : lourdeur de la législation sur les sociétés, contrôle des investissements, rigidités sociales, lacune des instruments financiers et fiscaux, lenteurs administratives. Aux États-Unis, des instruments aussi importants que le *venture capital* (ou « capital-risque ») pour la révolution technologique, ou que les *leveraged buy-outs* (ou rachat d'une entreprise, généralement par ses dirigeants, au moyen d'emprunts bancaires) pour la restructuration des entreprises en difficulté, ont été générées spontanément par les acteurs économiques

pour leurs propres besoins. En France, il aura fallu attendre que l'État vienne conférer à ces institutions un « cadre juridique » : un temps considérable et précieux aura entre-temps été perdu pour la modernisation de l'économie.

Dans le domaine du commerce international, l'une des grandes entreprises inscrites sur l'agenda des États pour les dix prochaines années est la libéralisation des échanges de services (banque, assurances, télécommunications, transports, construction et autres), qui fait suite à celle des biens, menée depuis plus de vingt ans. Les États-Unis se sont déjà préparés à cette libéralisation et à la compétition internationale qu'elle suscitera, en déréglementant largement leurs principaux secteurs de services (télécommunications, transports, services financiers) pour les soumettre aux contraintes du marché et de la concurrence. Chose relativement facile dès lors qu'il s'agit de jouer sur une dose plus ou moins forte de régulation. Entreprise beaucoup plus difficile en France, où ces secteurs, devenus les plus « porteurs » de l'économie mondiale sous l'effet des avancées technologiques, ont toujours été et demeurent monopolisés par des services ou des entreprises publics, le plus souvent régis par le droit administratif et soustraits à la concurrence interne et extérieure.

Comment rendre rapidement compétitifs des secteurs auxquels le souci de la compétitivité a, par nature, toujours été étranger ? Qu'on songe que le service public des télécommunications, nouveau champ de bataille industriel mondial, était régi en France, jusqu'à ce qu'un projet de loi de 1984 s'en préoccupe, par des textes hérités du siècle dernier et consacrant le principe de

l'irresponsabilité de l'Administration ! Il est clair aujourd'hui que les principes et fondements du droit administratif (voir chap. IV), qui souvent régissent ces secteurs, sont largement inaptes à y susciter un esprit de compétitivité. Le profond bouleversement des PTT et du service public de l'audiovisuel à l'ordre du jour en France, comme dans d'autres pays du Vieux Continent, est une conséquence directe de ces développements technologiques et réglementaires et de l'internationalisation de l'économie. Il entraînera sans nul doute un éclatement du cadre juridique existant en des formes plus décentralisées, privatisées et internationalisées.

Et pourtant, la thèse selon laquelle l'État est le meilleur champion de la compétitivité nationale est loin d'être sans fondement. Cette thèse a connu en France d'éclatantes confirmations dans les domaines du nucléaire et de l'aéronautique, par exemple ; c'est elle qui est l'inspiratrice directe des nationalisations de 1982, moins probantes il est vrai. Et la « menace japonaise » symbolisée par la puissance du MITI et par le rôle de l'État dans les actions de *targeting* industriel, n'a-t-elle pas entraîné les Américains eux-mêmes dans d'insolites débats sur l'opportunité de doter les États-Unis d'une « politique industrielle » pour restaurer leur compétitivité [\[4\]](#) ?

En réalité, le modèle japonais ne doit pas tromper : il est avant tout une combinaison exceptionnelle – servie par l'appel aux valeurs traditionnelles (travail, discipline, sens communautaire...) – de ce qu'il y a de plus performant dans la régulation étatique (orientations stratégiques, véritable politique industrielle...) et dans le marché (mise en concurrence féroce des

futurs éléments de conglomerats, des sous-traitants). Des études parues récemment aux États-Unis montrent que la composante étatique a en définitive beaucoup moins d'impact que d'autres facteurs sur la compétitivité nipponne. Elles apportent de l'eau au moulin des adversaires – reaganiens en tête – de la « politique industrielle » américaine, bien improbable au pays de l'autorégulation et de la libre entreprise. Si le modèle japonais est plus performant que le modèle américain, c'est que les données culturelles de la société nipponne permettent de faire l'économie des dysfonctions d'un mode juridique de régulation sociale et de solution de conflits, ce qui est hors de portée des États-Unis. La France, quant à elle, est, en dépit des apparences, un anti-Japon : l'intervention étatique y est suffisante pour casser les mécanismes du marché, sans pour autant venir à bout de l'individualisme foncier des agents économiques. D'où une neutralisation réciproque de l'État et du marché, faite de dirigisme, d'« économie concertée » et de francs succès « capitalistes », et incarnée par l'Arlésienne de la politique industrielle.

La présente révolution technologique, qui déterminera sans doute les nouvelles hiérarchies économiques dans le monde, illustre le double problème que rencontre la régulation étatique de l'économie, au niveau de ses moyens et de ses fins. La supériorité américaine dans les secteurs de haute technologie est avant tout redevable aux petites et moyennes entreprises innovatrices, constamment à l'écoute du marché, à l'affût d'une opportunité technologique et commerciale, avec l'appui financier du *venture-capital*.

La rapidité de l'évolution technologique, que seul le marché peut enregistrer, requiert une flexibilité maximale, qui est fournie par toutes les composantes du système américain. Cette flexibilité est étrangère au système français : d'où le risque d'inadaptation du modèle étato-industriel français aux besoins de la révolution technologique [\[5\]](#). La lourdeur des outils – groupes nationalisés – s'ajoute aux défaillances du guide, un État trop éloigné du marché mondial pour continuer de prétendre à l'omniscience. Certes, l'État à la française, par la plénitude des pouvoirs dont il jouit, peut réagir très rapidement aux évolutions mondiales, ce que les États-Unis ne peuvent faire. Mais s'il est vrai que le moteur de la nouvelle croissance est bien la société civile, les caractéristiques du mode français d'organisation sociale, qui avaient assuré la puissance nationale, ne risquent-ils pas aujourd'hui, dans le nouveau monde internationalisé, de hâter son déclin ?

2 - Interfaces transatlantiques

Lorsqu'elles commercent l'une avec l'autre, les nations ont généralement tendance à sous-estimer les différences qui les séparent. Par contraste avec les conflits diplomatiques traditionnels, qui concernaient principalement les États eux-mêmes, les conflits nouveaux nés de l'internationalisation et de l'interdépendance des économies engagent beaucoup plus profondément le fonctionnement des économies et des sociétés nationales. Se posent alors des problèmes d'*interface*, c'est-à-dire de correspondance et de compatibilité, entre des systèmes nationaux différents, mais appelés à communiquer de manière croissante. Il devient ainsi de plus en plus important de connaître précisément le processus de décision politique, le fonctionnement du système économique et juridique, les données socioculturelles des pays avec lesquels l'on traite, sous peine de s'exposer à des difficultés ou à des surprises.

Les différences entre les systèmes américain et français explorées tout au long des chapitres précédents contribuent ainsi à éclairer certains aspects des conflits transatlantiques survenus ces dernières années : contentieux économiques et commerciaux (agriculture, sidérurgie), techno-stratégiques (affaire du gazoduc eurosibérien), controverses sur l'application extraterritoriale de la législation américaine.

Dans le cas des États-Unis, une telle connaissance s'impose d'autant plus, compte tenu du « particularisme » que présente, au

regard du modèle français, le système politique, économique et juridique américain.

Certains éléments de ce particularisme découlent du système politique et sont familiers des spécialistes de la diplomatie franco-américaine. Il s'agit tout d'abord de la primauté de la Constitution sur les actes de l'exécutif et du Congrès, et de celle du Congrès sur les actes de l'exécutif dans certaines matières, tel le commerce national et international. Qui négocie avec la Maison-Blanche se préoccupe généralement peu de savoir si le Président agit dans les limites de ses pouvoirs constitutionnels ou des délégations d'autorité qu'il a éventuellement reçues du Congrès.

Questions purement académiques dans le système français, mais qui ne le sont pas aux États-Unis, où un tribunal peut toujours, sur requête d'une partie lésée, prononcer l'inconstitutionnalité ou l'invalidité d'une décision de l'exécutif, fût-ce en matière internationale. Une telle situation se rencontre d'ailleurs fréquemment dans le domaine du commerce international, où l'on voit des groupements de consommateurs ou d'importateurs américains contester en justice, pour défaut de compétence, tel accord international conclu par la Maison-Blanche en vue de limiter les exportations étrangères sur le territoire américain. La stabilité d'un traité peut en outre être compromise par la primauté théorique des lois fédérales postérieures, contrairement à la hiérarchie des normes qui prévaut en France aux termes de la Constitution.

La conception américaine de la séparation des pouvoirs, l'indépendance des divers organes gouvernementaux, la

structure fédérale et l'absence de vote partisan produisent d'autres « effets internationaux », étrangers au système français. Comme on l'a vu, l'exécutif, le Congrès et le pouvoir judiciaire agissent en totale indépendance et peuvent donc prendre des positions incompatibles. Le Congrès se trouve ainsi couramment en conflit avec la Maison-Blanche, ce qui donne lieu aux « marchandages » qui caractérisent le système politique américain aux yeux des politologues français. Au sein même de l'exécutif, les différents départements ministériels ou les agences administratives adoptent fréquemment des positions qui, reflétant leurs préoccupations propres, contredisent ouvertement celles émises par les autres organismes concernés : on est aux antipodes de la « solidarité gouvernementale » à la française. Par ailleurs, ni l'exécutif, ni le Congrès ne peuvent compromettre les droits que le système juridique américain ouvre à la société. L'État n'a pas davantage de pouvoir sur la société à l'extérieur qu'à l'intérieur.

Le processus de décision au sein du système américain est souvent mal compris de ce côté-ci de l'Atlantique. L'une des conséquences de l'atomisation du modèle américain est que tel ou tel événement de portée internationale, perçu dans une vision typiquement française comme le fruit d'une décision concertée, cohérente, voire d'une stratégie globale des États-Unis, n'est souvent que le résultat d'une multitude de micro-actions des agents économiques et politiques. De même que l'intérêt général n'est que la résultante des intérêts particuliers, de même telle prétendue « action des États-Unis » résulte souvent de décisions indépendantes les unes des autres, même si elles participent

d'une tendance générale, qu'elles contribuent d'ailleurs à créer, comme les opérateurs sur un marché créent ce marché à mesure qu'ils y participent.

Une illustration récente – et majeure – de ce phénomène peut être trouvée dans la déréglementation américaine, phénomène amorcé, contrairement à une opinion répandue, dès le début de la décennie 1970. La plus récente étape de la déréglementation, et sans doute la plus importante, puisqu'elle concerne le domaine de pointe des télécommunications, a été la fin des procès *antitrust* intentés par le Département de la Justice contre AT&T et IBM. Ces deux décisions ont « libéré » le géant des télécommunications et celui de l'informatique de certaines entraves juridiques et réglementaires, et leur ont permis de se lancer, en concurrence l'un avec l'autre, à la conquête des marchés mondiaux de la télématique, fusion de leurs empires respectifs. Au prix, pour AT&T, d'un démantèlement traumatisant et d'un bouleversement total du marché américain du téléphone [\[6\]](#).

La fin de ces deux contentieux, très lourds et très anciens, spectaculairement annoncée le même jour, a immédiatement été interprétée en France comme une « décision de politique industrielle » de l'Administration Reagan, fruit d'une stratégie industrielle globale des États-Unis.

C'était transposer les pratiques et la rhétorique étato-industrielles françaises au pays de l'autorégulation, et oublier que ces deux décisions ont été prises dans un cadre judiciaire, approuvées et mises en œuvre par la Justice américaine, et ont mis fin à deux procès très controversés et démesurés.

Que ces décisions s'inscrivent dans le mouvement de déréglementation et participent de la volonté des États-Unis de restaurer leur compétitivité et leur leadership industriel mondial est incontestable. C'est là la « cohérence au sommet » évoquée précédemment en termes généraux. Que ces décisions profitent à IBM, voire à plus long terme, à AT&T, démantelé, mais débarrassé de ses activités locales non rentables et libre de se lancer dans les secteurs porteurs de l'informatique et des télécommunications, est également probable. Mais c'est sans doute davantage à la stratégie et à l'initiative de ces firmes elles-mêmes et à la faveur générale dont jouit le monde des affaires auprès de l'Administration Reagan qu'il convient d'attribuer ce phénomène. La vision française, globale, s'embarrasse peu de semblables nuances qui font pourtant le prix que les Américains attachent à leur système.

Le fédéralisme, enfin, achève de limiter les pouvoirs du gouvernement des États-Unis. S'il a seule compétence pour agir en matière de politique étrangère, le gouvernement fédéral ne peut cependant porter atteinte à la souveraineté propre des États. Cette situation est certes préjudiciable du point de vue de l'efficacité de l'action gouvernementale, de même qu'à l'intérieur l'autorégulation paraît parfois bien moins efficace et plus chaotique que la régulation étatique. Mais cette polyphonie est, en définitive, moins préjudiciable aux États-Unis eux-mêmes qu'à leurs interlocuteurs.

L'indépendance des départements ministériels peut créer des situations d'incertitude juridique allant parfois jusqu'à l'absurde. Ainsi, lorsqu'en 1980, pressé par la Maison-Blanche et le

Département du Commerce, le gouvernement japonais se résigna à accepter un accord d'« autolimitation » des exportations d'automobiles nippones vers les États-Unis, prit-il soin, en fin connaisseur des rouages du système américain, d'obtenir des assurances écrites du Département de la Justice concernant l'immunité d'un tel accord au regard de la législation *antitrust* ! C'est qu'un accord d'autolimitation des exportations, fût-il négocié entre gouvernements, tombe sous le coup des lois *antitrust* : il constitue une entrave au commerce, restreint les quantités et fait monter les prix ; les importateurs ou les consommateurs américains se trouvent ainsi lésés et pourraient attaquer l'accord en justice.

Le Département de la Justice ne put que s'engager à ne pas poursuivre les sociétés exportatrices nippones au nom des États-Unis, sans toutefois pouvoir exclure la possibilité de recours émanant de parties privées. Une telle situation se rencontra d'ailleurs lorsque les sidérurgistes américains, insatisfaits de l'accord d'autolimitation des exportations européennes d'acier vers les États-Unis intervenu entre la Maison-Blanche et la CEE, décidèrent de l'ignorer et de reprendre leurs plaintes en justice sur la base des lois américaines contre le dumping et les subventions à l'exportation. Possibilité qui parut pour le moins surprenante aux Européens.

Les États de l'Union peuvent également, en vertu de leur souveraineté propre, prendre des mesures préjudiciables aux alliés et partenaires économiques des États-Unis, sans que le gouvernement fédéral ait le pouvoir de les en empêcher. Une douzaine d'États de l'Union ont ainsi récemment décidé

d'imposer les filiales des sociétés multinationales – américaines ou étrangères – opérant à l'intérieur de leurs frontières, sur la base des bénéfices réalisés mondialement et non sur ceux réalisés localement par la filiale. Cette méthode – dite de la « taxation unitaire » – a suscité de multiples protestations de la part des sociétés étrangères et américaines ainsi soumises à double imposition, et de la part des gouvernements étrangers, posant ainsi au gouvernement fédéral, qui constitutionnellement n'a pas le pouvoir d'intervenir, un embarrassant problème de politique étrangère.

Tandis que l'État français parle d'une seule voix et engage le pays sans réserve, les États-Unis parviennent parfois à retourner un handicap apparent, hérité de leur conception de la démocratie dans l'ordre interne, en avantage tactique. La pluralité des pouvoirs permet alors aux jeux subtils de la diplomatie américaine de fonctionner. La politique commerciale internationale des États-Unis, qui se trouve depuis le début des années 1980 en pleine transition, en fournit une illustration. Parmi les divers intervenants, l'Administration Reagan, idéologiquement attachée au libre-échange, l'est restée tant bien que mal dans les faits, tandis que le Congrès, convaincu que le libre-échange n'est plus respecté par les partenaires et concurrents des États-Unis, échafaudait, sous la pression de multiples *lobbies*, un arsenal législatif protectionniste qu'il ne s'est toutefois pas encore résolu à mener à terme. Cette dualité de positions a néanmoins permis à la Maison-Blanche, dans ses négociations avec les gouvernements étrangers, de brandir la menace protectionniste du Congrès, incontrôlable par l'exécutif,

pour leur faire adopter des conduites plus conformes au « libre-échange » (engagement de la CEE d'éliminer les subventions à la sidérurgie, libéralisation des marchés nippons et internationalisation du yen).

En marge des aspects institutionnels et juridiques, l'idéologie économique pose en effet également de sérieux problèmes d'interface entre les États-Unis et la France (voire l'Europe, bien qu'à cet égard, la RFA et le Royaume-Uni soient beaucoup plus proches des États-Unis que de leur partenaire communautaire). L'ensemble du problème de l'intervention de l'État dans l'économie fait l'objet de cruciales divergences et de malentendus profonds entre les États-Unis et leurs partenaires commerciaux et alliés. Cette intervention, trait historique de la culture économique française, mais aussi composante fondamentale de la stratégie industrielle nipponne, est considérée aux États-Unis comme erronée d'un point de vue économique, philosophiquement répréhensible et souvent illégale d'un point de vue juridique. Les subventions à l'exportation, les aides publiques à l'industrie, qui font partie du vocabulaire quotidien de la politique économique en France, sont, aux États-Unis, assimilées à des pratiques de concurrence déloyale. Il est vrai que l'intervention des gouvernements peut aisément être associée à la montée du protectionnisme ces temps derniers, association qui n'aide pas à dissiper les malentendus transatlantiques relatifs au rôle de l'État dans les affaires économiques.

Les attachements doctrinaux, au marché, à la concurrence, diffèrent également. Aux États-Unis, le caractère dissuasif des

procès *antitrust* fait obstacle à de nombreuses opportunités économiques, et la législation *antitrust* est souvent accusée d'entraver la compétitivité internationale des entreprises américaines. Les milieux d'affaires, notamment les multinationales, font valoir que les lois *antitrust* leur interdisent des pratiques économiques qui sont monnaie courante chez leurs concurrents étrangers : fusions et prises de contrôle entre entreprises dominantes, cartels et autres formes de collaboration horizontale, partages des marchés, ententes sur les prix, échanges d'informations. En France, comme on l'a vu, la législation sur la concurrence, si elle est jamais invoquée, est considérée seulement comme un instrument utile et malléable de la politique économique globale, jamais comme une fin désirable en soi.

S'agissant de l'insertion des États-Unis dans le commerce international, les lois antidumping, la législation sur les droits compensateurs et les pratiques commerciales déloyales forment le corollaire des lois *antitrust*. Ces législations visent à protéger le marché américain des importations étrangères vendues en dessous de la « juste valeur du marché », bénéficiant de subventions étatiques à l'exportation ou à la production ou, plus généralement, issues de pratiques restrictives prohibées par les principes *antitrust*. Contrairement à une accusation répandue, cet appareil législatif, qui date du début du siècle, n'est pas *en soi* protectionniste, puisqu'il fait partie des règles du GATT et qu'il est censé corriger les distorsions au libre-échange. Mais, en pratique, le choc de la vision américaine avec la réalité des échanges internationaux conduit bien souvent à une utilisation

protectionniste de ces législations.

L'émergence récente de ces problèmes d'interface de cultures économiques résulte de l'internationalisation, doublée de la récession, de l'économie mondiale ; à la faveur de l'expansion des échanges mondiaux, de telles différences avaient pu par le passé être occultées.

La réponse à ces problèmes ne se trouve malheureusement pas dans la régulation internationale de l'économie. Alors que les accords internationaux, tel le GATT, reconnaissent le statut particulier des économies à planification centralisée, et comportent des dispositions spéciales à cet effet, il n'existe pas de telle reconnaissance pour les économies mixtes. Cette expression reflète pourtant la réalité socio-économique d'une large partie du monde industrialisé et en développement, où l'État, s'il n'est pas propriétaire de la totalité de l'économie, intervient massivement dans son fonctionnement soit, comme en France, par l'intermédiaire d'un secteur public prépondérant et d'un vaste appareil réglementaire, soit comme au Japon, au travers de groupes largement intégrés et opérant sous la « direction administrative » du MITI.

La carence de ces pays à se dissocier plus nettement d'un type d'économie de marché sur le modèle américain a produit des accords ambigus, tels les divers codes incorporés au « Tokyo Round » du GATT ou les vagues déclarations des « sommets » des pays industrialisés. Ainsi, si chacun s'accorde à reconnaître le caractère néfaste des subventions, les définitions du phénomène diffèrent et les conflits demeurent sans solution. Le critère retenu dans le code du GATT, pour juger de la légalité des

subventions à l'exportation d'un pays – à savoir si ce pays s'est ou non attribué, grâce à ses subventions, une « part inéquitable » du marché mondial –, est susceptible de toutes sortes d'interprétations.

Pour finir, les conceptions opposées en matière de statut de l'information se heurtent de front dans l'arène internationale. Tandis que les États-Unis sont favorables à la libre circulation internationale de l'information – au prix d'une contradiction majeure avec leur politique de contrôle à l'exportation d'informations technologiques –, la France cherche à réguler les flux transfrontières de données pour des raisons de protection de la confidentialité des informations face à une législation américaine jugée trop permissive, mais aussi de souveraineté politico-culturelle et de protectionnisme économique. Dans les relations juridiques et judiciaires internationales, l'agressivité américaine dans l'obtention d'informations et le penchant français et européen au secret et à la rétention ne font pas bon ménage et donnent lieu à de fréquentes batailles juridico-politiques, livrées à coups d'injonctions judiciaires et de législations de « blocage » de l'information [\[7\]](#).

Toutes ces illustrations suggèrent que les conflits commerciaux et industriels survenus ces dernières années entre les États-Unis et la France ou la CEE s'alimentent au choc plus profond des systèmes idéologiques, économiques et juridiques dans un monde internationalisé et interdépendant. Dans la sphère économique internationale, paradoxalement, les conflits de perception et d'idéologies paraissent plus « durs », plus rémanents que les conflits d'intérêts.

3 - Américanité, hexagonalité et « *worldliness* »

Face au « particularisme » américain, qui tend à devenir de plus en plus universel avec l'aide de la puissance économique et du rayonnement culturel des États-Unis, la France témoigne d'un autre particularisme, qui, lui, tend progressivement à se rétrécir à l'Hexagone. Singulier renversement : les États-Unis, continent toujours guetté par la tentation isolationniste, seraient-ils devenus plus « *worldly* », plus cosmopolites que la France, nation si attachée à sa vocation universelle et dont l'influence internationale a été sans précédent en comparaison de sa taille ? Les Américains, d'ordinaire si « provinciaux », si maladroits dans le dialogue avec l'extérieur, auraient-ils hérité des vertus internationalistes, sinon cosmopolites, de l'intelligentsia française ?

La lutte est en réalité inégale, entre une puissance moyenne dont la prétention à l'universalité regarde vers un passé glorieux et une superpuissance dont les valeurs démocratiques – donc, selon Tocqueville, facilement universalisables – façonnent jour après jour un nouvel ordre économico-culturel mondial.

Pour nous limiter au domaine qui est le nôtre ici, ce que nous avons défini comme les deux matrices de la civilisation américaine, règle de droit et marché, sont tout particulièrement universalisables, au point de pouvoir devenir également les matrices d'une régulation mondiale en train de naître.

À travers les moments successifs qu'a connus l'internationalité depuis les années 1960, émerge, comme fait marquant, la résilience des États-nations, demeurés les acteurs principaux d'un système mondial multipolaire [\[8\]](#) . En l'absence de gouvernement mondial, la régulation de la pluralité des pouvoirs nationaux revient tout naturellement – comme ce fût le cas historiquement pour la construction des monarchies occidentales, du fédéralisme américain, et comme en témoigne aujourd'hui la construction européenne – à la règle de droit, internationale ou nationale.

Dans la sphère économique, le monde n'est et ne peut être rien d'autre qu'un vaste marché, si imparfait, si faussé par le jeu des États (qui ne sont que des types d'acteurs particuliers sur ce marché), soit-il. Là encore, les organisations internationales, tels le GATT, le FMI ou la Banque mondiale, semblent partager la vision américaine de l'économie mondiale, en faisant du marché le principe normatif de leur régulation.

Culturellement, le « village global », selon l'expression de Marshall McLuhan, que le monde tend à devenir sous l'effet de la révolution des technologies de l'information et de la communication, aura de manière croissante les traits du modèle américain, pluraliste, autorégulé et internationalisé.

Quant à la « modernité », dont on fait tant de cas en France à l'heure actuelle, soit pour l'exalter sans en définir précisément les contours, soit pour la rejeter au nom d'un passéisme qui tient souvent de l'instinct de conservation, elle ne paraît se laisser saisir qu'à travers le concept d'une double globalité, planétaire et socioculturelle. Internationalité et technologie en sont les deux

déterminants principaux, qui se passent des jugements de valeur qu'on peut porter sur eux.

Les États-Unis se retrouvent alors en terrain favorable pour exporter leur modèle économique-juridico-culturel multipolaire, voire le contenu de leur législation, lorsque la régulation internationale ou les autres législations nationales leur paraissent faire défaut. L'affaire du gazoduc eurosibérien et la tension franco-américaine qu'elle a engendrée au cours de l'année 1982 a porté sur le devant de la scène le débat sur l'application « extraterritoriale » de la législation américaine. On entend par cette expression la prétention des États-Unis à soumettre à leur législation interne certains actes commis hors du territoire américain par des personnes, notamment les filiales étrangères d'entreprises multinationales, liées aux États-Unis par l'origine de leur technologie, la « nationalité » de leurs sociétés mères ou les effets de leurs actes sur le marché américain.

Du point de vue des autres États, cette prétention est de toute évidence inacceptable, car elle viole leur souveraineté législative et, par là même, le droit international. Mais, outre le fait que les États-Unis ne sont pas seuls à pratiquer l'extraterritorialité, la querelle revêt une signification plus profonde et des enjeux plus complexes. Car l'internationalisation de l'économie et l'interdépendance globale rendent de plus en plus difficile, pour les États, de continuer à raisonner en termes purement internes, au nom de la souveraineté et de l'indépendance nationales. La contradiction entre la logique des États et celle des marchés se fait de plus en plus patente, tout particulièrement à l'heure de la révolution télématique. La controverse sur l'extraterritorialité

illustre cette difficulté, n'étant que la manifestation juridique du décalage entre le cadre national des législations, et celui, internationalisé, des échanges et de la production.

L'internationalisation de leur économie et le réseau mondial de leurs intérêts peuvent alors conduire les États-Unis à vouloir combattre l'évasion fiscale internationale, appliquer leur réglementation des marchés financiers aux investisseurs étrangers ou leur législation contre les paiements aux fins de corruption à l'étranger, bien au-delà de leurs frontières nationales.

Dans ce conflit de principes, les États-Unis ont pour eux d'être dans le sens de l'Histoire – l'internationalisation de l'économie –, de tenter de contrôler les multinationales – ce que tous les États cherchent à faire – et de posséder les instruments susceptibles de les faire apparaître comme les régulateurs de l'économie mondiale. À charge pour les autres États d'harmoniser leurs législations ou mieux, de concourir à l'élaboration d'une régulation véritablement internationale, ce que la CEE a d'ores et déjà entrepris.

Le modèle américain essaime donc, y compris sur le Vieux Continent. On a déjà souligné au début de ce livre les analogies entre l'Europe juridique et le fonctionnement du fédéralisme américain, au niveau de l'articulation des compétences et des droits applicables entre les organes communautaires et les États membres. On ne peut qu'être frappé en outre par les emprunts de la CEE au modèle américain, tant dans le contenu que dans les méthodes. Sur le plan du contenu, le marché commun repose, à l'intérieur, sur des principes de concurrence directement

inspirés, à tort ou à raison, de la législation *antitrust* ; vis-à-vis de l'extérieur, l'Europe « renforce » sa politique commerciale commune en se dotant des armes juridiques (législation antidumping, droits compensateurs) dont les Américains disposent depuis bien longtemps ; dans de nombreux domaines (environnement, publicité, droit du travail...), la Commission élabore progressivement des normes juridiques sophistiquées, souvent absentes des législations nationales des États membres, mais déjà couramment pratiquées dans le système juridique américain. Plus encore que sur le plan du contenu, c'est sur celui des méthodes que la parenté saute aux yeux. Les aspects les plus positifs de la culture juridique américaine – dont on peut déplorer l'absence dans le système français – se retrouvent dans la machine bruxelloise : importance de la jurisprudence de la Commission et de la Cour de justice, aux décisions longues et circonstanciées ; association des parties prenantes et des grands cabinets de juristes internationaux à l'élaboration des normes par la procédure des commentaires publics ; *lobbying* plus ou moins formalisé des principales forces économiques et sociales européennes auprès de la Commission et de l'Assemblée parlementaire. De nombreux éléments du particularisme institutionnel des États-Unis évoqués plus haut se retrouvent dans le fonctionnement de la CEE, créant le risque de problèmes d'interface franco-communautaires beaucoup plus préoccupants. Ces aspects sont assez rarement soulignés en France, probablement parce qu'ils demeurent encore trop étrangers à l'environnement institutionnel français. Mais le poids juridique de la CEE se fait de plus en plus sentir avec les invalidations de

lois et règlements nationaux que prononce la Cour de justice des communautés européennes (rabais sur l'essence, vignette tabac...), les admonestations de la Commission à l'endroit des gouvernements (aides nationales à l'industrie, contrôle des changes...) et l'altération des droits nationaux que produit le droit communautaire. Viendra probablement un moment où l'accroissement des pouvoirs juridico-politiques de la CEE pourra sembler trop pesant pour la souveraineté nationale [9] : une application plus énergique et plus extensive du droit communautaire serait dès à présent susceptible de conduire à l'invalidation de nombre de lois et règlements nationaux. À moins que les autorités nationales ne trouvent avantage à laisser faire à Bruxelles un « déblayage » que, pour des raisons de politique intérieure, elles auraient le plus grand mal à réaliser elles-mêmes.

Ces contrariétés entre pratiques communautaires et pratiques nationales sont, à l'évidence, loin de ne concerner que la France. Du moins, certains pays membres ont-ils à l'égard du droit une attitude plus proche des conceptions américaines, implicites dans le fonctionnement de la régulation communautaire ; on pense à la RFA, au Royaume-Uni ou aux Pays-Bas dont le système économique est également plus proche du modèle américain. La convergence entre américanité et mondialité résulte aujourd'hui autant de la capacité des États-Unis à exporter leurs normes que de leur ouverture au monde, c'est-à-dire d'une internationalisation croissante de l'Amérique. Depuis le début de la présente décennie, les États-Unis, pour le meilleur et pour le pire, sont plus que jamais le carrefour de

l'économie mondiale. À l'intérieur, une économie puissante dont la présente reprise « tire » celles du reste du monde, un vaste marché relativement ouvert et convoité par les investisseurs étrangers. À l'Ouest, la révolution technologique, incarnée par Silicon Valley et, au-delà, le Bassin pacifique, nouveau pôle de l'économie mondiale dont l'Amérique, tant par sa vitrine californienne que par sa présence locale, est déjà partie prenante. Vers le sud, la partie lancinante de la dette latino-américaine qui se joue à New York entre les gouverneurs de banques centrales et les syndicats de banques américaines, et à Washington, dont la présence des organisations internationales accroît le rôle mondial, entre le Congrès et le FMI. Vers l'est, enfin, les liens commerciaux traditionnels avec la CEE, quelque peu délaissés au profit de l'Asie, l'Amérique latine, voire l'Afrique, où les Américains sont de plus en plus présents, tandis que ces pays ou continents sont de plus en plus « représentés » aux États-Unis. Les grandes sociétés américaines s'initient à la négociation interculturelle auprès de consultants spécialisés, tandis que *lawyers* et universitaires façonnent les systèmes juridiques, fiscaux ou bancaires de nombreux pays en voie de développement, notamment en Asie.

L'ouverture ou la « neutralité » idéologique et culturelle – qui plonge ses racines dans le cosmopolitisme démographique et sociologique de l'Amérique – vient relayer la puissance économique dans ce processus d'internationalisation. L'idéologie du *melting pot* a cédé la place à la célébration de la diversité ethnique et culturelle. Les lieux de prise de décision aux États-Unis, Washington en tête, sont de vastes marchés politiques, où

tout pays, toute entreprise ayant des intérêts aux États-Unis ou pouvant être affectés par la politique américaine se doivent d'être représentés, *selon les usages du système américain*, c'est-à-dire par des *lobbyists* ou des *lawyers*, qui les informent des développements politiques et législatifs et assurent la défense de leurs intérêts dans la formulation de la politique américaine. La pratique des « commentaires publics » sollicités par les agences administratives américaines est ainsi entièrement ouverte aux intervenants étrangers pour la défense de leurs intérêts. Les tribunaux fédéraux et la Cour suprême elle-même accueillent volontiers les interventions des entreprises et gouvernements étrangers à titre d'*amici curiae*. Les pays qui sont en relation étroite avec les États-Unis – le Canada, le Japon, Israël et d'autres pays asiatiques ou latino-américains – le savent bien, qui manient avec habileté les rouages d'un système dont ils sont familiers. Tel n'est pas le cas de l'Europe, du moins au niveau des États membres de la CEE.

Comparant les méthodes européenne et japonaise de *lobbying*, un récent article du *Wall Street Journal* [\[10\]](#) « donnait sans conteste l'avantage aux Japonais. Les parlementaires et les *lobbyists* américains considèrent les méthodes européennes inadéquates et inefficaces. Les entreprises européennes ratent ainsi, à leurs dépens, toutes sortes d'occasions d'influencer la politique américaine ou de s'éviter des déboires législatifs ou judiciaires : ainsi en matière de protectionnisme anti-européen, notamment agricole, où la France est particulièrement visée.

Ici resurgissent les facteurs culturels : le préjugé défavorable envers le *lobbying*, tel qu'il existe en France, conduit les

entreprises à s'en remettre, ici comme chez elles, à leurs gouvernements, et ceux-ci à utiliser les canaux diplomatiques traditionnels, alors que le *lobbying* à l'américaine est un processus plus permanent, plus agressif et plus coûteux. Il en résulte une information de seconde main et des combats d'arrière-garde. Par ailleurs, l'intervention dans un processus législatif et réglementaire étranger fait figure, dans les termes de la démocratie française, d'ingérence inacceptable dans les affaires intérieures d'un État. Mais c'est oublier qu'un grand nombre de réglementations adoptées par les États-Unis ont intrinsèquement une portée internationale, qui légitime l'intervention des intérêts étrangers potentiellement affectés par elles.

Abondamment représentés à Washington, les Japonais, en revanche, sont passés maîtres dans l'art du *lobbying* et se montrent plus agressifs que les Américains eux-mêmes. Une délégation d'hommes d'affaires des plus grandes entreprises nippones a ainsi entrepris une croisade contre la « taxation unitaire » des multinationales par les États de l'Union, en démarchant directement, outre les *Congressmen* et les agences fédérales, les législatures des États concernés. Leur message est clair : les Japonais n'investiront pas dans un État qui maintiendra ou adoptera la taxation unitaire. La méthode semble avoir réussi dans plusieurs États et retient l'attention des législateurs, préoccupés de l'emploi dans les États qu'ils représentent. Face à cette « extraversion » du modèle américain et, en sens inverse, à l'ouverture internationale des États-Unis, la France se trouve handicapée par un modèle de régulation trop hexagonal

pour s'exporter aisément, et trop différent des autres pour s'adapter à eux au gré des besoins, à la manière des *lobbyists* néophytes de l'empire du Levant.

Forts de leur capacité exportatrice, les États-Unis n'ont pas de mal à ouvrir leurs frontières ; la France, au contraire, est parfois tentée par le repli sur soi. Le commerce des langues illustre parfaitement ce déséquilibre et cette différence d'attitude : tandis que les Américains, premiers exportateurs, sont de plus en plus friands de mots étrangers, qu'ils considèrent comme un enrichissement de leur propre patrimoine, les Français en sont réduits à un dérisoire protectionnisme linguistique.

Historiquement, le modèle français a toujours été avant tout national, étatique, c'est-à-dire fermé, y compris dans le domaine économique, où l'ouverture des frontières est un phénomène relativement récent. Là encore, la relative fermeture du système français est à mettre au compte de l'étatisation, car qui dit État, dit particularisme national et définition par opposition à l'extérieur. Ce particularisme national s'observe à une infinité de niveaux : organisation administrative, modèle économique, social, juridique, ou encore système éducatif et formation des élites, hexagonales et étatiques, à l'image de tous les autres éléments du modèle.

Ces particularités ont fini par engendrer un certain isolement de la France, qui est aussi rétrécissement hexagonal. Ainsi, en matière éducative, les meilleurs étudiants du monde entier s'orientent-ils vers les universités américaines de préférence aux nôtres, non pas tant en raison d'une différence de niveau, que parce que le système universitaire français n'est pas adapté pour

leur accueil, pas plus que pour celui des professeurs étrangers : la population des universités américaines au plus haut niveau compte, dans certains domaines scientifiques, jusqu'à 40 % d'étudiants étrangers, exerçant une activité d'enseignement et de recherche. De même, les futurs hauts fonctionnaires étrangers choisissent-ils souvent de séjourner dans les universités américaines de préférence à l'ENA, car ils pressentent que le byzantinisme de la science administrative française leur sera de peu d'utilité dans leur propre pays. La « société d'économie mixte », spécialité locale, la « politique industrielle », aux résultats peu probants, le droit civil ou le droit administratif, étrangers au système juridique des principales puissances économiques, s'y exportent de moins en moins bien.

Il en résulte non seulement un sérieux handicap dans la capacité à influencer les normes mondiales, mais surtout une marginalisation croissante de la France dans la vie internationale, sauf à mettre entre parenthèses les particularités de l'Hexagone lorsque la France va dans le vaste monde, ce qui se produit en effet. Car la fermeture a des racines profondes dans le système français : il y a peu de place pour l'international et pour l'étranger dans ses catégories.

Ainsi, en matière économique, nationalisation est aussi le contraire d'internationalisation. Certes, les multinationales françaises s'identifient précisément avec les groupes nationalisés et ceux-ci, notamment les banques, sont présents, avec de beaux succès, aux quatre coins de la planète. C'est que les lourdes institutions de l'Hexagone se muent hors des frontières en de sveltes et dynamiques opérateurs sur les marchés mondiaux,

soutenus à l'arrière par la puissance financière de l'État. Mais les autres pays, États-Unis en tête, acceptent de plus en plus mal ce qu'ils considèrent comme une concurrence déloyale de ces entreprises et des États qui les contrôlent dans les relations économiques internationales. Un récent ouvrage de deux professeurs américains, intitulé *Les entreprises nationales : une menace pour l'économie américaine*, reflète bien ce courant de pensée [\[11\]](#). Les auteurs relèvent cinq avantages déterminants des entreprises nationales sur leurs concurrentes : l'absence de la contrainte du profit, l'accès privilégié au financement public, des marchés intérieurs captifs, l'abri de la faillite et un pouvoir monopolistique. Ainsi, la nationalisation a le double effet de protéger les marchés intérieurs de la concurrence étrangère et de stimuler « artificiellement » les exportations.

À l'intérieur, l'étatisation de l'économie ne laisse aux investisseurs étrangers qu'un maigre résidu, sauf en cas d'absolue nécessité technologique ou socio-économique : l'internationalisation de l'économie française s'en trouve compromise. En retour, les firmes étrangères sont parfois réticentes à faire des affaires avec un État, par crainte de ses impératifs politiques propres, de ses privilèges juridiques (immunités, prérogatives de puissance publique), de ses difficultés économiques et financières globales. Les multinationales françaises sont ainsi largement restées en marge des grands accords internationaux de coopération technologique conclus ces dernières années entre entreprises américaines, européennes et japonaises, dans des domaines (télécommunications, informatique...) où le retard est coûteux et

l'isolement fatal.

Plus profondément, la marginalisation de la France se perçoit non pas tant dans l'écart entre sa place réelle dans le monde et la représentation qu'elle s'en fait, mais dans le provincialisme des grands débats nationaux au regard des ordres du jour mondiaux : archaïsme de la querelle scolaire au regard de la révolution technologique, pauvreté du débat politique au regard de l'impératif de modernisation sociale et industrielle, obsolescence des revendications socioculturelles (35 heures, temps libre, loisirs, considérés jusqu'à tout récemment comme le *nec plus ultra* de l'innovation sociale) au regard des pratiques de nos concurrents, de nos propres besoins, et de ceux du Tiers Monde.

Du mode de régulation interne à la dimension internationale, la distance est, on le voit, à la fois longue et brève. Ce n'est pas en amendant le premier qu'on modifiera d'emblée les données de la seconde. Mais c'est par la réforme de ce qui est inscrit dans le système juridique – fonctionnement de la démocratie et de l'économie, localisation du pouvoir, domination de l'État sur la société, état des mentalités, que passent sans doute la modernisation, l'internationalisation et la compétitivité de la France.

Notes du chapitre

[1] ↑ Dubois, Carré, Malinvaud, *Abrégé de la croissance française*, Paris, Le Seuil, 1973.

[2] ↑ Voir, entre autres, Ezra Vogel, *Le Japon médaille d'or. Leçon pour l'Amérique et l'Europe*, Paris, Gallimard, 1983.

[3] ↑ Voir le dossier consacré à la bureaucratie en France par *L'Express*, 7 octobre 1983. Ce jugement fait curieusement écho à celui qu'un autre sociologue, Michel Crozier, portait voici plus de vingt ans, lorsque les pressions nouvelles qui s'exerçaient sur le modèle bureaucratique français n'étaient pas l'impératif de compétitivité internationale, mais l'adaptation à l'ère de la société industrielle et de consommation de masse : « Et le problème que nous devons nous poser maintenant, c'est de savoir si devant les bouleversements imposés par le passage à la société de consommation de masse la plus moderne, l'ensemble constitué par le système bureaucratique, les processus de changement et les comportements primaires, ne risque pas de devenir gravement dysfonctionnel, si la pression de la nécessité n'est pas en train d'obliger la société française à apprendre des modes de comportement nouveaux qui réagiront à leur tour sur certains traits culturels que l'on considérait jusqu'alors comme immuables » (*Le phénomène bureaucratique*, op. cit., p. 356). Crozier observait dans le même ouvrage (p. 283), que le système américain « s'est avéré plus accessible au changement et beaucoup plus facilement capable de mobiliser les ressources humaines d'une société ».

[4] ↑ Voir sur ce thème Robert B. Reich, *The Next American Frontier*, New York, Time Books, 1983, l'une des bibles du programme économique des « nouveaux démocrates ».

[5] ↑ Voir sur ce thème John Zysman, *L'industrie française entre l'État et le marché*, Paris, Bonnel, 1983.

[6] ↑ Sur les difficultés présentes d'AT&T, « Did it make sense to break up AT&T ? », Special Report, *Business Week*, 3 décembre 1984.

[7] ↑ Voir L. Cohen-Tanugi, « L'attitude des juridictions américaines face aux lois interdisant la communication de renseignements économiques à l'étranger », *Revue critique de droit international privé*, Paris, Sirey, 1983-2.

[8] ↑ Voir sur ce thème, P. Mayer, *La métamorphose. Essai sur le multilatéralisme et le bilatéralisme*, Paris, Economica, 1983.

[9] ↑ Sur les problèmes posés par la pénétration du droit communautaire dans le droit français et les résistances qu'elle suscite de la part du Conseil d'État, voir *Droit communautaire et droit français*, Étude du Conseil d'État, DF, 1982.

[10] ↑ « European firms suffer from reluctant effort at lobbying in US », *Wall Street Journal*, 23 février 1984.

[11] ↑ R. Joseph Monsen et Kenneth D. Walters, *Nationalized Companies : A Threat to American Business*, New York, McGraw-Hill, 1983.

Conclusion

La France se trouve aujourd'hui face à un stimulant défi transformer en son sein les mentalités, l'idéologie publique, les rapports entre l'État et les citoyens, les modalités de l'intervention de l'État dans l'économie, traits de son identité façonnés par des siècles d'Histoire. Elle doit en outre effectuer cette révolution culturelle rapidement, car chacun pressent aujourd'hui que de cette transformation dépend son avenir, c'est-à-dire son maintien ou son déclin dans un ordre économique et technologique mondial en plein mouvement. Comment réaliser, en l'espace d'une génération au maximum, semblable remise en question du passé ? La tâche paraîtrait presque insurmontable, si le pays n'avait déjà manifesté historiquement sa capacité à réaliser en peu de temps des bouleversements considérables. On s'est fixé tout au long du présent ouvrage le double objectif de mettre en relief les structures juridico-idéologiques de l'ordre ancien à réformer et d'esquisser celles du nouveau mode d'organisation sociale en train d'éclorre. L'Amérique a, dans cette entreprise, servi de révélateur. Certes, la société contractuelle telle qu'elle se dessine à la lecture de ce livre n'est pas une panacée. Elle ne sortira pas instantanément la France de la « crise », mythe commode dont le sens se vide cependant jour après jour pour laisser place à des réalités largement hexagonales.

La société contractuelle porte en elle une réforme des structures

profondes de ce pays, de nature à libérer les forces de la société et de l'économie, libération dont nul ne conteste le caractère déterminant pour l'avenir. Pour autant qu'il doive revêtir une dimension volontariste, l'avènement de la société contractuelle suppose un certain nombre de réformes juridiques et institutionnelles. Car, en dépit de la vision économiste qui domine en France, la transition d'une société étatisée à une société autorégulée passe autant, sinon davantage, par une refonte des textes, des institutions et des mécanismes de droit et de pouvoir qui façonnent la société et sa relation à l'État, que par une modification du taux des prélèvements obligatoires ou d'autres indicateurs globaux. Systématiquement, les discours les plus libéraux ne s'attachent qu'à l'économie, comme si le libéralisme politique nous était acquis par la seule vertu de nos institutions démocratiques. Mais le libéralisme économique ne va pas sans un véritable libéralisme politique, impliquant, lui, une démonopolisation du pouvoir politique et une dissémination du pouvoir social, auxquelles peu de nos politiciens « libéraux » sont prêts. L'absence d'une tradition juridique solidement implantée dans le corps social a sans doute déterminé la vision française d'une contradiction inéluctable entre libéralisme économique et libéralisme politique, autorégulation et solidarité, qui justifie en permanence l'intervention de l'État.

Les grands axes d'une telle réforme, dont la proposition détaillée excède les limites du présent ouvrage, passent sans doute par une révision constitutionnelle, qui devrait concerner tant l'organisation des pouvoirs publics que le contenu et la sanction des principes à valeur constitutionnelle. Les relations entre

l'exécutif et le législatif devraient être rééquilibrées et le pouvoir judiciaire considérablement renforcé, dans toutes ses prérogatives, y compris constitutionnelles.

Cela implique très certainement des réformes importantes au niveau de la formation et du recrutement des juges et des juristes de toutes catégories, qui devraient rejaillir sur l'organisation de l'enseignement supérieur et de la formation des élites. En aval, l'ensemble des textes, des institutions et des mécanismes assurant la subordination de la société à l'État ou l'étatisation de la société devraient être passés en revue et amendés. À l'inverse, des institutions et des mécanismes permettant la dissémination du pouvoir et le pluralisme juridique au sein du corps social doivent être développés pour prendre le relais de la régulation étatique globale.

Vaste programme qui, s'il n'est pas irréalisable, paraîtrait requérir un temps infini, n'était l'urgence relative de sa mise en œuvre.

Reste à savoir, politiquement, qui de l'opposition et de la majorité actuelles serait la plus apte à promouvoir ces transformations. La première a fait de la désétatisation et de la déréglementation les maîtres mots de son programme, sans d'ailleurs toujours en préciser les voies ; mais l'obsession gaulliste du « renforcement de l'autorité de l'État », la responsabilité de l'ancienne majorité dans le mouvement continu d'étatisation de la société de 1958 à 1981 et son efficacité redoutable aux commandes de l'État affectent sa crédibilité à cet égard. La gauche au pouvoir, en voie de modernisation intellectuelle, se révèle moins pesante sur la société que sur l'économie ; mais le poids d'une idéologie

fondamentalement étatiste et collectiviste demeure une lourde hypothèque sur toute velléité libertaire.

On aurait pu croire qu'être libéral à la manière américaine signifiait automatiquement se situer à droite sur l'échiquier politique français, surtout au moment où l'opposition flirtait avec un reaganisme largement imaginaire. Mais les distances prises par les hommes politiques à l'égard du « libéralisme » manifestent bien que celui-ci est irréductiblement *d'ailleurs*, étranger à la culture politique française.

D'ores et déjà, l'antilibéralisme s'est mis en place. À gauche, on rappelle sans grand mal le rôle essentiel de l'État dans le développement de la France, à grands renforts de panoramas historiques. À droite, le libéralisme s'est vite affadi en une énième réédition du refrain éculé « liberté/responsabilité », qui, depuis les débuts de la V^e République, a accompagné l'interventionnisme triomphant. Pour l'ensemble de la classe politique, l'anti-étatisme est une mauvaise affaire.

L'américanisme est sommairement conjuré : la reprise économique qui a marqué le premier mandat Reagan n'est redevable qu'au privilège monétaire, et le libéralisme, réduit au reaganisme, est irrémédiablement « sauvage ».

Pis encore, le brouillage salutaire qu'introduit le « néolibéralisme » français au sein du débat politique est dénoncé comme un « brouillard » idéologique, qui dérange tous ceux que le clivage droite/gauche et l'immobilisme font vivre : hommes de partis, journalistes et autres idéologues. Le consensus persistant que paraît manifester la société française sur le rôle de l'État, la protection sociale, la technostucture

administrative et autres ingrédients du modèle français est de nature à apaiser leurs inquiétudes.

Mais là est la question fondamentale : la France est-elle prête pour cette révolution culturelle que serait pour elle l'avènement de la démocratie libérale, rejetée historiquement tant par la révolution que par la réaction ? La société française est-elle en mesure de se passer un tant soit peu de l'État et des avantages qu'il lui assure, et le pouvoir politique est-il en mesure de le lui proposer ? Une nation peut-elle se distancier de son passé et de son mode de vie sans perdre son identité ? Autant de questions qui appellent le plus profond scepticisme, sauf peut-être à des époques de rupture historique.

À moins que nous ne soyons précisément à l'une de ces époques. Du système scolaire au tissu industriel, de l'idéologie à la culture, le modèle étatique centralisé, qui s'est identifié à la démocratie française depuis ses origines, s'épuise lentement, tandis que la survie collective dans un monde interdépendant et plus exigeant réclame un nouvel humanisme, que seul un libéralisme authentique, c'est-à-dire recentré sur l'homme et civilisé par le droit, pourrait aujourd'hui générer.

Postface. *Le droit sans l'État*, vingt ans après

Lorsque la proposition me fut faite de rééditer *Le droit sans l'État* assorti d'un essai de bilan intellectuel de ce texte vingt-deux ans après sa parution, j'y vis immédiatement l'occasion de m'acquitter d'une tâche, suggérée à plusieurs reprises au fil des années par d'éminents lecteurs de ce premier ouvrage, et dont d'autres préoccupations intellectuelles m'avaient, de fil en aiguille, éloigné. Obligation d'autant plus ardente qu'à mon grand étonnement, ce qui avait été pour moi une œuvre de jeunesse « spontanée » semblait avoir marqué les représentations du droit et de la démocratie de toute une génération.

Avec le recul du temps et le bénéfice des commentaires que ce livre a suscités, je crois que son influence résulte principalement d'un triple apport au débat français :

- une compréhension plus profonde de la démocratie américaine, et plus positive du rôle qu'y joue le droit ;
- une vision moins superficielle du libéralisme, fondée sur l'impossibilité de dissocier le marché de la règle de droit, qui, au milieu des années 1980, contribua à rénover la pensée réformatrice en France, tant à gauche qu'à droite ;
- une réflexion théorique neuve sur le droit et la démocratie à partir d'une application de la méthode comparative à un

objet d'étude resté relativement inexploré depuis Tocqueville.

Cette esquisse d'une régulation affranchie de l'État préfigurait en outre, à l'échelle internationale, ce que l'on nomme aujourd'hui la « gouvernance globale », c'est-à-dire un ordre international multilatéral reposant sur la règle de droit et faisant intervenir un réseau mondial d'acteurs non étatiques.

Mais, au-delà de cette dimension analytique, *Le droit sans l'État* était un texte engagé, visant à un réexamen de notre vision du droit en Amérique, et surtout à une revalorisation de l'importance de celui-ci en France, mouvement dont l'ouvrage percevait les signes avant-coureurs. Plus de vingt ans après, où en sommes-nous ?

Commençons par ce côté-ci de l'Atlantique. Incontestablement, la montée en puissance du droit dans la quasi-totalité des registres de la vie en société constitue l'une des évolutions sociopolitiques majeures de la France de ces vingt dernières années. Le développement d'un droit des affaires adapté à une économie de marché internationalisée, l'émergence d'une jurisprudence constitutionnelle encadrant le pouvoir des majorités politiques, la formulation de nombreuses problématiques sociétales en termes juridiques, l'explosion du contentieux judiciaire jusque dans le champ politico-administratif sont autant de signes d'un changement d'époque. Ce mouvement de fond, dont j'ai poursuivi l'analyse des causes et manifestations dans un second essai quelques années plus tard [\[1\]](#), participait d'une mutation idéologique plus vaste : le retour en force du libéralisme politique et économique en Europe occidentale après une longue

période de domination marxiste et jacobine sur les esprits. L'essor des régulations juridiques ne s'est pas limité à la sphère nationale. Il a gagné, avec la construction européenne, le droit d'ingérence ou la justice pénale internationale, le domaine réservé des relations entre États, traditionnellement soustrait à la logique juridique. La Communauté européenne, véritable incarnation d'un « droit sans État » au sens où elle a été un système juridique avant même de prétendre devenir une entité politique, a constitué, en France peut-être plus qu'ailleurs, l'un des principaux leviers de modernisation économique et démocratique, par le renforcement parallèle de l'État de droit et de l'économie de marché.

La « juridicisation » de la vie publique française qui en est résultée a naturellement fait l'objet de débats passionnés, ses détracteurs y voyant notamment le signe d'une américanisation perverse de nos usages sociaux. La controverse récurrente sur l'« américanisation » du droit français (et européen), qui s'étend désormais jusqu'à la politique pénale, participe de ce débat [\[2\]](#) . Cette puissante revalorisation du droit en France a cependant vite rencontré des obstacles, issus de multiples pesanteurs institutionnelles, sociologiques, culturelles et idéologiques, mais aussi de ce qu'il faut bien appeler la réaction d'un pouvoir politique soudain confronté à un « contre-pouvoir » judiciaire d'autant plus menaçant qu'il était de longue date en position de faiblesse. La détermination nouvelle des juges à sanctionner des pratiques économiques et politiques illégales, mais tolérées depuis des décennies, a produit des effets mitigés : mises en examen en série et moralisation de la vie publique d'un côté,

dysfonctionnements aboutissant, de l'autre, à une mise au pas de l'activisme judiciaire des années 1990, incarné par Éva Joly et quelques autres figures emblématiques.

De manière symptomatique, la résistance de la culture politique française à la montée en puissance du droit et du marché s'est structurée à l'occasion du premier débat national sur l'Europe provoqué par le référendum de septembre 1992 sur le traité de Maastricht. Incarnation et agent (parmi d'autres) de cette révolution silencieuse, l'« Europe des marchands, des juges et des technocrates » est devenue la cible privilégiée de l'antilibéralisme français, manquée de justesse en 1992 avant d'être touchée de plein fouet treize années plus tard par le « non » au référendum de mai 2005 sur le traité constitutionnel [\[3\]](#).

Vingt ans après, la démocratie française demeure en transition, au milieu du gué. Pour n'évoquer que quelques exemples sur le terrain du droit, la saisine du Conseil constitutionnel demeure interdite au simple citoyen, les juges et procureurs relèvent toujours du même statut de magistrat fonctionnarisé, nombre d'enquêtes sensibles impliquant des personnalités politiques ou économiques se perdent dans les sables, et même dans les entreprises du CAC 40, la fonction juridique peine à s'affranchir des tutelles et archaïsmes du passé. Malgré les multiples tentatives de réforme, la revalorisation du droit n'a pas été suivie de la remise à niveau nécessaire (en termes de statut, formation, moyens) de l'institution judiciaire et du personnel juridique, à l'exception notable (et non exempte d'effets pervers) du barreau des affaires [\[4\]](#).

Plus largement, aujourd'hui encore, l'Europe, la mondialisation, l'économie de marché connaissent en France la contestation que l'on sait, tandis que les variations mensuelles des chiffres du chômage continuent d'être imputées au crédit ou au débit des gouvernements successifs, comme si elles dépendaient entièrement de l'action de l'État et non de l'activité économique. L'incapacité du socialisme français à rénover sa doctrine depuis les années 1980, durement sanctionnée par les urnes, représente sans doute l'illustration la plus marquante de l'échec du réformisme libéral à triompher des pesanteurs jacobino-marxistes.

En dépit de ces tempéraments, les deux dernières décennies du ^{xx}^e siècle resteront marquées par une évolution très sensible des systèmes de régulation français et européens vers un modèle plus proche du système américain, notamment dans la vie économique. Cette convergence a trouvé sa traduction intellectuelle dans une véritable renaissance de la réflexion sur le droit et la justice, dans une floraison d'ouvrages et études où la référence aux États-Unis tient une place de choix.

En traversant l'Atlantique, l'on observe paradoxalement un mouvement inverse au cours de la période considérée, une sorte de reflux du droit, tant dans la sphère nationale que dans la politique étrangère des États-Unis.

Sur le sol américain, la révolution conservatrice inaugurée par Ronald Reagan au début des années 1980 a pris pour cible la fonction de transformation sociale que la philosophie libérale – de gauche en termes européens – dominante au cours des deux décennies précédentes avait assignée au droit, au service des

droits civiques, de la non-discrimination et du progrès social. La nouvelle idéologie conservatrice, qui continue de régner sur l'Amérique aujourd'hui, s'est attaquée à l'activisme judiciaire, notamment dans le champ constitutionnel, au profit d'une approche restrictive de l'herméneutique constitutionnelle et du rôle du judiciaire, assez proche de la vision française en vérité : aux pouvoirs législatif et exécutif de faire la loi et les choix politiques, aux juges de les mettre en œuvre.

Dans la vie économique, la volonté de libérer les entreprises des lourdeurs réglementaires incarnée par les politiques de déréglementation et libéralisation s'est doublée d'attaques récurrentes contre les excès du contentieux, les condamnations en responsabilité civile exorbitantes et autres manifestations traditionnelles de l'emprise du droit sur la vie des affaires aux États-Unis. Les tentatives de réforme dans ce domaine ont eu moins de succès qu'en matière politique et sociale, où le remplacement progressif des juges de la Cour suprême et autres juges fédéraux par des juristes conservateurs a eu lentement raison de l'activisme de l'époque précédente. À compter des années 1990, l'ingénierie sociale de l'âge d'or du droit s'efface au profit d'un simple travail de plombier... En s'efforçant de réduire les spécificités et certains excès du système juridique américain, l'idéologie conservatrice a ainsi favorisé une certaine convergence transatlantique sur le terrain du droit.

Sur la scène internationale, la première puissance mondiale, à l'origine du système multilatéral, c'est-à-dire d'un effort de régulation juridique et démocratique des relations internationales, avait toujours défendu son exception

souverainiste, en rejetant notamment la supériorité des traités internationaux sur la loi votée par le Congrès. En d'autres termes, elle n'avait jamais accepté que très parcimonieusement de se voir contrainte par des règles et juridictions internationales. Le refus des administrations Clinton et Bush de faire ratifier certains traités internationaux chers aux Européens relève en partie de cette tradition.

Mais ce tempérament au légalisme américain dans la sphère internationale s'est mué en véritable régression après les attaques du 11 septembre 2001 sur New York et Washington, lorsque les impératifs de la « guerre contre la terreur » ont fait prévaloir les préoccupations sécuritaires sur les libertés, et la raison d'État sur la règle de droit. La zone de non-droit de Guantanamo, les excès du *Patriot Act*, les écoutes téléphoniques, l'affaire des prisons clandestines de la CIA incarnent, aux yeux de l'opinion publique internationale, ce recul du droit aux États-Unis, perçu comme un signe supplémentaire de l'hypocrisie du légalisme américain et source d'un néo-anti-américanisme croissant, particulièrement de la part des Européens.

C'est que, dans l'intervalle, l'Europe politique en construction, dépourvue de véritable conscience stratégique, avait fait du droit, des droits de l'homme, du multilatéralisme et du non-recours à la force ses valeurs fondamentales, sa carte d'identité internationale. Dès lors, l'évolution européenne qui avait favorisé la convergence des modes de régulation économique, sociale et politique en direction du système américain a au contraire abouti, dans les relations internationales, à un véritable divorce transatlantique, fortement médiatisé et porté à

son paroxysme à l'occasion de l'intervention militaire américaine en Irak de 2003.

L'apparent paradoxe que constitue ce chassé-croisé transatlantique dans le rapport au droit et à la force dans les relations internationales – les Européens se convertissant au légalisme au moment où les Américains s'en éloignent – nous invite en dernière analyse à nous interroger sur le contexte historique d'émergence de la problématique du *droit sans l'État*. À quelques années de distance du tournant historique qu'a constitué le 11 septembre 2001, il apparaît clairement que la cause de l'approfondissement de la démocratie par le droit appartient à une période heureuse, mais hélas révolue : celle de l'après-guerre froide au sens large, c'est-à-dire le moment libéral, internationaliste et a-stratégique qui s'est ouvert sur la détente Est-Ouest pour s'achever avec l'effondrement des *Twin Towers* de Manhattan. Cette époque se caractérisait par le discrédit du marxisme et de l'étatisme, le triomphe de la démocratie, de l'économie de marché et du modèle américain, les progrès de l'intégration et de la modernisation européennes, les utopies politiques et technologiques mondialistes de la fin de l'Histoire et de la « nouvelle économie », l'effacement apparent de la géopolitique et de la guerre.

La date symbolique du 11 Septembre marque à cet égard un changement d'ère, caractérisé par le retour des États, de la géopolitique, des préoccupations sécuritaires, des stratégies de puissance, des nationalismes, de la conflictualité internationale, au détriment de l'ordre libéral multilatéral de l'après-guerre. Au-delà de l'émergence du terrorisme islamiste, c'est là le résultat

d'un changement de paradigme international beaucoup plus vaste, issu de la fin de la guerre froide et de la mondialisation [5]. Victimes inaugurales de ce changement, les Américains l'ont perçu beaucoup plus tôt que les Européens, et sans doute y ont-ils aussi en partie contribué, en faisant de la guerre contre le terrorisme la pierre angulaire de leur politique étrangère et de la recomposition du système international.

Dans ce nouveau paradigme, la problématique de l'approfondissement juridique de la démocratie dans les pays occidentaux est devenue une préoccupation secondaire, tel un objet de luxe, sauf à titre d'éternel garde-fou contre la raison d'État [6] et, face à cette évolution du monde, l'angélisme européen sur le plan international apparaît aujourd'hui décalé. Une nouvelle convergence transatlantique s'impose désormais, non plus sur les modes de régulation économique et sociale – elle est largement accomplie –, mais entre le *hardpower* américain et le *softpower* européen dans la gestion des affaires de la planète et la reconstruction d'un ordre international adapté au monde de demain.

Octobre 2007.

Notes du chapitre

[1] ↑ *La métamorphose de la démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1989.

[2] ↑ Voir, par exemple, sur ce thème le dossier intitulé « Droit romain, Common Law : quel droit mondial ? », *Le Débat*, n° 115, Paris, Gallimard, mai-août 2001, ainsi que *L'américanisation du droit français*, Archives de philosophie du droit, t. 45, Paris, Dalloz, 2001.

[3] ↑ Sur cette réaction française à l'évolution libérale des années 1980, dont nous ne sommes pas encore guéris, on se reportera à la préface à l'édition « Folio » de la *Métamorphose de la démocratie* (Paris, Gallimard, 1993), intitulée « La grande régression ». C'est vers cette époque et face à cette régression qu'ayant commencé à m'intéresser aux aspects politiques de la construction européenne, alors négligés en France, je fis évoluer mes préoccupations de l'analyse de la démocratie française vers la défense de la cause européenne elle-même.

[4] ↑ Voir, sur l'état des lieux juridiques et judiciaires en France au début des années 2000, l'ouvrage collectif *Notre Justice* sous la direction de D. Soulez Larivière et H. Dalle (Robert Laffont, 2002).

[5] ↑ Ce changement de paradigme est la matière de mon dernier livre, *Guerre ou Paix. Essai sur le monde de demain* (Paris, Grasset, 2007).

[6] ↑ Voir sur ce thème ma contribution intitulée « Le droit sans les États ? », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, Archives de philosophie du droit, t. 47, Paris, Dalloz, 2003.