

L'INDIVIDU, UN SUJET DE DROIT OU UN ANIMAL SYMBOLIQUE ? MALAISE DANS LE DROIT

JACQUES AMAR*

ABSTRACT. *The individual, a subject of law or a symbolic animal? Discomfort in the law.* How can it be explained that the text concerning the prohibition of religious signs in the public sphere in France can be justified in the name of human rights in France and condemned in the name of human rights at the United Nations? The present article attempts to explain this situation on the basis of the notion of dispute expounded by J. F. Lyotard; it tries to explain the new trends in contemporary law on the basis of the distinction between dispute and litigation.

Key words: *human rights, dispute, criminal law, discrimination, symbol, religion*

Mots clés : *droits de l'homme, différend, symbole, droit pénal, discrimination, religion*

Le moment est venu de considérer l'essence de cette civilisation dont la valeur, en tant que dispensatrice du bonheur, a été révoquée en doute. Nous n'allons pas exiger une formule qui la définisse en peu de mots avant même d'avoir tiré de son examen quelque clarté. Il nous suffira de redire que le terme de civilisation désigne la totalité des œuvres et organisations dont l'institution nous éloigne de l'état animal de nos ancêtres et qui servent à deux fins : la protection de l'homme contre la nature et la réglementation des relations des hommes entre eux.

S. Freud, *Malaise dans la civilisation*

Comment s'articulent deux facettes de l'être humain ? D'un côté l'être humain comme symbole ou animal symbolique pour reprendre l'expression du philosophe E. Cassirer ; de l'autre, l'être humain comme sujet de droit partant du principe que, pour citer le philosophe A. Kojève, « *il est impossible d'étudier la réalité humaine sans se heurter tôt ou tard au phénomène du Droit* »¹.

* Maître de conférences en droit privé HDR, Docteur en sociologie, Université Paris-Dauphine, CR2D
¹ A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Tel Gallimard, 2005, p. 10.

Pour reprendre la définition du philosophe E. Cassirer, la notion de forme symbolique englobe « *toute énergie de l'esprit par laquelle une signification spirituelle est attachée à un signe sensible concret et intimement appropriée à ce signe. En ce sens, le langage, le monde mythico-religieux et l'art se présentent à nous comme autant de formes symboliques particulières* »². Même si elle ne fait pas expressément l'objet d'un traitement particulier, la religion constitue une forme symbolique particulière par sa capacité à influencer toutes les autres comme l'art ou le langage. Le droit, toujours selon l'éminent philosophe, peut être comparé aux mathématiques³ et ne constitue en aucune manière une forme symbolique ; c'est la condition de possibilité de l'émergence des formes symboliques dans une société pour la simple raison qu'il n'y a pas de société sans droit.

Autrement dit, à se limiter à l'analyse juridique, la compréhension de l'individu est foncièrement incomplète. Le sujet de droit revêt une particularité : il relève de la catégorie des personnes par opposition aux choses, ce qui signifie qu'étymologiquement, il se présente en société avec un masque⁴. Ce masque, c'est précisément ce qui recouvre sa dimension symbolique, c'est-à-dire pour reprendre l'une des définitions les plus anciennes du terme symbole, sa dimension religieuse. Dès lors, là où pour reprendre une définition célèbre, « *vouloir dire autre chose que ce que l'on dit, voilà la fonction symbolique* »⁵, la finalité du langage juridique vise au contraire à favoriser l'émergence d'un sens commun à tous.

Or, c'est précisément ce processus qui est aujourd'hui remis en cause en raison de la possibilité contemporaine dont dispose le sujet de droit d'exprimer juridiquement sa dimension symbolique – ou pour reprendre la formulation de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux : *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* (c'est nous qui soulignons).

D'où la situation paradoxale contemporaine : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et plus généralement la Révolution française ont

² E. Cassirer, *La Philosophie des formes symboliques*, T.1, ed. Minuit, 1972, p. 175.

³ Rapp. H. Levy-Bruhl, *Note sur le symbolisme juridique*, L'Année sociologique, Vol. 9 (1957-58), pp. 335-343, spec. p. 336 : « *Les règles de droit étaient regardées par eux un peu à la manière de théorèmes de mathématiques et interprétées avec toute la rigueur de la logique formelle* ».

⁴ Cf A. Mirkovic, *La personne humaine : étude visant à clarifier la situation en droit de l'enfant à naître*, th. Paris 2, 2001.

⁵ P. Ricœur, *De l'Interprétation*, Éd. du Seuil, 1965, p. 25.

conduit très tôt différents auteurs à penser l'émergence du sujet de droit comme une entreprise de désymbolisation, c'est-à-dire comme un processus qui a pour finalité de l'affranchir des dimensions polysémiques du symbole pour faire émerger un langage commun, le langage propre à la sphère juridique⁶. Or, c'est précisément au nom des Droits de l'homme dans leur nouvelle rédaction, - en l'occurrence la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux promulguée en 1950 dans le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 que vient à présent se greffer la qualité d'animal symbolique du sujet de droit. Pour ne prendre qu'un exemple de ce paradoxe : c'est au nom des droits de l'homme version 1789 que le Conseil constitutionnel estime conforme à la Constitution l'interdiction des signes ostentatoires dans l'espace public⁷ ; c'est au nom des droits de l'homme version 1948 que cette même interdiction est jugée constitutive d'une discrimination à l'égard d'une partie de la population française⁸.

Le présent article se veut une tentative d'explication de ce paradoxe. Pour cela, il exposera dans un premier temps les différences substantielles existant entre les deux textes en matière de droits de l'homme (I) pour décrire dans un second temps les conséquences de la juridicisation de la qualité d'animal symbolique du sujet de droit dans la sphère juridique à partir de la distinction du philosophe J.-F. Lyotard entre litige et différend (II).

I. Des différences substantielles entre les textes relatifs aux droits de l'homme ou l'émergence de l'animal symbolique dans la sphère publique

Parler des droits de l'homme sans distinguer les textes les uns des autres revient à donner l'impression qu'ils contiennent des dispositions similaires. Or, la comparaison des textes, en l'occurrence celui de 1789 et celui de 1948 révèle des différences substantielles à propos de la place de la religion dans la sphère publique, différences accentuées par les textes adoptés dans le prolongement de la Déclaration de 1948.

⁶ Cf. notamment M. Chassan, *Essai sur la symbolique du droit*, 1847, p. 479, disponible sur www.gallica.fr *Le Droit le plus fécond en représentations symboliques est celui qui parle le plus vivement à l'imagination, qui se prête le mieux aux inspirations de la poésie; mais ce n'est pas assurément celui qui est le plus à l'abri de la critique et qu'on doit le plus affectionner dans l'intérêt des destinées humaines.*

⁷ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

⁸ Constatations adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre de l'article 5 (par. 4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 2662/2015.

En premier lieu, plusieurs articles de la Déclaration de 1948 portent sur la religion. Comparativement, hormis la référence à l'Être suprême dans celle de 1789, le principe d'égalité fondé sans distinction de religion ou de race n'apparaît en droit français qu'en 1946. La Déclaration de 1948 introduit cependant une perspective différente :

- article 2 : impossibilité de distinguer les situations en tenant compte notamment de la religion : « *Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamées dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ». Nous trouvons ici mention de la religion au même titre que d'autres éléments objectifs comme la race ou subjectif comme l'opinion. Il n'est cependant pas certain que la religion soit réductible à une simple opinion – ou du moins, concevoir la religion comme une opinion revient à estimer que le processus de sécularisation qu'aurait connu le XX^{ème} siècle a abouti à réduire la religion à une simple croyance. D'une part, notre époque atteste du contraire ; d'autre part, les religions du Livre, judaïsme, christianisme et islam, parce qu'elles disposent toutes d'un corpus de règles autonomes sont autant de modes de contestation de l'ordre juridique.

- l'article 16 consacre le droit de se marier abstraction faite des restrictions pouvant être édictées par la religion - « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ».

- l'article 18 est le plus novateur : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites* ». Nous soulignerons dès maintenant le principe de la reconnaissance de la liberté de manifester sa religion en public, en rupture complète avec la conception française de la laïcité. L'homme de la Déclaration universelle peut donc être un homme religieux.

En second lieu, ces articles s'inscrivent en outre dans une logique nouvelle : l'homme est détaché de la citoyenneté, ce qui signifie que ses droits ne sont pas dépendants de l'Etat dans lequel il se situe. D'ailleurs, le mot Etat est quasi-absent de ce texte alors même que la Déclaration repose, par nature, comme tout texte international, sur la signature des Etats. Nous pouvons donc déjà relever que la différence sémantique est loin d'être neutre comme l'illustre à notre époque le mouvement « no borders » en faveur de la liberté de migrer et par extension de l'abolition des frontières. Comme l'écrit un auteur : « *Citizenship is fundamentally*

a western political and legal concept ; it is also a concept relevant specifically to a national polity. By contrast human rights have been, since their formal proclamation in 1948, promoted as universal rights»⁹. Les droits de l'homme deviennent donc intrinsèquement une machine à contester les règles étatiques. Il s'opère ici un renversement des perspectives : les individus sont les destinataires des droits par-delà les prérogatives étatiques et ces individus se caractérisent par leur religion dont ils peuvent se prévaloir dans l'espace public.

En dernier lieu, les droits reconnus par la Déclaration de 1948 ont une particularité : ils sont fondamentaux - Considérant *que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme*. En outre, les droits se voient complétés par des libertés fondamentales. Le point est important car il se retrouve dans le texte de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Schématiquement, l'exercice du droit de pratiquer sa religion est la conséquence de la liberté fondamentale inhérente à l'individu de disposer d'une religion.

Nous disposons ici du fondement de la possibilité pour un individu d'estimer que l'atteinte à ses prétentions religieuses constitue une violation d'un des droits dont il dispose en raison de sa qualité d'homme. Les textes adoptés dans le prolongement de la Déclaration de 1948 accentuent le lien entre droits de l'homme et religion et par extension atténuent le processus de dé-symbolisation du droit à l'origine de la constitution du sujet de droit.

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons déjà reproduit l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui se veut le décalque régional de la Déclaration de 1948 afin d'en rendre les principes effectifs. Les autres déclarations régionales confirment plus radicalement la consécration de la qualité d'animal symbolique de l'individu au détriment de celle de sujet de droit.

S'agissant de la Charte africaine des droits de l'homme ratifiée le 27 juin 1981, elle mentionne bien évidemment la Déclaration universelle de 1948 mais précise qu'il faut tenir compte « *des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples* ». Ce faisant, elle réduit de jure la dimension universelle du texte ; elle justifie une atténuation des droits reconnus en fonction du lieu de leur exercice. Compte tenu du fait que toute société est marquée par le fait religieux, on peut légitimement lire ce texte comme une introduction de la religion dans la prise en compte de l'appréciation de la légitimité des droits de l'homme. Le renversement est ici complet.

⁹ B. S. Turner, *Global sociology and the nature of rights*, Societies Without Borders 1, 2009, p. 41–52.

S'agissant de la Charte arabe des droits de l'homme rédigée sous l'égide de la ligue arabe en 1994, le préambule concilie dans un même mouvement Déclaration universelle et prééminence de l'Islam : « *Proclamant de la foi de la nation arabe dans la dignité humaine, depuis que Dieu a privilégié cette nation en faisant du monde arabe le berceau des révélations divines et le lieu des civilisations qui ont insisté sur son droit à une vie digne en appliquant des principes de liberté, de justice et de paix ; Concrétisant les principes éternels définis par le droit musulman et par les autres religions divines sur la fraternité et l'égalité entre les hommes* ».

Dans ce cadre, invoquer indistinctement les droits de l'homme comme s'il y avait un consensus terminologique sur le sujet revient pour le locuteur à projeter aussi bien sa conception du droit que celle qu'il se fait de l'universel. Le problème n'est plus, comme dans la critique classique formulée par Joseph de Maistre, de se demander s'il est cohérent d'envisager une humanité unifiée alors que n'existeraient que des Français ou des Allemands ; il porte à présent sur la fragmentation textuelle de l'humanité au nom de l'universel ou sur l'identité singulière de l'homme pris en tant qu'animal symbolique.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, entré en vigueur, ratifié par la France le 4 novembre 1980 confortent cette approche. Dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques, la religion intervient à trois niveaux distincts :

- interdiction des discriminations sur la religion de l'individu ;
- affirmation du droit de pratiquer sa religion si ce n'est que ce droit, - en complément à ce qui était mentionné dans la Déclaration universelle ? – est nuancé – art. 18 : 2. « *Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.* 3. *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.*

4. *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions* ».

- consécration du droit des minorités ethniques ou religieuses – art. 27 : « *Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue* ». C'est une nouveauté car nous passons d'une logique individuelle à une logique collective davantage conforme à l'appréhension de l'individu comme animal symbolique. Dans la logique de 1789, les Droits de l'homme comme les textes qui seront adoptés par les

révolutionnaires visent à affranchir l'homme de la tutelle des religions ; **dans la logique post-1948, l'identité de l'individu peut dépendre de son appartenance à une communauté religieuse.**

Pour bien mesurer cette prise en compte de la religion comme élément constitutif de l'identité de l'individu au titre des droits de l'homme, il est intéressant de retracer l'historique de la Convention sur les droits de l'enfant. En 1924 : nulle mention de la religion de l'enfant ; en 1959 : seule est mentionnée l'interdiction des discriminations envers les enfants fondées sur la religion ; en 1989 : la religion est consacrée dans les trois niveaux déjà identifiés dans le pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 : principe de non-discrimination, droit de pratiquer sa religion, droit des minorités religieuses. Ce texte est suivi par une Déclaration mondiale sur l'éducation pour tous adoptée le 9 mars 1990 par 155 pays publié par l'Unesco dans laquelle sont mentionnés les principes suivants : principe de tolérance à l'égard des religions différentes de la sienne ; implication des organismes religieux dans l'éducation.

Non seulement l'homme est défini par sa dimension religieuse mais il est aussi reconnu qu'il est en droit de la conserver et de la développer. Pour reprendre le paradoxe à l'origine du présent développement, les signes ostentatoires peuvent être interdits sur le fondement du texte de 1789 et cette même interdiction peut être contestée sur le fondement du texte de 1948 et de ses prolongements ; là où le premier texte légitime la désymbolisation pour privilégier le sujet de droit, le second discrédite ce processus pour légitimer l'animal symbolique dans la société. Ce mouvement porte en lui le ferment d'une déstabilisation profonde de l'ordre juridique.

II. Des conséquences profondes sur l'ordre juridique des dites différences ou l'émergence du différend dans la sphère publique

La situation est la suivante : un même ordre juridique voit cohabiter en son sein deux injonctions contradictoires sur le fondement de textes distincts qui revendiquent une inspiration commune. A ce stade, la contradiction vire à l'antinomie, c'est-à-dire dans son acception commune, une opposition entre deux propositions, deux concepts, à l'instar de l'antinomie entre foi et savoir, ce qui dans le cas présent peut être traduit par l'antinomie entre sujet de droit et animal symbolique. A la différence toutefois de l'antinomie entre foi et savoir située au cœur de l'individu, celle ici exposée entre sujet de droit et animal symbolique concerne à présent la vie publique de l'individu. Ce basculement, loin d'être neutre, contribue à transformer, pour reprendre la terminologie du philosophe J. -F. Lyotard les litiges en différend et porte en lui de profonds bouleversements dans l'ordre juridique.

Au préalable, rappelons la distinction élaborée par Lyotard et montrons pourquoi elle est adéquate pour rendre compte de notre situation présente. Pour cet auteur, « *à la différence d'un litige, un différend serait un cas de conflit entre deux*

parties (au moins) qui ne pourrait pas être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations»¹⁰. Et même si le philosophe ne mentionne pas la Déclaration de 1948, force est de reconnaître qu'il avait parfaitement saisi l'ambivalence de la Déclaration de 1789 : « le clivage du destinataire de la Déclaration en deux entités, nation française et être humain, correspond à l'équivocité de la phrase déclarative : elle présente un univers philosophique et coprésente un univers historico-politique. ... Désormais, on ne saura plus si la loi ainsi déclarée est française ou humaine, si la guerre menée est de conquête ou d'émancipation... La confusion permise par les Constituants et promise à se propager à travers le monde historico-politique fera de tout conflit national ou international un différend insoluble sur la légitimité de l'autorité »¹¹.

J.-F. Lyotard éclaire ainsi la tension permanente qui structure ce texte dans le champ politique. Son déplacement dans le champ juridique avec, depuis 1948, l'ajout du champ lexical de l'universel transpose à l'identique cette tension. C'est en cela que le litige devient différend : les personnes convaincues de leur bon droit ne peuvent admettre la décision qui les condamne. Une personne qui inscrit son action en justice dans une logique d'expression de l'identité religieuse se réfère à un ordre transcendant peu compatible avec sa manifestation mondaine. Elle dispose en outre à présent pour légitimer son action des différents textes précédemment mentionnés pour en plus trouver un argumentaire qui ne se limite plus à la seule invocation de la norme religieuse. La société du différend, c'est un peu comme si le juge devait trancher en permanence le conflit entre Antigone et Créon, soit la hantise de Hegel lorsqu'il commente dans « *La phénoménologie de l'esprit* » la pièce de théâtre de Sophocle.

Pour continuer à exploiter la terminologie de Lyotard, la post-modernité commence quand les droits de l'homme quittent le champ politique pour le champ juridique, perdent leur statut de « grand récit » pour devenir des règles apparemment comme les autres. Tant que les textes étaient hors du champ juridictionnel, ils alimentaient « le grand récit » par l'ambigüité politique sus-rappelée; une fois dans le champ contentieux, ils ne sont plus que l'expression de la privatisation des intérêts du plaignant qui se drape dans sa dignité pour justifier son action en justice et étend les conditions d'appréciation de la recevabilité de son intérêt à agir. Cette privatisation des intérêts, c'est la possibilité pour l'individu d'obtenir la reconnaissance de sa qualité d'animal symbolique.

Les conséquences qui en découlent sont de trois types : une modification de l'équilibre entre la sphère politique et la sphère juridique ; une substitution du principe d'égalité par le principe de non-discrimination ; un recours accru au droit pénal pour trancher tous les types de conflit.

¹⁰ J.-F. Lyotard, *Le différend*, ed. Minuit, 1983, p. 9.

¹¹ Idem p. 212.

Première conséquence, la question religieuse liée à la manifestation des symboles n'est plus une question politique dont la résolution dépend de la majorité en place mais une question juridique dont la solution dépend d'une analyse juridique dont la solution sera nécessairement contestée et contestable. C'est la différence majeure avec les époques précédentes : effectivement, de tous temps, des personnes de cultures différentes ont vécu sur un même territoire¹². Pour autant, la réflexion sur le vivre-ensemble n'a jamais porté sur la possibilité pour les minoritaires de revendiquer leurs différences. La revendication était politique et donnait lieu à une réponse politique. C'est du moins comme cela que les religions en Europe se sont structurées jusque dans les années 1980. L'émergence d'une société multiculturelle n'est donc pas dissociable du cadre juridique dans lequel s'expriment juridiquement les revendications individuelles ou collectives. Et dans ce cadre juridique, le pouvoir politique n'est plus assuré d'avoir raison.

Deuxième conséquence, dans une dynamique de reconnaissance de la qualité d'animal symbolique du sujet de droit, le principe de non-discrimination se substitue à celui d'égalité. Le principe de non-discrimination est devenu un critère général d'appréciation des comportements comme si toute distinction était devenue illégitime, par delà les critères posés par les textes. La sanction peut porter sur la discrimination directe, c'est-à-dire celle qui est expressément formulée comme un refus d'emploi fondée expressément sur un motif raciste, mais également de discrimination indirecte, c'est-à-dire celle qu'il faut déceler en dépit d'un traitement apparemment égalitaire, une différence de traitement fondée sur un critère illégitime. Puis, le juriste a appris en quelques années à identifier les discriminations à rebours – cas où la personne ne rentre pas dans la situation qui lui permettrait de se prévaloir du principe de non-discrimination – mais aussi les discriminations par ricochet – cas où une personne est victime par exemple d'une mesure de licenciement en raison de l'adhésion de son conjoint à une secte¹³. De façon structurante ressurgit régulièrement dans le débat politique la proposition d'introduire en droit positif le principe de discrimination positive de façon à favoriser ce qui, pour des raisons sociologiques, partiraient dans certaines situations avec un désavantage au regard de la majorité. Ainsi, la discrimination non seulement combat les distinctions nécessaires à l'application du principe d'égalité mais également l'idée même d'égalité.

¹² Cf M. Doytcheva, *Le multiculturalisme*, La Découverte, 2011. Présentation : « *Depuis l'Antiquité, la réflexion sur le politique a été une interrogation sur le vivre-ensemble : comment faire société, comment concilier unité et pluralité des valeurs et des cultures ? Faut-il araser ou consacrer les différences ?* »

¹³ S. Detraz, *La discrimination « par ricochet » : un aspect latent du délit de discrimination*, Droit pénal, juin 2008, étude 10.

Dans ce cadre, tout n'est que question de lutte contre les discriminations. Le changement de vocable illustre la différence avec la logique d'égalité qui s'inscrit, elle, dans un combat pour l'égalité (c'est nous qui soulignons). Par exemple, si tout le monde est traité à égalité, comme par exemple à travers la loi sur l'interdiction des insignes religieux dans les établissements scolaires, est-ce que ce n'est pas une discrimination indirecte à l'encontre de celles et ceux qui ne participent pas de la culture dominante ? Le principe d'égalité, bras armé de l'émancipation dans la conception républicaine française, est ici contesté au nom de ce qu'il combat : le maintien de sa différence individuelle envers et contre tous.

Bref, là où le principe d'égalité porte sur les individus en tant que personnes et maintient le masque de la vie sociale, le principe de non-discrimination a pour objet l'identité des individus par delà leur qualité de personnes pour faciliter la vie communautaire. **A ce stade, le communautarisme, c'est quand l'animal symbolique se confond avec le sujet de droit.**

Troisième conséquence, un contentieux au sein duquel le droit pénal prend une place prépondérante. A l'aune de la référence à Lyotard, cela n'a rien d'incongru : son analyse du différend part précisément d'une situation – le procès du révisionniste Faurisson – où les règles du procès classique sont en permanence contestées par la personne poursuivie. Ce point rappelé, le Code pénal de 1810 faisait partie de l'héritage législatif le plus stable depuis la Révolution française ; il n'a quasiment pas été modifié jusqu'à la seconde guerre mondiale. Sur la période 1994-2018, ce ne sont pas moins d'environ 250 textes de lois qui ont été adoptés en la matière. En outre, les textes adoptés dans les autres matières contiennent bien souvent de nombreuses dispositions pénales. Le simple reflet quantitatif du droit pénal permet donc de conclure à une recomposition des valeurs de la société française. Nous pensons que la corrélation droit pénal/droits de l'homme constitue un facteur explicatif déterminant de cette augmentation du droit pénal.

En effet, comme il n'est pas possible pour un Etat d'admettre une discrimination – comme dit la Déclaration universelle, l'Etat doit protéger contre toute provocation à la discrimination – l'extension du principe de non-discrimination a nécessairement pour corollaire un versant pénal. Plus le domaine de la lutte contre les discriminations s'étend, plus se multiplient les infractions. Qui plus est, la ré-articulation de l'ensemble des prétentions en termes de droits de l'homme a contribué à l'émergence dans le discours politique et dans les mots utilisés dans les lois adoptées, un droit à la sécurité qui serait la traduction contemporaine du droit à la sûreté de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (art. 2). Il n'y aurait donc pas ici un mouvement de « *frénésie sécuritaire* » mais l'expression de l'influence des droits de l'homme sur la société, voire une modalité de la dynamique juridique enclenchée par la référence aux droits de l'homme.

Nous pouvons mettre cette évolution en parallèle à celle décrite récemment par un auteur d'une transformation de l'Etat social à l'Etat pénal¹⁴. Lier démocratie et répression, ou plutôt nécessité de penser différemment la répression, participe de la logique même du travail de Tocqueville : il part en Amérique pour étudier le système pénitentiaire, à la suite de quoi, il écrit « De la démocratie en Amérique ». A ce titre, Tocqueville soulignait que « *la législation civile et criminelle des Américains ne connaît que deux moyens d'action : la prison ou le cautionnement. Le premier acte d'une procédure consiste à obtenir caution du défendeur, ou, s'il refuse, à le faire incarcérer ; on discute ensuite la validité du titre ou la gravité des charges. Il est évident qu'une pareille législation est dirigée contre le pauvre, et ne favorise que le riche* ». Pour Tocqueville, cette législation qu'il imputait à l'héritage britannique, contredisait l'esprit démocratique américain. En même temps, subtil, il notait quelques phrases plus loin : « *Les lois civiles ne sont familières qu'aux légistes, c'est-à-dire à ceux qui ont un intérêt direct à les maintenir telles qu'elles sont, bonnes ou mauvaises, par la raison qu'ils les savent. Le gros de la nation les connaît à peine; il ne les voit agir que dans des cas particuliers, n'en saisit que difficilement la tendance, et s'y soumet sans y songer* »¹⁵. Il y a donc bien dès l'origine un danger peut-être plus grave que la fameuse « *tyrannie de la majorité* » : le recours systématique au droit pénal pour trancher les affaires quotidiennes.

Le débat sur la légalisation de l'avortement peut constituer ici un exemple type. Le Conseil constitutionnel a refusé de censurer la loi sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789¹⁶. Les opposants ont continué de manifester leur opposition. En 1993, le législateur adopte une norme pénale pour mettre fin au débat impossible et réprimer les manifestations des opposants dans les hôpitaux pratiquant les avortements : le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse. Ces conceptions antagonistes renvoient, à présent, de façon récurrente, aux différences de logique entre la Déclaration de 1789 et celle de la Déclaration de 1948. Faute de pouvoir arbitrer, le législateur adopte une norme pénale qui fixe les positions à un moment donné tout en sachant parfaitement que la solution adoptée n'est peut-être que transitoire.

Le lien entre droit pénal et droits de l'homme peut ainsi être formalisé comme suit : d'une part, le droit pénal est parfaitement conforme aux valeurs libérales en raison du principe de responsabilité personnelle ; d'autre part, dans un procès civil, chacune des parties à un procès estime être dans son bon droit en raison du processus d'auto-justification propre à l'argumentation fondée sur les droits de

¹⁴ Pour une synthèse, L. D. Wacquant, *The Penalization of Poverty and the Rise of Neoliberalism.*" European Journal on Criminal Policy and Research, special issue on Criminal Justice and Social Policy, 9-4, 2001, 401-412.

¹⁵ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, T. I., p. 62, disponible en ligne.

¹⁶ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.

l'homme. Dans un procès pénal, le problème n'est plus de savoir qui a raison mais d'identifier un éventuel responsable en fonction d'une nouvelle dichotomie : la position de victime et celle de coupable. Bref, l'une des meilleures façons pour un individu de démontrer qu'il a raison, c'est de faire condamner l'autre par l'Etat.

Le droit pénal est l'incarnation de la dimension universelle des droits de l'homme, c'est-à-dire le principe de légitimité qui s'est substitué à la légitimité religieuse¹⁷. N'est-ce pas en effet le droit pénal non distinguable du droit civil qui caractérise une législation d'inspiration religieuse avec son échelle de châtiments corporels ? Historiquement d'ailleurs, le mouvement des Lumières a pour figure centrale le juriste Beccaria, auteur du traité *Des délits et des peines*. La structure même du droit pénal avec son échelle des peines fondée sur l'idée de réhabilitation du délinquant caractérise la norme détachée de la religion – il n'y a pas de prédestination dans le droit pénal. Il est donc logique que cette norme soit le référent de la lutte contre les pratiques religieuses. Face à l'impossibilité de voir les parties à un conflit s'accorder sur une question portant sur un symbole, le droit pénal oppose un système binaire : la personne est soit coupable, soit victime. **En somme, le droit pénal, c'est ce qui reste du sujet de droit quand l'animal symbolique devient sa qualité principale.**

Dans son ouvrage, *La philosophie des Lumières*, le philosophe E. Cassirer écrit, « le droit possède, comme la mathématique, sa structure objective que l'arbitraire ne saurait changer »¹⁸. Pas sûr que ce constat soit toujours pertinent pour rendre compte des mutations contemporaines : la survalorisation du symbole comme le fait que celui-ci ne renvoie pas forcément au même sens pour l'ensemble de la population rend urgent la réflexion sur un autre modèle juridique¹⁹.

¹⁷ Cf. sur cette présentation dont nous ne partageons que l'expression, M. Gauchet, *Du bon usage des droits de l'homme*, Le Débat, n° 153, 2009, p. 163-168.

¹⁸ E. Cassirer, *La philosophie des Lumières*, Fayard, 1976, p. 247.

¹⁹ Cf J.-J. Sarfati, *Redonner sens au mot « droit »*, Connaissances et savoirs, 2017.