L'acteur et le droit : du comédien au stratège

Alexandre Flückiger

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ress/645>

DOI : 10.4000/ress.645

ISSN : 1663-4446

Éditeur

Librairie Droz

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2001

Pagination : 15-30

ISBN : 2-600-00663-X

ISSN : 0048-8046

Référence électronique

Alexandre Flückiger, « L'acteur et le droit : du comédien au stratège », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XXXIX-121 | 2001, mis en ligne le 11 décembre 2009, consulté le 19 avril 2019.

URL : <http://journals.openedition.org/ress/645> ; DOI : 10.4000/ress.645

Alexandre FLÜCKIGER

L'ACTEUR ET LE DROIT : DU COMÉDIEN AU STRATÈGE

1. PRÉLUDE : LES SENS D'UN TERME

Le terme latin d'*actor*, à la source du mot acteur, confère à ce dernier deux sens principaux : le « comédien » chez Plaute, et l'« agent » d'une action¹. J'aimerais profiter de ces deux dimensions pour examiner la place que prend l'acteur dans le système juridique. Traditionnellement, l'accent a été mis par les auteurs s'étant exprimé sur le sujet qui sur l'aspect stratégique, qui sur le pôle spectaculaire. Or ces deux dimensions ne sont pas exclusives ; elles coexistent de manière dialogique, comme Kerchove et Ost l'ont montré². Il n'en ira pas autrement de ma démonstration. Cette polysémie va me fournir le prétexte de démontrer l'articulation entre un droit mettant en scène un conflit – où les acteurs jouent les rôles de *comédiens* – à un droit utilisé dans une perspective instrumentale pour diriger une politique publique – où les acteurs incarnent des *agents* et, plus récemment, des *stratèges* de la mise en œuvre des desseins de l'Etat de droit.

2. L'ACTEUR COMÉDIEN

2.1. Théâtre, justice et politique

L'acteur est d'abord un comédien, disais-je. Cette qualification, dans sa nudité, paraît de prime abord plutôt inconvenante : le monde de la justice ne serait-il qu'une comédie ? Loin de moi l'idée d'assimiler le droit à une farce ; je vais au contraire tenter de démontrer qu'en droit l'acteur doit assumer sa part de représentation, de « comédie » (et non de bouffonnerie) afin de garantir l'exercice du jeu démocratique et d'assurer le respect des droits fondamentaux des sujets de droit.

Le droit, comme le théâtre, a ses lieux de représentation : *« Pas plus qu'un acteur n'est Hamlet, le juge n'est la justice. Et pas plus que la pièce « Hamlet » n'est un événement réel, le procès ni son issue n'est la justice : ce n'en est que la*

¹ Rey, Alain (dir.), *Le Robert : Dictionnaire historique de la langue française*, Paris 1992. Ces deux éléments se retrouvent d'ailleurs dans la définition du *jeu* : selon Huizinga, « le jeu est une lutte pour quelque chose, ou une représentation de quelque chose » (Huizinga, J., *Homo ludens*, p. 35 ; cit. in : Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 125).

² Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 134ss.

représentation. C'est ce en quoi consiste le droit, comme ensemble d'acteurs -une corporation, celle des juristes- disant un texte.»³ Toutes les sources du droit moderne sont couronnées par une instance symbolique⁴: le procès pour la jurisprudence, le parlement pour la loi, voire même les cérémoniaux de la vie académique pour la doctrine – pour ceux qui qualifieraient celle-ci de source (au sens large) du droit. La justice serait-elle du théâtre? Les analogies foisonnent⁵. Il y a en effet dans le théâtre comme dans la justice des *personnages* (sujets de droit) derrière les personnes, qui *interprètent* sur la scène du droit un *rôle* conféré et réglé par un texte auquel ils sont tenus, (re)jouant une *représentation* du conflit entre demandeur et défendeur, entre victime et bourreau, *mis en scène* par une procédure, dans des *costumes* et un *décor* rituels (robes et Palais), devant des *spectateurs*, en respectant les *trois règles du théâtre classique* de l'unité de lieu (salle d'audience), de temps (le procès se joue d'un seul trait de son ouverture au jugement) et d'action (une seule action est jugée), ses *trois coups* (marteau ou sonnette, lever des spectateurs, procession des juges – dramatisation de l'entrée en scène du juge). Même sans avocats, les parties *se* représentent dans un rôle. Le juge, en dernier lieu, représente la loi. On retrouve les parties – devenus partis – dans une autre arène du droit, creuset de la loi: le *parlement*, dont les acteurs, politiques, se distinguent des tribunaux ordinaires par le seul respect d'un texte juridique qui leur laisse une plus grande marge de manœuvre, la Constitution. Enfin, les *universités* sont pleines d'*amphithéâtres*, avec des professeurs qui, en France jusqu'en 1968, portaient parfois encore la robe⁶.

Des acteurs, un texte, des spectateurs. L'analogie entre justice et théâtre est troublante. Certains l'ont poussée plus loin encore. Pour Gérard Soulier, «*il y a un ensemble de choses qui font penser que le théâtre et la justice se jouent en effet dans les mêmes conditions, dans un même espace, qui est un espace sacré. [...] Il faut toujours revenir, à un moment donné, à la fonction fondamentale et originelle du théâtre et à celle de la justice, et redécouvrir une proximité qui n'est pas une simple analogie.*»⁷ Les débats, qu'ils soient judiciaires ou parlementaires, sont un combat d'opinions qui se déroule dans un espace symbolique commun. Cet espace, c'est l'*agôn* grec – le combat entre athlètes devenu joute oratoire – «*qui est une rationalisation de la violence dans un cadre institué*» à l'opposé du *polémos*, «*la guerre, l'affrontement direct de forces dont tout code est absent.*»⁸ Or, le théâtre grec, la tragédie, sont intimement liés à l'*agôn*⁹: «*il faut bien voir, dit Jean-Pierre Vincent, que le théâtre grec, ce n'est pas parler, c'est débattre. Il n'y a pas de scènes d'amour dans le théâtre grec. Il ne s'agit que de débats entre individus*

³ Pierre Moor, «Le droit comme mise en scène», *Revue européenne des sciences sociales*, 1999, p. 132.

⁴ Antoine Garapon, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 204.

⁵ Laurent Bove (dir.), *Théâtre et justice*, Paris, 1991, p. 20ss et 27ss; Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 130s et réf. cit.; Garapon, Antoine, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 93ss (notamment); Pierre Moor, «Le droit comme mise en scène», *Revue européenne des sciences sociales*, 1999, p. 131ss.

⁶ Antoine Garapon, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 71.

⁷ Laurent Bove (dir.), *Théâtre et justice*, Paris, 1991, p. 27ss.

⁸ Antoine Garapon, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 142.

⁹ Jacqueline Duchemin, *L'Agôn dans la tragédie grecque*, 2e éd., Paris, 1968.

autour de la violence fondamentale.»¹⁰ L'agôn se retrouve chez Aristote tant pour parler du théâtre que de la politique¹¹. La parenté entre procès et théâtre est ainsi profondément ancrée¹².

L'analogie peut être continuée avec une autre notion, la *mimesis* (imitation). Aristote, à la différence de Platon qui craignait une propagation de la violence, voit dans l'imitation à l'œuvre au théâtre la possibilité de purger les spectateurs de leurs pulsions (*catharsis*), fournissant l'occasion aux protagonistes de décharger leurs émotions en revivant leur conflit dans l'imaginaire de la représentation : «*La tragédie est [...] cette imitation, réalisée par des personnages en action et non au moyen d'un récit, en suscitant la pitié et la crainte, [qui] opère la purgation (catharsis) propre à de telles émotions.*»¹³ Or, le procès, plus particulièrement le procès pénal, est l'instance typique pariant sur ce type d'effet. La violence est représentée. Le crime ou le conflit sont répétés par l'entremise du langage. Selon Antoine Garapon, «*le rituel judiciaire est [...] autant une répression de la pulsion cruelle que sa réalisation partielle. La catharsis du procès, c'est-à-dire la purification de la pulsion par le spectacle, est à cette condition. Elle est d'autant plus puissante que l'action qui se déroule est réelle.*»¹⁴ [...] *Le procès est une domestication de la violence par le rite. Il annule la violence sauvage par un spectacle cathartique rendu possible grâce à l'effet de dissimulation du rituel. Ce spectacle de la violence médiatisée par la parole est indissolublement lié au spectacle de la résorption de la violence.*»¹⁵ Pour Gérard Soulier, «*la fonction de la justice, en profondeur, c'est de rétablir la paix après qu'on aura, dans l'instance, purgé les passions. Comme au théâtre joue la catharsis. Elle a pour objet de rétablir la paix sociale, et celle-ci ne se rétablit que parce qu'on a rejoué la scène. C'est cette idée-là qui est aussi fondamentale dans le théâtre que dans la justice.*»¹⁶ L'arène du droit permet donc de convertir la violence à la source du conflit en évitant que la plainte de la victime ou du créancier ne dégénère en vengeance privée appelant à son tour de nouvelles vengeances en un cercle vicieusement déstabilisateur de l'ordre public.

En outre, il faut être conscient que le système juridique, en tant qu'expression d'un pouvoir, va user de la théâtralité dans un but d'assujettissement : «*Tout pouvoir politique obtient finalement la subordination par le moyen de la théâtralité, plus apparente dans certaines sociétés que dans d'autres. Il représente, dans toutes les acceptions du terme, la société qu'il gouverne. Il se montre comme une émanation, il en assure la présentation à l'extérieur, il lui renvoie une image d'elle-même idéalisée et donc acceptable. Mais la représentation implique la séparation, la distance ; elle établit des hiérarchies.*»¹⁷

¹⁰ Laurent Bove (dir.), *Théâtre et justice*, Paris, 1991, p. 21.

¹¹ *Ibidem*, p. 27 (intervention de Gérard Soulier).

¹² Antoine Garapon, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 146.

¹³ Aristote, *Poétique*, ch. VI, traduction de O. Belvenne et S. Auffret, Paris, 1997.

¹⁴ Antoine Garapon, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 220.

¹⁵ *Ibidem*, p. 277 (voir ég. p. 145).

¹⁶ Laurent Bove (dir.), *Théâtre et justice*, Paris, 1991, p. 29. Voir ég. Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 156, note 1.

¹⁷ Georges Balandier, *Le Pouvoir sur scènes*, Paris, 1980, p. 23, cité in : Garapon, Antoine, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 114.

Enfin, la figure centrale de l'acteur juridique, le *sujet de droit*, peut derechef se comprendre en analogie avec le théâtre. La personne juridique (le sujet de droit) découle en droit fil des notions théâtrales du «masque» – sens premier du mot latin *persona*¹⁸ – renvoyant au rôle joué, donc au *personnage*, personne fictive mise en action dans un ouvrage dramatique, sur «*cette scène qu'est le droit, où chacun reçoit un rôle à remplir en fonction du bien dont il réclame la reconnaissance ou le maintien*» comme Jean-Marc Trigeaud le souligne¹⁹. Pour Christophe Grzegorzczuk, «*le sujet de droit n'est donc pas «quelque chose» que l'on puisse trouver dans la réalité physique, il n'existe qu'en tant que manière de voir juridiquement cette réalité. Il a le même statut conceptuel qu'une figure d'un jeu (par exemple, le roi aux échecs): sa seule définition passe par un ensemble de postulats précisant son fonctionnement au sein de ce jeu même, en dehors duquel il n'est que morceau de matière (ou pur symbole logique, car certains jeux peuvent se jouer sans aucun support matériel).*»²⁰ Que l'on songe à des choses qui sont des sujets de droit (par exemple la fondation, personnalité juridique conférée à des biens, ou les animaux auxquels on faisait procès au Moyen Âge) ou à des personnes à qui la qualité de sujet a été refusée par le passé (comme les esclaves ou les morts civils qu'ont été le lépreux ou la prostituée par exemple). Paraphrasant en quelque sorte Simone de Beauvoir dans *Le Deuxième Sexe* («on ne naît pas femme, on le devient»), Christophe Grzegorzczuk écrit que «*les sujets de droit n'existent qu'en droit, ils possèdent une existence institutionnelle, propre et irréductible aux êtres qui peuvent leur servir de support physique. On peut les créer ou les annihiler («abroger leur existence») à volonté, mais à condition de suivre certaines règles d'interprétation de la réalité, reconnues officiellement comme juridique. On n'est pas un sujet de droit en vertu de certaines propriétés intrinsèques, on le devient par l'opération de cette interprétation juridique, qui a pour effet qu'on existe en tant que sujet de droit*»²¹, reprenant une réflexion de Michel Virally pour qui «*l'individu humain n'est pas nécessairement sujet de droit. Il le devient, et il ne bénéficie de cette qualité que si elle lui a été attribuée par le droit positif, lequel peut en subordonner l'attribution aux conditions qu'il définit lui-même*»²². Antoine Garapon, dans une brillante analyse du *Procès* de Franz Kafka, montre que ce roman est envahi de «non-sujets»: «*Sans Loi, le sujet ne peut exister: il est réduit à n'être qu'une abstraction, un sujet non encore né.*»²³ J'y reviendrai.

¹⁸ Jean-Marc Trigeaud, «La personne», in: *Archives de philosophie du droit*, tome 34, Paris, 1989, p. 107; Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 25.

¹⁹ Jean-Marc Trigeaud, «La personne», in: *Archives de philosophie du droit*, tome 34, Paris, 1989, p. 107. On trouvera d'autres références in: Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 130s.

²⁰ Christophe Grzegorzczuk, «Le sujet de droit: trois hypostases», in: *Archives de philosophie du droit*, tome 34, Paris, 1989, p. 22.

²¹ *Ibidem*, p. 22.

²² Michel Virally, *La pensée juridique*, Paris, 1960, p. 121, cité in: Christophe Grzegorzczuk, «Le sujet de droit: trois hypostases», in: *Archives de philosophie du droit*, tome 34, Paris, 1989, p. 12, note 6.

²³ Antoine Garapon, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 301.

Que la figure de l'acteur comédien soit si intimement liée au droit demeure intrigante. La gravité des enjeux en droit ne commanderait-elle pas à refuser la proximité avec ce qui ne serait en fin de compte qu'un jeu ? Kerchove et Ost ont fait un pas supplémentaire en montrant que la référence au jeu devait dans le cadre du droit «*résolument dépasser la simple forme d'une analogie au sens didactique pour aboutir à l'élaboration d'un véritable paradigme au sens explicatif, éthique, épistémologique et logique du terme*»²⁴. L'acteur comédien, nous le verrons, n'est pas une figure contingente : elle est nécessaire – sans pour autant être suffisante – afin de garantir à tout individu la jouissance démocratique de ses droits fondamentaux.

2.2. Rôle et représentation : entre identification et distanciation

Concentrons-nous un instant sur le rôle de l'acteur juge. Le personnage de l'acteur permet de mettre en exergue un point essentiel de l'herméneutique : la nécessité d'un interprète, c'est-à-dire d'un médiateur entre le texte (ici, de loi ; là, de théâtre) et ses destinataires (ici, le justiciable ; là, le spectateur). Tenir un rôle – celui de représenter une pièce, ou un texte de loi –, c'est donner la possibilité à un texte d'exister hors d'un individu, hors de la subjectivité d'un interprète particulier. Au contraire, l'identification au rôle (à la loi, la justice) ne permet plus d'être un interprète, ce médiateur de sens entre un texte et un cas particulier. Une distance – un jeu, au sens d'espace de mouvement dans un cadre²⁵, cette fois-ci – est nécessaire : la case vide de l'échiquier, celle qui précisément rend possible le «*'jouer' du jeu*»²⁶. Cet entre-deux est la condition pour offrir une place à l'émergence d'un nouvel agencement. Paul Ricœur ne s'y est pas trompé : «*la distanciation [...] est constitutive du phénomène du texte comme écriture ; du même coup, elle est aussi la condition de l'interprétation ; la Verfremdung [au sens de la distanciation aliénante de Gadamer] n'est pas seulement ce que la compréhension doit vaincre, elle est aussi ce qui la conditionne.*»²⁷

Si d'un côté, une absence de jeu se révèle redoutable pour l'exercice démocratique et des libertés fondamentales, à l'autre extrémité, s'il y a trop de «*jeu*», tout se démantibule. Une trop grande distanciation conduit à se détacher de son rôle, rendant également toute interprétation impossible, laissant les individus à leur singularité, ouvrant la porte à l'improvisation, au seul génie subjectif, au délire du défilé carnavalesque, à la diva capricieuse, star extravagante.

La question est dans ce contexte de connaître la «*bonne*» subjectivité de l'acteur, plus spécifiquement celle du juge ; celle qui permet à celui-ci simultanément de ne pas s'identifier à la Loi (à la pièce de théâtre) s'en pourtant s'échapper du rôle par l'effet d'une trop grande distanciation. Laurent Bove a posé clairement la problématique : «*Je crois que là encore [à propos de la question de la place de la subjectivité de l'acteur vis-à-vis de son personnage] le théâtre interroge la justice.*

²⁴ Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 46.

²⁵ Sens de prédilection pour appliquer le paradigme du jeu en droit comme le proposent Kerchove et Ost (Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 10 et 36ss).

²⁶ Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 11.

²⁷ Paul Ricœur, *Du texte à l'action*, Paris, 1986, p. 125.

Comment le juge vit-il son rapport au texte de la loi? Mais aussi au rôle qu'il joue? Comment doit-il interpréter (la loi, le rôle?) Doit-il s'y identifier? [...] pour le juge, le refus de la subjectivité, c'est le refus même de son statut d'interprète. C'est l'identification au rôle, à la Loi, à la Justice... ou à l'Ordre. C'est une position quasi hystérique (ou «sur-moïque» au sens où sur le sur-moi, c'est-à-dire Dieu, l'Autre, parlent pour le moi). Mais, inversement, la reconnaissance de la subjectivité n'est pas pour le juge sans danger : prise dans les liens de l'identification au semblable, au visage de l'autre, la subjectivité peut se détacher du rôle et rendre tout jugement impossible... Y-a-t-il une bonne subjectivité du juge au sens où Ricœur parle de la subjectivité nécessaire à l'historien?»²⁸ On le saisit, la dimension subjective du juge est inhérente à sa fonction d'interprète. Cette subjectivité ne doit pas être occultée. Elle doit au contraire montrer la nécessité d'adopter une méthodologie qui reconnaisse que le résultat de l'argumentation (le jugement, la soirée théâtrale) n'est jamais nécessaire – au sens de la déduction syllogistique. Besoin d'un espace de discussion, agonistique, mettant en scène deux paroles contradictoires où les arguments peuvent être échangés; espace («jeu»?) inutile s'il ne s'agissait que de déduction, s'il ne s'agissait pas d'interprétation. Un logicien suffirait (pour le droit), un logiciel, de lecture de texte et d'animation virtuelle, ferait l'affaire (pour le théâtre).

La distanciation ne s'impose pas au juge seulement, elle vaut aussi pour l'avocat. Le célèbre *Paradoxe sur le comédien* est formulé par Diderot en ces termes : *«c'est l'extrême sensibilité qui fait les acteurs médiocres ; c'est la sensibilité médiocre qui fait la multitude des mauvais acteurs ; et c'est le manque absolu de sensibilité qui prépare les acteurs sublimes.»*²⁹ C'est précisément parce que le comédien n'éprouve pas l'émotion qu'il représente qu'il est en mesure de faire éprouver aux spectateurs les effets suscités par cette émotion. En d'autres termes, on peut dire que l'acteur n'est pas là pour pleurer, mais pour faire pleurer.

L'effet de distanciation vaut également dans un autre type de relation : celle qui unit l'acteur avec le spectateur. Bertolt Brecht a thématisé la question de la distanciation entre acteur et spectateur en introduisant dans son théâtre de nombreux procédés destinés à défaire l'illusion du spectacle en soulignant le caractère construit de la réalité représentée, par exemple un acteur qui incarne plusieurs rôles simultanément ou successivement, un acteur qui montre son personnage en même temps qu'il le joue, en faisant découvrir le caractère artificiel du décor, en racontant l'action par le jeu d'un narrateur s'adressant directement au public, etc. L'objectif dans tous les cas est d'inciter le spectateur à prendre ses distances par rapport à la réalité et de solliciter son esprit critique. La distanciation, a dans ce contexte, un effet didactique de «désaliénation» du spectateur qu'il s'agit de rendre critique. Bertolt Brecht plaide ainsi pour une forme épique (c'est-à-dire narrative) du théâtre et refuse la dramaturgie aristotélicienne, celle qui permet aux spectateurs de s'identifier au personnage afin de se purifier de ses émotions : *«Les comédiens, eux, ne se métamorphosaient plus complètement, ils gardaient une certaine distance envers leur rôle et faisaient même visiblement appel à la critique. Désormais, plus personne ne permit au spectateur de s'identifier tout bon-*

²⁸ Laurent Bove (dir.), *Théâtre et justice*, Paris, 1991, p. 80s.

²⁹ Cité in : Encyclopaedia universalis, article «Comédien (paradoxe du)», Paris, 2000.

nement aux personnages en vue de s'abandonner à des émotions qu'il ne critiquait pas (et dont il ne tirait aucune conséquence d'ordre pratique). La représentation soumit les sujets et les processus à un procès d'éloignement. C'était l'éloignement indispensable pour qu'on pût comprendre : admettre qu'une chose « se comprend toute seule », n'est-ce pas tout simplement renoncer à la comprendre ?³⁰ Il s'agit de montrer que « nous sommes au théâtre », comme nous serions « au cours du procès », parenthèse dans la vraie vie, qui peut ensuite reprendre son cours ordinaire « hors instance », sans la présence insidieuse et continuelle d'un juge. Il s'agit d'éviter de *plonger* le spectateur dans quelque chose mais plutôt de le *placer devant* quelque chose, d'éviter de l'impliquer dans une action scénique mais d'en faire un observateur critique, d'argumenter plutôt que de suggérer, de s'intéresser au déroulement de la narration plutôt qu'au dénouement de l'action. Il faut éviter, pour prendre une image frappante, que le spectateur s'enfuit de la salle au moindre danger apparent, comme les premiers spectateurs du cinématographe au Grand Café de Paris, lorsqu'un train eut semblé foncer sur eux³¹. Cette perspective est particulièrement appropriée lorsque l'on assimile le spectateur à la figure du juge et à celle du jury, spectateurs des parties et des représentants de celles-ci. On sait empiriquement que le jury est plus sensible à la forme dramatique d'une plaidoirie qu'un juge professionnel. La distanciation brechtienne permettrait d'en faire un spectateur plus éclairé, contribuant à déjouer les sophistes, ces « espèces sauvages du philosophe » selon Socrate, qui n'hésitaient pas à utiliser des moyens *théâtraux* pour émouvoir les juges et le public, comme présenter ses parents et ses enfants en pleurs³². Ou les sophistes modernes que forment, à mon avis, les tenants du narrativisme juridique et du *Critical Race Theory* américains si bien décrits par Ioannis S. Papadopoulos pour lesquels « même les avocats ne devraient pas avoir honte de recourir à des récits devant, par exemple, les jurés. L'argumentation juridique ne devrait pas privilégier les cas de figure des manuels, avec leurs sujets désincarnés, qui n'ont même pas de nom propre ; elle devrait plutôt se référer à des sujets « denses », ayant un nom et une histoire propres. L'appel de secours provenant de vraies personnes et non pas des « cas », avec sa charge émotionnelle incontestable, est peut-être le seul moyen de faire infléchir le droit en faveur des opprimés. »³³ Ce narrativisme judiciaire écarte toute analyse juridique traditionnelle, en y substituant une exaltation empathique et émotive. Ce courant de pensée a trouvé un écho auprès de la Cour suprême des États-Unis en 1989, par le détour de l'opinion dissidente du juge Blackmun dans l'arrêt *DeShanney v. Winnebago County Department of Social Services*³⁴, à propos d'un enfant (Joshua) cruellement battu par son père alors que les services sociaux de l'État, ayant retiré provisoirement l'enfant du

³⁰ Bertolt Brecht, *Sur le réalisme*, série « Ecrits sur le théâtre », Paris, 1972.

³¹ Exemple cité in : Réjean Dumouchel, « Le Spectateur et le contactile », *Revue d'études cinématographiques*, vol. 1, no 3, [Nouvelles technologies : nouveaux cinémas ?], § 28 (publié sur l'Internet : www.revue-cinemas.umontreal.ca).

³² Laurent Bove (dir.), *Théâtre et justice*, Paris, 1991, p. 35.

³³ Ioannis S. Papadopoulos, « Guerre et paix en droit et littérature », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, p. 190s.

³⁴ 489 U.S. 189 (1989).

foyer familial, l'avaient finalement rendu à ses parents : «*j'adopterais une lecture «sympathisante», qui se concilie avec les préceptes fondamentaux de la justice et qui reconnaisse que la compassion ne doit pas être exilée du travail de juger [...] Pauvre Joshua!... c'est un triste commentaire sur la vie américaine et les principes constitutionnels que cet enfant, Joshua DeShanney, est désormais condamné à vivre le reste de sa vie profondément retardé*»³⁵. Ce procédé fait appel à la fonction *polémique* du récit alors que le discours judiciaire mobilise la forme *agonistique*, comme j'y ai fait allusion plus haut. L'émotivisme et l'empathie de ce narrativisme polémique exclut toute possibilité interprétative puisque le juge tend à s'identifier, à se fondre empathiquement dans la victime. Ioannis Papadopoulos fait remarquer à juste titre les dangers de ce courant de pensée : c'est un couteau à double tranchant ne servant pas seulement la cause libérale mais également la cause conservatrice. Il cite à cet égard la jurisprudence de la Cour suprême sur la peine de mort et le mouvement des droits des victimes dont elle fut inspirée : «*En effet, nous sommes actuellement témoins d'une fâcheuse tendance de la Cour suprême à exposer avec maints détails les actions horribles des tueurs et à dilater tellement l'exposé des faits qu'il finit par oblitérer l'analyse des droits constitutionnels – procéduraux et substantiels – des criminels. Ici on discerne la même structure argumentative : même récit de passion, même ferveur de compassion avec la victime et sa famille, même souci de donner enfin la parole immédiatement à la voix étouffée des victimes. Aussi est-il que la fonction polémique du récit, l'entrée en force à l'avant-scène des voix des humiliés demandée à corps et à cris par la nouvelle herméneutique, peut très bien profiter à la stabilité de l'idéologie dominante (en notre cas, l'idéologie sécuritaire et du tout-répressif)*»³⁶. Dans ce contexte le texte, de loi, ne cimente plus le consensus social. C'est la porte ouverte aux préjugés de la majorité, se développant en libre cours.

La distanciation brechtienne vaut également dans une certaine mesure pour le public, qu'il soit dans ou hors de la salle du tribunal. Dans ces cas, le procès n'aura plus cet effet cathartique que l'on retrouve chez Aristote. Pour Robert Abirached pourtant, il faut concevoir la catharsis de deux manières, l'une par envoûtement, l'autre par démystification : «*Ainsi, je crois que le théâtre et cette double conception de la catharsis, par démystification chez Brecht, par fascination chez Aristote, résolvent les contradictions dans l'imaginaire*»³⁷. Conférer aux spectateurs une fonction critique, c'est reconnaître là l'exigence d'une société démocratique. Par opposition, le totalitarisme s'analyse selon Antoine Garapon «*à la fois par un excès de jeu – tout est simulacre, mise en scène, liturgie idéologique – et par un déficit de jeu, par une impossibilité de distance, d'écart, bref de conflit transposable dans une enceinte de droit*»³⁸. Qu'il s'agisse du procès, de l'enceinte parlementaire ou de l'université, une démocratie se doit d'amener le spectateur à considérer les événements d'un œil investigateur et critique, permettant de laisser un

³⁵ Traduction reproduite in : Ioannis S. Papadopoulos, «Guerre et paix en droit et littérature», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, p. 191s.

³⁶ Cité in : Ioannis S. Papadopoulos, «Guerre et paix en droit et littérature», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, p. 192.

³⁷ Laurent Bove (dir.), *Théâtre et justice*, Paris, 1991, p. 93.

³⁸ Antoine Garapon, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 239.

espace vide dans lequel le jeu institutionnel peut se dérouler. Comme l'analyse Bernard Dort à propos de Bertolt Brecht, « *la fonction de l'acteur n'est pas seulement de jouer son personnage : elle est aussi de médiation. Il se montre jouant. Qu'il ne craigne pas de laisser percer dans son jeu même le jugement qu'il porte sur son personnage. Car il appartient aussi à la salle : il est en quelque sorte le délégué de la salle sur scène. Un spectateur en action.* »³⁹

La fusion entre l'acteur et le texte exclut l'interprétation – on l'a montré. C'est le danger du juge qui prétend incarner la loi plutôt que de parler en son nom. Nous ne serions sinon plus au théâtre tel que nous le connaissons, mais, par exemple, dans un genre dramatique aujourd'hui disparu : les *mystères* médiévaux. Disposé en rond, le mystère se déroule dans un théâtre de *communio*n visant à plonger les acteurs et les spectateurs à l'origine de la création. L'acteur n'est plus lui-même, mais réellement le Christ qui souffre et meurt en croix. L'identification est si parfaite qu'en 1437, par exemple, au cours d'une représentation, le prêtre qui incarnait Jésus a failli mourir, tandis que celui qui jouait Judas a été dépendu juste à temps pour être réanimé... « *Ainsi, exactement à l'opposé du théâtre moderne, dit de la «distanciation», dans lequel l'auteur, par divers procédés, cherche à rompre l'illusion dramatique, le mystère est un théâtre de la communion et de l'«aliénation», dans lequel le spectateur cesse d'être un assistant pour devenir un participant.* »⁴⁰ Un *spectacle*ur, si l'on veut reprendre le mot-valise inventé dans le contexte, cette fois-ci extrêmement contemporain, des nouveaux médias interactifs, c'est-à-dire un ectoplasme résultant de la fusion intime du spectateur de jeux interactifs avec l'acteur, un individu se glissant virtuellement dans la peau d'un protagoniste, en symbiose totale, immergé dans un univers virtuel informatique⁴¹.

C'est également le piège que dénonce Franz Kafka dans *Le procès* en rapport cette fois-ci avec l'accusé. Il n'y a plus dans ce roman aucune distanciation possible entre Monsieur K., accusé, et la loi. Sa vie se confond avec celle de son procès, le laissant dans une angoisse sourde. Le lieu de la justice n'est plus reconnaissable. Il n'y a plus de rituel judiciaire, avec son entrée en scène pompeuse et sa fin marquée par le jugement. Les personnages sont déjà là et restent en filigrane tout au long de son existence. Il n'y a pas de rupture entre la scène et la vie. Et lorsqu'il n'y a plus de frontière qui délimite la justice, tout – ou plus rien – n'est juridique. Règles et non-règles se confondent de manière aliénante⁴². Cet exemple met en évidence la nécessité d'une séparation entre le jeu et le « hors jeu »⁴³, d'un représenté et, son négatif, d'un *non-représenté*. Franz Kafka nous montre que l'affranchissement des formes rituelles du droit porte en germe la tentation de maîtrise totalisante des sujets. Dans le même sens, à propos de la justice qu'il qualifie de cabinet (justice rendue dans l'intimité des bureaux, hors d'une salle d'au-

³⁹ Bernard Dort, *Lecture de Brecht*, Paris, 1960, p. 197.

⁴⁰ Encyclopaedia Universalis, article «*Mystères*», Paris, 2000.

⁴¹ Réjean Dumouchel, « Le Spectateur et le contactile », *Revue d'études cinématographiques*, vol. 1, no 3, [Nouvelles technologies : nouveaux cinémas?], § 28 (publié sur l'Internet : www.revue-cinemas.umontreal.ca).

⁴² Sur l'analyse du *Procès* dans ce sens, voir Antoine Garapon, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 289ss.

⁴³ Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 175ss.

dience), Antoine Garapon affirme qu'«alors que le relâchement du formalisme dans la justice de cabinet est censé améliorer le sort des justiciables, il favorise au contraire un contrôle plus grand de l'Etat. Le rituel judiciaire prend alors la figure inattendue d'un rempart contre l'intrusion intempestive de l'Etat dans sa propre justice.»⁴⁴ En d'autres termes, ne vaudrait-il au contraire pas mieux «demander un accusé de jouer la comédie que d'envahir son jardin secret?»⁴⁵ Les stratégies de contrôle social, plus pernicieuses, pénètrent, incontrôlées, plus sûrement l'intimité des sujets qu'un affranchissement des formalités du droit. Autrement dit, on peut affirmer que la représentation est nécessaire afin de mettre en évidence son opposé : le non-représenté, ce que le droit cache, la *vérité judiciaire* en négatif – l'injustice, le pouvoir probablement ? Pourtant, même si cette conclusion dérange, on doit se convaincre que cette capacité d'être un autre personnage – d'être un acteur – se révèle en fin de compte être plus protectrice des droits fondamentaux des individus qu'une justice qui s'affranchirait de ses formalités.

Franz Kafka nous mène inéluctablement à la question du totalitarisme. Ce système utilise le droit en oscillant entre un pur spectacle, à l'instar des procès staliniens, et une absence totale de mise en scène, comme dans les procès brejnéviens, bureaucratiques. Le premier, rappelle Antoine Garapon, est une perversion typique de la modernité, c'est-à-dire d'une société dont le référent ultime est la loi, une perversion du positivisme juridique : «*Le procès politique est une manipulation du symbolique qui ne se comprend que dans une société où le droit positif et la justice incarnent le sommet de la légitimité.*»⁴⁶ Les procès staliniens étaient écrits comme des pièces de théâtre que l'ensemble des acteurs devait réciter, y compris les accusés et les témoins, contraints d'apprendre leur texte par cœur et surveillés par des officiers jusqu'à ce qu'ils sachent correctement réciter, précédés parfois de répétitions générales⁴⁷. Dans certains cas même, le juge dira à un accusé : «vous avez sauté un passage»; «je sais, j'y reviens tout de suite», lui répondra-t-il!⁴⁸

L'exemple de ces procès évoque plutôt un théâtre de l'absurde. La réflexion précédente montre pourtant que l'exercice de la justice formalisée et représentée dans un procès au cours duquel différents rôles sont attribués et qui laisse un «jeu» aux différents acteurs est la condition de l'existence d'une société démocratique veillant au respect des droits fondamentaux de ses citoyens. Si la justice exclusivement spectacle est une déviance, la justice sans scène est bel et bien une illusion. Concédons cependant que le cérémonial s'avère parfois pesant. Souvent en retard sur leur temps, il n'est pas rare que les acteurs usent et abusent de figures de style ampoulées, de formules désuètes ou d'usages vestimentaires surannés. Le rituel, pour être pris au sérieux, devrait impérieusement s'adapter à son temps⁴⁹.

⁴⁴ Antoine Garapon, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 263.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 263.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 234.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 235.

⁴⁸ François Fejtö, «L'affaire Rajk est une affaire Dreyfus internationale», *Esprit*, novembre 1949, p. 695, cité in : Garapon, Antoine, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 236.

⁴⁹ Antoine Garapon, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1997, p. 33, 256, 265 et 321.

3. L'ACTEUR AGENT ET STRATÈGE

3.1.1. *De la représentation d'un conflit à la gestion d'une action stratégique*

L'acteur a une double signification, ai-je précisé en prélude. S'il est comédien, il peut aussi être agent. Dans le premier sens, nous avons vu que le droit mettait en scène un conflit, entre victime et agresseur, entre débiteur et créancier. Les acteurs ont pour rôle de contribuer à l'interprétation d'un texte dans cette représentation de la justice qu'est le procès dont le rituel peut soit consister à confronter un homme à la Loi pour le sanctionner, l'ayant lui-même violée (droit pénal), soit organiser les règles d'un combat où deux égaux vont s'affronter dans le but d'obtenir non pas une sanction mais une réparation ou la reconnaissance d'une dette (droit civil)⁵⁰. Il s'agit dans les deux cas de résoudre un conflit : tantôt en rejouant dans l'enceinte judiciaire le trajet de l'accusé dans l'imaginaire, confronté au procureur, à ses victimes, afin de produire un effet cathartique visant à purger « la pitié et la crainte », ces deux émotions qu'évoque Aristote dans sa défense de la tragédie ; tantôt en organisant le débat en insérant un tiers en tant qu'arbitre dans une dispute entre deux personnes. Ces deux derniers aspects se retrouvent également dans l'arène parlementaire, et non seulement au tribunal : la perspective cathartique est particulièrement frappante dans ces lois que les sociologues du droit qualifient de symboliques⁵¹, adoptées non pas dans le but premier de produire des effets concrets, mais d'affecter les représentations des acteurs concernés et d'influencer leurs attitudes mentales ; la seconde perspective, celle du débat, rappelle le déroulement typique d'une démocratie parlementaire.

Dans le second sens de la notion, l'acteur juridique a pour rôle de *diriger une action*. On vise ici avant tout les lois administratives destinées à guider une action finalisée qui fixent un objectif à atteindre et des mesures pour les concrétiser⁵². L'acteur principal est ici l'administration qui ne vise pas directement à résoudre un conflit, mais cherche à produire un résultat efficace⁵³.

3.1.2. *De l'agent au stratège*

Dans le contexte actuel, dominé par l'incertitude et la conscience de la finitude des ressources, la collectivité publique, qui doit fonder son action sur la loi dans un Etat de droit, ne peut plus miser sur des règles juridiques fixes lui prescrivant d'exercer une activité précise à la survenance d'un état de fait prévisible, prévu et récurrent. La structure syllogistique de la règle de droit, efficace seulement

⁵⁰ *Ibidem*, p. 201ss.

⁵¹ Luzius Mader, *L'évaluation législative : pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, p.81 et 95s; Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, 1994, p.400s; Jean-François Perrin, *Sociologie empirique du droit*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1997, p.71s note 85.

⁵² Que l'on me permette d'omettre ici les lois administratives non finalisées, plaçant les justiciables dans une position analogue soit au droit pénal (droit pénal administratif), soit au droit civil (lorsqu'il s'agit de résoudre un conflit entre l'administré et l'Etat, sur le montant des impôts ou d'une allocation sociale par exemple, ou lorsqu'il s'agit d'arbitrer un conflit entre deux administrés, dans l'exemple d'une autorisation de construire disputée par un voisin par exemple).

⁵³ Sur cette notion d'efficacité, voir Alexandre Flückiger, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, p. 93ss.

lorsque les situations à régir sont indéfiniment reproductibles et prévisibles (contrats en droit civil; délits en droit pénal), n'est plus garante de rationalité dans un tel contexte. En proie à l'incertitude, la collectivité publique jongle avec les surprises des horizons prospectifs (coups de théâtre[?]). La norme change alors de nature, se finalise⁵⁴. Continûment contrainte à se fonder sur ce qui est différent dans chaque cas d'espèce, elle s'épuise dans son accomplissement: ainsi dans le développement urbain, les politiques de protection de l'environnement, la prévention des risques ou la construction de grands équipements collectifs. On peut illustrer cette évolution en comparant la tâche publique de réglage du trafic aux carrefours à celle consistant à gérer des ressources naturelles rares. Dans le premier cas, la norme s'accommodera fort aisément d'une structure syllogistique. Dans le second, la finalité même de la disposition implique de recourir à diverses techniques de pesée des multiples intérêts en présence afin d'équilibrer l'action de sorte à intégrer celle-ci dans l'ensemble de la tâche publique que l'Etat a pour mission de gérer. Dans le premier cas, l'acteur est un *agent* (au sens d'un rouage mécanique d'exécution, disposant d'une marge de manœuvre et d'initiative restreinte [au sens de l'agent de police] alors que, dans le second, l'acteur devient *stratège*). Si, dans le premier cas, l'acteur peut ne disposer que d'une liberté marginale, à l'instar d'un récitant – prédétermination du texte dans la terminologie de Gérard Timsit⁵⁵ –, dans le second cas, le texte – en raison précisément de sa structure finalisée – lui confiera une grande latitude expressive, à l'image des principes généraux, rebelles aux élémentaires subsomptions, co-déterminant le sens de la pièce⁵⁶. En réalité, il faut être plus précis. L'interprétation du droit par l'administration devient ici, comme le rappelle Pierre Moor⁵⁷, un acte politique reposant non seulement sur le socle de la seule légalité mais sur des critères d'efficacité de l'action (première co-détermination de la norme). Son contrôle par l'autorité judiciaire est une interprétation de la même norme, sur la base du principe de légalité (seconde co-détermination de la norme). Cette seconde co-détermination est distincte de la première. Alors que dans le droit civil ou pénal, la co-détermination du juge supérieur remplace celle du juge inférieur et s'y substitue, la co-détermination du juge administratif dans le domaine des dispositions finalisées ne se substituera pas à la co-détermination de la norme par l'administration, mais opérera au contraire une co-détermination de la norme précédemment co-déterminée. Une co-détermination « au carré », qui pose le problème de la relation entre la liberté administrative et la liberté judiciaire, relation ambivalente, impossible à déterminer définitivement⁵⁸. Ce passage de l'agent au stratège, d'un pilotage de l'activité administrative sur la base de l'application mécaniste de normes syllogistiques à une gestion publique visant à produire des résultats sur le fondement de disposi-

⁵⁴ Charles-Albert Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 74ss; Pierre Moor, « Herméneutique et droit administratif: la question du pouvoir », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, p. 65ss.

⁵⁵ Gérard Timsit, *Gouverner ou juger: blasons de la légalité*, Paris, 1995, p. 19ss.

⁵⁶ Sur la notion de co-détermination, voir Gérard Timsit, *Gouverner ou juger: blasons de la légalité*, Paris, 1995, p. 45ss.

⁵⁷ Pierre Moor, « Herméneutique et droit administratif: la question du pouvoir », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, p. 51ss.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 66s.

tions finalisées, met en exergue l'évolution d'une administration fondée sur le principe de la *légalité* à une administration fondée sur le principe d'*efficacité*⁵⁹.

4. POSTLUDE

En montrant que la place de l'acteur dans le système juridique oscillait entre deux pôles, je n'ai pas pu insister sur l'articulation que ces deux dimensions entretiennent. Or, il ne faudrait pas conclure que l'éclairage de l'un obscurcit nécessairement l'autre. La perspective spectaculaire n'exclut pas l'approche stratégique, et vice-versa. Au contraire, ces deux pivots ne sont pas entièrement dissociables. Ils coexistent de manière dialogique, comme Kerchove et Ost l'ont montré⁶⁰, si bien que la forme spectaculaire peut aisément se nicher dans la gestion d'une politique publique étatique alors que l'aspect stratégique peut se retrouver tant dans le procès civil que pénal. Ainsi sur ce dernier point, François Ost a mis en évidence trois typologies différentes du procès en fonction du type de société envisagé : d'un juge rituel où la force symbolique prédomine à un juge associé aux justiciables dans la poursuite d'objectifs divers dans une perspective instrumentale⁶¹. La part de spectaculaire et de représentation varie également selon les différentes phases du procès. Dans le procès pénal, la dimension symbolique est essentiellement présente dans la phase du jugement, et non dans la phase d'instruction, plus particulièrement dans les systèmes inquisitoires. Au cours de l'histoire et selon les cultures, les accents peuvent également varier. On pense à l'exécution des peines où le cérémonial des supplices publics était dans l'Ancien Régime un élément essentiel de catharsis collective alors qu'elle revêt en règle générale aujourd'hui, en Europe occidentale pour le moins, une fonction plus utilitaire⁶².

Ni tout à fait comédien, ni entièrement stratège, l'acteur tel que nous l'avons compris dans le système juridique est à la fois comédien et stratège : un comédien en action ; un agent en représentation. Et dans la première icône, il doit constamment chercher sa voie entre un trop de jeu qui disloque la loi et un trop peu de jeu qui bloque la mécanique de l'interprétation et du jeu démocratique, alors que dans la seconde, il oscille en tension constante entre le principe de légalité qui peut conduire au chaos en situation d'incertitude et l'exigence d'efficacité qui ne saurait légitimer l'emploi de n'importe quel moyen. Ni à un pôle, ni à l'autre, ni même au milieu : peut-être est-ce dans la vibration qui résulte de ce va-et-vient dialogique que se trouve véritablement l'acteur.

*Faculté de droit
Université de Genève*

⁵⁹ Alexandre Flückiger, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, p. 93ss.

⁶⁰ Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 134ss.

⁶¹ François Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur : trois modèles de justice », in : Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, 1983, p. 44.

⁶² Sur ces exemples, voir Michel van de Kerchove et François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 136s.