



JÉRÔME BENZIMRA-HAZAN*

PSYCHOLOGIE DU DROIT

SOMMAIRE: I. Éléments de droit international et pénal. – A. L'identification des facteurs juridiques d'induction. – 1. L'enchaînement des faits. – 2. L'enquête. – B. Les autres vérifications pénales. – 1. La présomption d'innocence. – 2. La récidive. – II. Droits de l'homme, abus et excès. – A. La question de la qualification. – 1. La confusion. – 2. La précipitation. – B. Le renouvellement de la réflexion. – 1. Des effets juridiques emportés. – 2. Ouverture sur un droit retrouvé.

On s'interroge souvent, parfois sans le voir, ni exactement le mesurer, dans le discours sur les droits de l'homme comme à l'occasion de catastrophes collectives, sur la part de l'homme et sur celle des machines qu'il a conçues dans l'occurrence des choses de la vie – parmi lesquelles déjà, le droit, image rêvée de la justice et toile invisible de nos liens.

Singulièrement, l'enchaînement consécutif et successif des éléments multiples et apparemment déliés, que le droit peinera à saisir d'emblée, est le premier des problèmes. Confronté au pire, le juriste s'interroge d'abord, en effet, pour les besoins de la qualification, de la prévention future aussi, sur le lien de causalité ayant par hypothèse existé entre ces éléments puissants.

Car si rien ne s'est vu auparavant, le lien entre eux est désormais, nu à la vue de tous, au contraire éclatant, même trop tardivement, tous ayant en commun d'avoir chacun concouru, contribué et conduit à la violation, à l'accident.

Il semble qu'en réalité tout, toujours, se passe, ni d'une part, ni de l'autre, mais dans un entre-deux fluctuant qui est un défi pour le droit, dans l'interaction vivante, la manière dont l'humain reçoit ou interprète les données que lui adresse l'outil.

C'est cette zone, invisible et déterminante, qu'on se propose de visiter, en s'éclairant d'éléments comparés, tirés des ordres international et pénal (I), à titre d'enseignement général, et vérifiés dans le champ des droits de l'homme (II), à titre spécial.

* Université Panthéon-Assas – Paris II. Institut des Hautes Études Internationales. Institut Français des Droits de l'Homme.

I. *Éléments de droit international et pénal*

Si les implications sur la santé, physique et mentale, de l'utilisation non encore totalement maîtrisée, qu'on découvre en faisant, en réalité, parce que ce fut possible, et qu'on projette en espérant, une réalité arrangée, irresponsablement, de nos nouveaux instruments, dématérialisés, nos écrans, notamment, ayant d'abord autorisé ou imposé de nouvelles formes de mobilités, déplaçant les frontières, ne sont sans doute pas toutes très favorables, les accidents aériens marquent les esprits, et d'abord nos pupilles, les Nations, les juristes aussi, et semblent à cet égard un excellent terrain d'essai¹.

Ces événements sont rares, massifs quand ils sortent de terre, et alors en série et dus à l'ingérence de l'être initial et animé (l'homme), malheureuse et inopinée, dans une gestion machinale ou informatique dont la faille n'était que redoutée ou initialement si infime qu'à la supposer réelle, et peut-être bien avérée ou révélée là précisément où on la suspectait, la correction par le robot lui-même – qui lui ne se leurre pas en boucle – aurait évité à l'humaine main (les droits de l'homme) de venir tout dérégler – pour le pire – en croyant tout redresser – pour le meilleur, et tant d'intentions louables dont notre paradis est pavé². Car là est bien le nœud, croit-on: que ce qu'on a imaginé, par le droit fait force³, et produit en série serrée puisse à ce point désormais nous dépasser, c'est ce qui nous dépasse. Qu'apprendrait donc, selon lui qui sait, croit devoir savoir, un professeur de haut vol d'un praticien (un avocat, par exemple, qui, lui, simplement connaît) qu'il a formé ? Qu'apprendrait donc l'être humain, d'une intelligence qu'il a conçue (on dit "artificielle") et qui s'avèrera en pratique plus rapide que la sienne propre ?

C'est la faille, la grande faiblesse, de l'homme dans l'exercice de ses droits : il a fait, il déclare, mais au fond, il ne croit pas. Sans doute touche-t-on ici la limite de sa conception possible, le handicap de son génie, les frontières ultimes de son entendement, une matière faite d'orgueil et de défiance, pétrie d'un manque chronique de confiance en soi qui a pourtant si bien fait et qui prétend cependant si bien faire. Il est alors probable que tout ira mieux quand l'homme assumera pleinement les droits qu'il s'est donnés. En attendant, sans doute est-ce toujours le temps de la recherche, qui fait aussi et en grande part la passion d'un droit qui n'est autre que le vivant même⁴.

Le plus intéressant n'est-il pas toujours la recherche, le chemin, ce qu'on trouve en passant ? Parce qu'en l'occurrence, incontestablement, ce dépassement, on l'a cherché, et ce furent les faits. On le sait, on peut le voir, mais pas se retourner. Et naturellement, on pardonnera toujours moins à la machine, qui un jour n'aura pas fait ce qu'on s'était tout compte fait habitué à la laisser faire sans mot dire, et, fait aussi exceptionnel que la catastrophe même, échouera dans sa mission, qu'à soi-même humain, dont l'erreur est par avance absoute, par soi-même toujours, la voyant avec indulgence comme une possibilité – "*L'erreur est humaine*", dit-on alors, tête baissée, air résigné, en latin de préférence – elle n'est

¹ On rappelle la mémoire du professeur Philippe FOUCHARD, disparu, dans l'air et en mer, avec une grande partie de sa famille, au cours du *crash* de Charm el-Cheikh le 3 janvier 2004. Il nous a, au même titre que Pierre BOUREL et à part égale, donné le goût du droit international, de la recherche déliée et du droit vivant en général, celui surtout de pousser à leur bout les idées sans frontière, et les mots correspondants. Avec gratitude et cœur, ces lignes pilotées leur sont offertes.

² Voy. J. BENZIMRA-HAZAN, *Le droit, l'homme et le temps*, in *Mélanges Jean-François Flauss*, Bruxelles, 2010, pp. 37-52.

³ Voy. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, Paris, 2007.

⁴ Voy. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit*, Paris, 1996.

peut-être même que cela. Ainsi ne compte-t-on plus les cas dans lesquels le pilote, confronté à l'enchaînement qui fera l'accident, aggrave la situation et précipite la chute, selon deux séries de comportements, voisins, que la psychologie connaît et découpe (et nomme malheureusement), et que le droit éprouve et subit, en devant les retraduire selon ses catégories propres, la "tunnelisation" et le "biais de conformité". Ces deux types de comportements, qu'on rencontre facilement mais identifie délicatement (A) se rencontrent le plus fréquemment dans le champ de la sociologie criminelle et dans celui du droit pénal le plus lourd (B).

A. L'identification des facteurs juridiques d'induction

La première série de comportements humains, éventuellement encouragée par l'environnement, étouffant⁵, conduit chacun, inconsciemment donc très volontairement, à ne rien considérer d'autre que la nécessité de poursuivre ce qui est fait, ou a l'air de l'être, droit devant. La deuxième le mène à ne considérer ou à ne retenir, avec une bonne foi parfaite interdisant même de pouvoir se rendre compte du mal, que ce qui viendra conforter l'idée définitive qu'on s'est faite initialement de la situation – et, partant, des choix possibles de rectification source par source, et de résolution.

Le plus fascinant est que des comportements concordants, semblant *flirter* avec la cité organisée mais qui ne sont qu'humanité en progrès, puissent être identifiés et se retrouver dans certaines disciplines du droit que seules rapprochent l'approche psychologique choisie – celle voyant dans le droit son objet, voulu, social – et les "droits de l'homme" alors entendus comme la toile de fond, l'approche humaine ou vivante sous-tendant le tout. Ainsi en va-t-il en matière pénale, dans l'enchaînement des faits (1) puis dans la manière dont l'enquête est menée (2).

1. L'enchaînement des faits

Le crime survient souvent de la même manière que l'avion s'abîme, accouchant au grand jour d'une rencontre préparatoire de mille facteurs morcelés, fragmentés et invisibles, dont chacun semble et peut être inoffensif, et qui n'auront jamais entre eux d'autre rapport que celui d'avoir concouru au pire, ayant été auparavant parfaitement indétectables au radar, aérien ou social, incontestablement insaisissables par le droit avant d'avoir constitué l'accident, la violation, l'infraction. Quelle place, alors, quel champ, et quel traitement, pour la sacrosainte prévention ? Doit-elle être réduite au domaine de l'éducation ? Et quelle place même pour le facteur humain, dans des situations qui dépassent à la fois l'humain et l'auteur direct – la main ? Et que dire dans celles, pénales toujours, si extrêmement humaines, où le crime est même le *seul* lien, avec son espace et son temps, entre un auteur et une victime qui ne se connaissaient pas ? On parle de l'hypothèse dans laquelle *rien* n'existait de préalable, dans laquelle donc rien de toute façon n'eût pu être identifié comme pouvant concourir à l'accident social qu'est l'infraction.

⁵ Voy. J. BENZIMRA-HAZAN, *L'enfermement et ses formes*, in *Liber amicorum Vincent Berger*, La Haye, 2013, pp. 9-29.

Ce cas, plus fréquent dans les pays dont la sociologie criminelle reflète une culture moins “passionnelle” que la nôtre propre, sur le vieux continent européen, est, comme la disparition involontaire, l’enfer de l’enquêteur, privé de toute prise au départ. Quel “entourage” faire, quelles “portes” fermer une à une, par élimination et recul méthodiques, en “escargot”, comme on le dit en police et gendarmerie ? Le scénario peut encore être aggravé par le risque, entre temps, et sans doute aussi le pari, d’un cauchemar peu spectaculaire mais bien réel et mal vécu de la série non-élucidée, celui de la réplique déliée ou de la récidive isolée – apparemment. D’où l’inclination systématique et rétroactive du limier à lier tout nouveau crime avéré, à la faveur de tout auteur arrêté par ailleurs, puisque l’auteur sera resté libre, entretemps, avec les précédents – dont le moindre élément, surtout en cas de suspension, aura été figé en attendant la courte finale, l’atterrissage d’une enquête groupée, réconciliée.

C’est alors par le lien, arrière et progressif, résultant d’une somme de croisements, à la faveur des atomes crochus de chaque élément contributif mis bout à bout, reconstitué dans l’ordre du temps, réinterprété dans son contexte, que la vérité sera elle aussi globalement reconstituée, retrouvée et finalement présentée aux juges. Et si le fil est sauf, dûment remonté à sa source, étape par étape, alors l’enquête portera. Cet aspect fondamentalement psychologique du droit qui nous intéresse, qui fait le ciment de ses branches tout entières, ces droits de l’homme qui ne disent pas leur nom, c’est justement dans l’enquête menée qu’il est possible de les retrouver, d’autre part, auprès des personnes les plus directement concernées, non plus seulement l’auteur, mais au cœur, le juge et l’enquêteur.

2. L’enquête

Le juge et l’enquêteur ne sont-ils pas hommes ? Le personnel d’enquête n’est-il pas sur scène pénale la première ressource humaine, impliquée par nature dans le jeu ou le coup ? Quelle garantie le droit donne-t-il d’avance au justiciable que l’instruction n’ira pas, mécaniquement, tout droit, devant ? Que savons-nous du chef d’enquête ? Inconsciemment, et partant délibérément, ne pouvant, à mesure qu’avancé, concevoir d’autre voie que le tout-droit, sans se retourner sur une erreur initiale de plus en plus impossible à voir, et reconnaître surtout, sauf plus tard en la retrouvant et sur ses pas revenant, éventuellement trop tard, se peut-il que cet humain ne voie plus jamais que ce qui conforte, et avec la meilleure foi du monde, toujours rien de ce qui en son temps utile aurait pu venir contrarier l’image d’une conviction initialement définitive ?

On l’ignore, au juste. Mais, comme cette fiction du droit qu’est la présomption d’une innocence au mieux reconstituée aussi (voy. *infra*), la question au moins se pose. Et engage au passage, à travers l’image du droit tout entier et pérenne, l’honneur de la justice, devant passer. On dit fréquemment que la justice se rend. Mais à qui, ou à quoi, se rend-elle donc ? A Dieu, aux hommes de volonté, aux innocents en sang, ou bien à l’image que nous nous en faisons tous, celle d’un droit dont nous portons la conscience, qui précède tout, comme la procédure précède le droit, et qui peuvent être en effet, dans ce sens, les droits de l’homme ?

Sans doute, il y a le fond et le déni, mais qu’en faire, face au poids des faits ? Le juge ne dit-il pas ce qui a été et fut fait, et n’est autre désormais que souveraine et populaire vérité ? Un policier mis en cause au nom de l’effet sur soi de ses éléments de psychologie

propres et intestins, qui sont aussi des faits, pourra bien nier, plaider l'existence même d'une équipe, désigner la résolution finale, cela ne changera rien à l'affaire puisque tout fut fait presque malgré soi, en conscience profonde donc, sans considération particulière pour un fond non encore là, pas plus que pour la science asservie à ce qu'on attend d'elle, au nom d'un droit devenu l'accessoire de son image en chacun et qui en fait le sens. Ce qui doit être sera.

Dans l'avion, en tête, ne pouvait-il pas y avoir, ainsi, avant l'accident et le préparant, aux commandes de la machine perdue, deux (voire trois, jadis) êtres humains, conscients et libres, intelligents et aiguisés, mais s'étant, au moment crucial, réconfortés les uns les autres dans l'errance fatale de la fausse interprétation finale et multiple d'une information unique et fluide que leur donnait, comme on offre les Tables de la Loi, leur propre machine, leur écran ?

Dans la hiérarchie d'une brigade, même ne le demandant pas, et même en ne l'admettant pas, formellement, ne se peut-il pas que, de fait, des hommes, habitués par vocation à confier chacun à l'autre son intégrité même, suivent celui qui les guide comme un seul vers une erreur que la justice n'aura que plus de mal encore, et de plus en plus alors, à ne pas entériner ? Sans doute, l'objet de la recherche diffère à chaque étape du jeu judiciaire ou du parcours de loi, et l'enquêteur, qui est aussi un chercheur dans l'âme, assume son rôle de chasseur, de lien, lui qui n'est de toute évidence pas là pour chercher un innocent, de fait encore. Mais moins là encore pour un trouver un à donner ou livrer entier à la matière déjà riche de l'erreur judiciaire.

Sans doute aussi observera-t-il, à raison toujours, que dans nos régions du monde et dans nos droits si humains, le juge reprendra tout en instruira à nouveau tout, à charge *et à décharge*. Mais il se fait que le juge est encore, apparemment, un être humain, influençable sans le savoir – et on se félicite alors du secours de la science au progrès des droits de l'homme, l'ADN opérant le plus souvent à ce stade comme un facteur de disculpation, d'ordre public. Et c'est bien sans doute dans ce triste désordre, dans ce champ pénal criminel lourd touchant au plus près les droits de l'homme, dans l'humanité même du droit tout entier, qu'il y a le plus à dire encore sur la part dévolue à la psychologie en libre cours.

B. *Les autres vérifications pénales*

Le sentiment de justice que peut procurer la vengeance, quand la justice a trop souillé le droit qui l'annonçait et s'est faite de force justice de Soi pour Soi, ou symétriquement le sentiment de vengeance que procure parfois, à certains, la justice d'assises, sont autant d'éléments de vérification des précédents phénomènes d'induction. Dans ce champ pénal, la part psychologique est même prépondérante dès le début. Et c'est écrit. Tant, par exemple, dans le domaine particulier de la présomption d'innocence (1) que dans celui de la récidive (2), autant de fictions renouvelées prétendant reconstituer le cours d'une réalité passée et en faire produire, en droit, effets retrouvés.

1. *La présomption d'innocence*

Ainsi dit-on et pose-t-on que l'accusation doit être certaine, construite, sur des preuves et sur le lien de ces preuves avec la personne mise en cause, méthodique donc, pour le moins, cependant que pour l'innocence, de fond, il suffira d'une image, d'une faille

ou d'une possibilité qu'on appelle le doute : l'innocence étant notre constance, notre état, on y sera ramené de fait dès lors que pourra être même seulement trouée l'accusation, à qui rien ne sera passé⁶. Pour défendre, il "suffira" ainsi, dans les règles, de défaire ou le sembler, pour que tout soit simple retour à un état présumé – auquel la peur de l'erreur ajoutera encore du naturel.

Dans la froide guerre judiciaire et des nerfs de la victime contre l'accusé innocent présumé et possible victime à son tour de la machine, comme la première du système que le second incarnait dehors, on demandera, ayant préjugé chacun sur son air, immédiat, et définitivement, sans le savoir, son nom ou son prénom même, de jouer le rôle que lui confère sa place, selon la thèse civiliste ressuscitée de la possession d'état⁷, dérivée des sacrosaintes loi des airs et théorie des apparences : la victime doit pleurer, l'innocent doit crier. Qu'importe s'il faut, après, une fois dans l'arène, se battre au besoin contre son air propre, et jouer, se reconstituer tel qu'on doit être selon qui le juge.

Tout bouge, en réalité et en même temps, dans cet ordre pénal si empreint de droits de l'homme en procédure : combien de fois un verdict de culpabilité a-t-il été emporté sur le fondement d'une conviction générale de fait dépourvue d'éléments de preuve et de lien, alors même que seul encore l'accusé niait, condamnant en premier degré de juridiction avant qu'en appel, le juge de droit rappelant la vertu blanchissante et automatique du doute – surtout si ce dernier peut être alors incarné par une troisième voie sur laquelle les regards seront sans suite détournés, pour une partie alors gagnée – et arrache *in extremis*, affect mis à part, l'innocence machinale par défaut ?

Et dans un droit ne pouvant pas ignorer l'intelligence du cœur, quel est même le sens d'une telle table comparée des douleurs ? Du point de la vue de la responsabilité de la justice envers le droit, très psychologiquement donc, quel message est alors donné à la famille, à qui on aura donné un coupable avant de le reprendre sans plus rien pouvoir donner, puisque rien ne fut cherché d'autre, et sans plus le pouvoir, puisque rien ne pourra plus être cherché ? Quel message est aussi donné à la société, à qui était promise la clarté tranchante du couperet : culpabilité avant les Pyrénées, non-culpabilité définitive au-delà ?

Et s'il y a donc innocence désormais, est-elle rétroactive au point d'effacer les années passées à mourir d'asphyxie immobile en prison comme étant à prendre par principe dans le doute d'une culpabilité épargnée et comme en attendant un appel immaculé et donnant des ailes ? Cet aspect éminemment psychologique d'une liberté mécanique s'invitant sur le terrain de la conscience de l'existence d'une prochaine fois, c'est bien aussi, d'ailleurs, le cœur du dispositif légal sur la récidive.

2. La récidive

Cette dernière, qu'on dit volontiers tournée vers l'avenir et la prévention, nous semble plutôt référence quasi-religieuse au passé, mais à un passé devant selon soi, nécessairement, être répété, comme dans un présent successif, l'existence du casier judiciaire faisant attendre la réplique et cristallisant ce qu'on prétend oublier. S'il est vrai que la récidive est ainsi un pari, qu'on se l'avoue ou pas, misant sur la répétition du même, il est vrai aussi que le rôle de la justice pénale en particulier est de *figer*, tout et le temps, d'enregistrer et de

⁶ Voy J. BENZIMRA-HAZAN, *Droits de la défense*, in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, 2006, pp. 216-249.

⁷ Voy *Droit civil, procédure, linguistique juridique – Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, 1994.

dater, en vue de la reconstitution générale qui permettra de revivre pas à pas minutés l'histoire du crime, d'expliquer sans comprendre, de confronter et de vérifier, l'idée étant de conserver en l'état en attendant et pour les besoins du retour sur soi, d'identifier précisément pour pouvoir sur commande, quand aussi les moyens le permettront, retrouver, et reprendre.

Ces aspects du droit pénal national nourrissent généreusement, de fait, le contentieux européen des droits de l'homme, chaque Etat gardant la main sur des orientations souveraines, dans ce droit essentiellement public – et privant d'avance d'objet l'échange européen d'informations proclamé hautement, et à grands frais, dès lors que les systèmes mêmes diffèrent.

D'un ordre public, l'autre. L'ordre public, on y revient : c'est la clé, il faut s'y rendre enfin et l'avouer. Les éléments qu'on veut ici dessiner, peindre⁸ et livrer à l'essai pourraient en effet se vérifier bien ailleurs encore. Et ce, même en restant dans le champ du droit – et même, plus singulièrement encore dans celui, strict ou étroit, des droits de l'homme tels qu'on les entend habituellement. Sans aller jusqu'aux mots du droit – le droit qu'on prend, et comprend comme la somme des *faits* ayant été et tels que la justice les *dit* et rend, sans varier, tout droit –, sans revenir au temps, sans même parler de liberté (en chute libre, consentie, et zones mal éclairées), de fraternité (souvent, après de mauvais choix, quelque peu forcée) ou d'égalité (surjouée pour la forme et devant être d'abord, les faits et le droit devant suivre la nature réinterprétée), évoquons juste, désormais, comme deuxième grand pan de la vérification dans le droit, lesdits excès aux mots auxquels invite, dans le champ des droits de l'homme au sens strict, surtout, *l'abus*.

II. Droits de l'homme, abus et excès

C'est en effet, sans jubilation, dans les droits de l'homme, *stricto sensu* ici, qu'on retrouve les tristes traces des phénomènes humains d'induction. Abus et excès mélangés donnent alors l'abcès. Tous les chemins menant à l'homme, c'est même sans doute même là que la psychologie s'avère surtout le plus dangereux et le plus douloureux pour le droit en général.

Ce mal, on le voit d'abord à l'œuvre, s'illustrer dans la discrimination, ou plutôt dans la non-discrimination et dans la systématisation raidie du discours la concernant, autre forme en soi de l'automatisation du droit : il y a ce qu'on fait et qui de tous se voit, ce qu'on a voulu faire selon soi et ce qu'on a dû vouloir faire selon tous, comme cela va de soi. Il y a la non-discrimination que la norme impose, fort justement, et puis il y a toutes les répliques, toutes ces discriminations perçues partout par tel ou telle et fondées sur l'interprétation. Et qu'importe que leur reconnaissance puisse abuser le droit tout entier, l'amener à s'amender, le modifier, en toute impunité, sur un fondement général d'auto-culpabilité présumée : la recherche de mobile et la vérification d'intention, tout droit issues de la psychologie ou simplement de l'humanité, vaudront alors, en droit, pour soi qui en juge et toutes branches confondues, vérité.

Les champs seront alors, sans joie particulière non plus, mélangés, pour un monolithique objectif cherché, pour ce que doit être l'unité. Et l'abus contaminera comme naturel-

⁸ Voy A. LAINGUI, *Petite histoire illustrée du droit pénal*, Paris, 2010.

lement, et comme on le voit et revoit malheureusement, ensuite, régulièrement, dès lors qu'il est question de ce qui nous ramène en boucle au droit pénal, ce qui est le terrain commun fondamental, la source même puisque dès qu'il y a humain, il y a faute : la qualification. Il y a, là, la qualification, en général, confuse à loisir (A 1), et certaines qualifications, particulières et sensibles, précipitées à l'envi (A 2). Ces deux catégories de qualifications forment une et une seule question (A), à laquelle il convient de revenir particulièrement en ce qu'après des effets de droit produits (B 1), elle invite, aux bons soins retrouvés de la psychologie du droit, à un renouvellement général de la réflexion (B).

A. *La question de la qualification*

1. *La confusion*

Il y a celles et ceux qui prennent encore le temps, devenu rare et précieux, et le prendront toujours, structurellement, de l'étude. C'est le cas de tout juriste de constitution normale, droit et juste, puriste et chercheur, inscrit dans son temps et sa longueur. Et puis il y a le public, à égalité, dont chacun est d'abord responsable, cette somme effrayante de juges et de commentateurs, habitués désormais à être servis, à la table de la Toile et des réseaux si sages, rapides et pressés – surtout s'agissant d'idées.

Massés dans leur camp, eux n'ont pas le temps et veulent du vibrant, immédiatement. Saisis par la peur de vivre (mourir est pour les autres), ils ont d'abord besoin de voir les droits de l'homme en action vivante et l'autre mourir : douches d'effroi partagé, *flashes* d'horreur humaine et de fraternité retrouvée⁹, piqûres de rappel d'humanité concentrée et empathique – comme le répètent en boucle narcissique les experts auxiliaires à la prestation.

Ainsi parlera-t-on de “volonté de mourir”¹⁰, alors que par principe, au-delà de tous, humains, une telle “volonté” ne peut pas être, et qu'il ne peut être de droit que le droit de vivre, d'ordre public humain, pour tuer ou le faire faire par personne, en noir ou en blanc, assermentée. On ne parlera pas de sécurité mais de sentiment de sécurité, plus de liberté mais de possibilité pour tous d'en toucher l'image et d'en caresser sur son écran le rêve éloigné, plus de mouvement mais d'accès meilleur de chacun à la mobilité, plus de violation mais d'agression ressentie, plus de handicap mais de tare visible. On ne parlera plus même de crime mais de violation du droit à la vie. Comme si tout ne passait plus que par cet autre écran mou que ce genre de mots sont. Sommes-nous aveugles ou malvoyants ?

Aidés par le délabrement du langage, les dégâts de la psychologie sur l'ordre que doit être le droit ne s'arrêtent pas en si bon chemin : il y a là ce qui peut être saisi et existe donc, et ce qui ne peut l'être alors que c'est partout, dans les faits, par exemple le harcèlement, la “manipulation” comme on dit ou disait encore, en droit (qui lui-même le fait parfois) le fait de faire faire par autrui ce qu'on sait ne pouvoir faire soi, sans risque d'être pris.

⁹ Sur ce vertueux effet-miroir du mourir, permettant, rassurant, de se vérifier soi toujours vivant, voy. M. BETTATI, *Le malheur des autres*, Paris, 1991.

¹⁰ Voy. notre note sous l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* (Cour EDH, 29 avril 2002), en *Jour. dr. int.*, 2003, pp. 535-538.

Pure psychologie, encore ici, que, sans même parler de psychiatrie, le droit requalifie. Au prix parfois, guère loin de l'autopsie, de nouvelles ellipses, de surinterprétations de ce que selon lui l'auteur doit avoir voulu vouloir, et perdant tout le monde dans le miroir. Dans un droit de ce genre, devenu système machinal, et à vrai dire carcéral, fondant l'humain sur un manque de foi en soi entretenu en retour, sur une défiance collective devenue chronique et obligeant à ne retrouver plus l'humanité qu'en ses restes essentiels et nucléaires d'urgence ou de détresse, on ne pourra plus voir de "dignité" que dans le geste inverse de s'indigner, de crier en gilet, s'en remettant à qui hurlera le plus fort. On verra un crime antisémite dans un crime commis contre un juif et une discrimination de genre dans un acte touchant une femme.

Comme si le juge, chambre enregistreuse, identificateur et qualificateur, qu'est chacun, universel, chacun aussi journaliste et *star*, trouvait que l'infraction, déjà pénible en soi, ne pût venir que de ce que lui avait listé de possiblement mauvais, d'apparente possible faille, niant, dans une loi nécessairement générale, l'histoire intime des faits et les qualités propres à chaque être. On fige alors le pire pour le contempler hystérique, en rond. Et entre davantage encore, presque de plain-pied désormais, dans le cœur de la question, celle de la précipitation.

2. La précipitation

Comment, un crime, commis en plein Paris, sur une vieille dame ? Comment la chose est-elle possible ? C'est inacceptable ! Et si la suppliciée était de "confession", ou d'"origine", "israélite", et autres horreurs, comme ils disent (et non simplement juive – le mot est devenu gros, alors que pourtant la chose arrive même aux meilleurs), c'est intolérable ! Et là, on est sûr de vendre son encre et son papier, dans la rue. Car, tout de même, disons-le bien, que ne (re)voilà donc pas un crime antisémite ! Aussitôt reconvoquons l'histoire, brûlons les nazis, noyons les fascistes, crions ensemble et redevenons, librement et également, les frères que toujours nous fumes. Le problème, est qu'en droit, en plus de piétiner notamment la culture et les gens, ce concert niais et collectif a aussi un certain coût, lourd. Ignorez-vous donc que la précipitation nuit à la raison et à la vitesse même, que comparaison n'est que néant, et que le droit, le vrai, le droit juste, repose sur la précision déterminante et souvent définitive des qualifications ?

Et ignorez-vous le poids, sur la peine encourue, d'une retenue judiciaire de ladite qualification antisémite appelée d'emblée, comme aux pires temps ? Ne savez-vous pas que la fonction sociale du droit n'est pas le jugement, attendu – dans dix ans ou l'année prochaine –, en temps, mais d'abord, à travers l'enquête, policière et judiciaire, purement, l'établissement des faits ? C'est son honneur, c'est ce qu'il doit être, les droits de l'homme étant d'abord l'affaire du droit et de la République. Un crime sur un Juif doit-il être, aveuglement, nécessité et cécité faisant loi, antisémite – et l'accusé pouvant au mieux prouver qu'il ne sût pas ? Est-ce dans quelque étrange Code encore ou autre douteux Musée, écrit dans un Statut spécial, écartant par catégorie du droit au droit commun, automatiquement, ramenant au subsidiaire ordinaire le crime commis sur un non-juif ? Que voulez-vous croire, là, et à qui profite de vous le faire croire, ici, et, pour tous, ce faisant, contribuer à figer ?

Sans doute comprend-on l'intérêt, autre, ailleurs, d'une précipitation médiatique, essentielle à la sauvegarde des airs et des émotions en *Requiem*. Mais un minimum de dignité recueillie, sinon de conscience du droit, pourrait imposer un temps décent avant de se jeter dans l'arène folle des réseaux sauvages en corrida, pour y faire part de ce qu'on sait nécessairement, comme confortant ce qu'on savait déjà, de cet antisémitisme de fond, de commenter à haute voix ce qu'on croit savoir de ce qu'on pense pouvoir comprendre de ce qu'au passage on a cru entendre. Car tout cela, ce désordre concentrant le crime sur un judaïsme qu'on ne porte pas soi, insulte le droit, les victimes authentiques qui ne demandent que justice, et mille et une autres choses qu'on croit pouvoir comprendre et s'approprier, le temps d'une émotion en communion de contrefaçon.

Candide pleure : en 2018, comment est-ce possible, de s'en prendre à une vieille dame rescapée des camps ? Le pouvait-on avant, sur quelque non-octogénaire non-juive ? Et nos temps modernes sont-ils tellement meilleurs ? N'y tue-t-on pas à tour de bras, avec tant de beauté ? Mesurez-vous encore la portée de vos mots ? S'agissant, finalement, et précisément, en droit, de la qualification antisémite d'un crime pouvant être de droit commun, et de ses implications sur le droit pénal et les droits de l'homme, à supposer qu'on n'allât pas immédiatement dans le hors-sujet, pour le pur pire, que l'appartenance en question se vît, comme le nez au milieu du visage, que l'assassin le crût et que, même, ce fût son mobile, de quel droit devrions-nous le suivre et ajouter foi ? En agitant quelle branche spécifique encore et au nom de quel dispositif légal et alors discriminant ?¹¹

Une dédramatisation s'imposant, il semble, d'après certains criminologues probablement antisémites, que tuer des enfants (les violer, dans certaines chapelles mal orientées, avant 2018) et des vieilles femmes, soit simplement plus facile, surtout dans les grandes villes. Évidemment, ces tueurs du dimanche, ces gens feignants, qui tuent en attendant comme on tue le temps, ont quelque chose de décevant, mais eux-mêmes, au fond, que savent-ils donc des Juifs, de leur histoire et de leur culture, hormis ce que vous-mêmes, les premiers à en parler, et vous qui les jugez, leur prêteront d'intentions ? Et pourquoi encore aujourd'hui, comme on le crie outragé, aurait-on moins de propension à tuer son prochain qu'au Moyen-âge ? Dans sa noble continuité ou haute évolution, l'humain y était-il donc à ce point plus sage ? Dans son mal idiot, peut-être plus difficile à excuser, faute de droits de l'homme pénalisés, et le crime plus dur à exécuter. Mais, objectivement, il n'est pas plus de raisons de croire la fraternité plus aiguisée désormais, que d'en douter.

Dans ce flot de mots, la raison laïque, conçue pour garantir l'exercice des cultes, fondamentalement égale, libre et fraternelle, ne résiste pas longtemps. Encouragée par la vitesse de l'information (il faut prendre le train en marche pour ne pas avoir l'air en retard – quand on l'est), elle doit tenir pour vrai *a priori* qu'un citoyen ayant l'attribut d'être juif doit appeler *ipso facto* un rattachement catégorique du crime dont il se trouve victime à son appartenance apparente et évidente. Ce réflexe est bien au fond le plus douteux, étrange, celui de voir partout de la religion, là où on dit ailleurs que nous sommes des citoyens, des frères, libres et égaux. Car on le sait, ce sont des conséquences *de droit* désastreuses que peuvent produire, attachés à ces mots flous, durablement ce dans quoi on se sera précipité sans passion, à l'emporte-pièce, saisi du besoin urgent ou pressant, au présent, de la plus effrayante possible (re)qualification.

¹¹ Voy. JBH, *Variations libres et désordonnées en forme d'hommage à un homme libre*, in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, 2004, pp. 239-263.

B. Le renouvellement de la réflexion

1. Des effets juridiques emportés

On est bien conscient de l'ampleur de l'humaine compassion concentrée dans l'urgence, qui permet de se reconnaître frères – nos amis animaux doivent se dire qu'on ne s'est pas vu de près depuis longtemps –, mais, le tout étant jugé de chez soi derrière la chaire de ses écrans, pourquoi cette analyse comparée, puéride et follement périlleuse et inconsciente (au mieux), avec le traitement par la presse d'une « islamophobie » dont on parlerait alors trop, par exemple ? Juifs et arabes ne sont-ils pas aussi, partout, des frères, titulaires d'une histoire, et leurs mauvais traitements couverts par le même générique terme – les mots ayant toujours le dernier mot ? Ne voyez-vous qu'on tue ici, quand on le fait, parce qu'on se sent humilié, par qui n'a rien vécu, mais tout commenté ?

Pour se libérer du besoin maladif de la reconnaissance de soi par l'autre au détriment du droit, de la nécessité asservie et accessoire de voir du religieux là où il n'y a jamais eu qu'ordre public et droit commun, un contrôle de la vision s'impose d'urgence. Parce que les effets, inconsiderés sur le moment, de qualifications lancées à la mer, hystériques et poussant en algues vertes tout autour d'un mot au contraire dramatisé et qu'à tort on ne dit pas (“juif”), quelles que furent les intentions mêlées des uns et des autres dans ce camp, c'est la mort assurée, sans crédit, celle des idées d'abord, et celle d'une pensée au mieux reconstituée, avec le temps.

Par triste et décourageante répétition du même, on attisera les mots laids sur les choses entretenues, ces faits “stigmatisés”, ces actes “amalgamés” (terme dentaire), ces “communautés” qu'on croyait, en France en particulier, pouvoir ignorer, en surmontant l'image redoutée et extrapolée par une réalité imaginée et devant être. Mais surtout, quand se produiront de vrais crimes tels que ceux qu'on prétendait tous azimuts dénoncer, les reconnaîtra-t-on, et se comportera-t-on alors moins mal qu'à l'époque où, pourtant bien incarnés, peu les voyaient ? Comme autant de tentatives de rachat dont nul n'a que faire, on parlera encore d'"affaire" (portant d'ailleurs en général le nom de l'auteur et occultant la victime directe) à tout propos, sans voir l'insulte faite aussi à l'Histoire. Derrière cet affectif effectif aigu, il y a, bien sûr, la Nation, défiée, et ce sentiment coupable, vraie douleur de l'ordre de l'intime, de la réconciliation intestine, mais toujours aucune raison d'en faire payer la victime d'un crime de droit commun, au nom de quelque recherche de soi, dans la psychologie et le langage¹².

En droit aussi, les mots tuent, et ces *rings*, sans fin et sans fond en soi, ces concours de la plus belle plume à qui pense le plus loin, peuvent finir par atteindre le noyau de l'ordre public, alors pourtant que ce qui divise formellement (la religion, par exemple) est aussi ce qui permettrait, bien utilisé, de se retrouver, dans ce qui au fond réunit – l'humanité et surtout sa recherche, créative et résistante. Même une morale banale et répétée n'est pas erronée pour autant, pas plus folle et sans doute moins dangereuse que l'identification hâtive d'un crime contre un être à un crime contre son peuple fantasmé – quand lui-même pouvait se croire français. Les mots nous trahissent, même et surtout ceux qu'on ne dit pas ou qu'on dit mal, en ne pensant pas au mal. L'appartenance supposée à un

¹² Voy *Le langage du droit*, Bruxelles, 1991; *Langues & Droits*, Bruxelles, 1999.

ailleurs, meilleur, dont on ne sait rien, n'a jamais empêché d'être brûlé ici-bas. Car dans la recherche des causes profondes de la confusion particulière, il n'y a aucun droit. Juste des idées.

2. *Ouverture sur un droit retrouvé*

Ces idées, populaires et massives, celle de l'élection, celle de la terre promise, celle d'une religion épousée alors qu'elle est culture retrouvée, en tous pays, celle de quelque divine nationalité sortie de quelque étrange nativité, ou de quelque autre "loi du talion" inconnue au bataillon, ne sont, ici, pour le droit et pour la paix en général, pas les meilleures. D'ailleurs, en attendant, les premiers concernés se tairont, comme toujours, laissant aux derniers, bibliques publics, le soin de mélanger dans la joie les droits de l'homme¹³ et l'empathie, organiser des marches, dire des mots divers, donner encore libre cours à leurs propres peurs conjurées, sans fin commenter, jusqu'au fond, alors qu'on voulait juste la paix. Et s'il faut manifester, parce que c'est une liberté, publique, que chacun donc le fasse, hors-la masse, sans le moindre rapport à quelque foi que ce soit, dans l'exercice le plus simple de son droit, républicain, également.

Mais, pour le reste, on se dit qu'on pourrait sans doute laisser la foi aigue aux nouveaux convertis sans retour et, en droit, au champ zélé de l'abus¹⁴, le radical ridicule au néant voilé, pour enfin retrouver l'Homme, ce sujet initial de droit dépourvu d'existence hors de la couverture qu'on lui donne, libéré tout autant, dans le même bel élan salvateur, des contraintes de genre et autres auxquelles on toujours on ramène par vague la règle générale au nom des besoins du moment, ceux de nos courts discours en négatif et en creux. Se réconcilier donc, et, par-delà les mots et l'information de ce genre, retrouver le Droit. La garantie de notre paix, c'est lui, et ce ne peut être que lui, même sans passion.

Ceux qui sont en question un jour ne sont pas nécessairement pires que nous qui demain les lapidons – ou qui hier les lapidions. La peur prétendue de l'antisémitisme regarde qui en parle à tout escient et n'est peut-être pas partagée par qui devrait la vivre et ne voit que la Nation – sans avoir de raison particulière d'être très rassuré par un discours fondé sur le vent et dont le résultat profite à qui on ne saurait non plus nommer, qu'on dit redouter, qui nous excite et qu'en insistant, on rappelle. Rien n'étant plus têtu que les faits, continuer tout droit dans la mauvaise voie, sans pouvoir se retourner sur une erreur grandissante de plus en plus impossible à considérer, ne pourra en effet, mécaniquement, objec-

¹³ Voy. M. VILLEY, *Correspondance*, en *Revue Droits*, 1986.

¹⁴ Dans le champ miné des libertés, l'abus de droit a sans doute une responsabilité toute particulière, à la fois comme frein et comme moteur, invitant dans ce dernier cas le droit à se réinventer sans cesse : l'exercice d'une liberté est vital pour son existence même et sur le fond, mais chaque liberté est bel et bien, elle-même, d'abord, quel qu'en soit le contenu, sans frontière ni discrimination, celle *de ne pas* – faire. Voy., sur l'abus en particulier, de ce point de vue amplifié, P. SIMON, *Le droit, arme politique*, Paris, 1988, et en général sur les libertés, J. MORANGE, *Les libertés publique*, Paris, 2007. Et, plus particulièrement encore, concernant la si sensible "liberté d'expression", il semble bien que la question ne soit pas tant celle de l'expression proprement ou strictement dite que déjà, bien avant, celle du sentiment (religieux, d'appartenance, par exemple, selon le sujet) et surtout celle de l'opinion. Et comme il n'est d'opinion, encore, qu'exprimée, on ne peut, raisonnant ainsi, que, doublement, et symétriquement, tourner en rond : d'une boucle, l'autre. La liberté n'étant comme le mot que mouvement, et sentiment aussi, ou intention, tension plus que statut (car alors tout se fige), mouvement de libération, et tout étant intéressant pourvu qu'on s'y intéresse, nous posons, donc, juste, la question.

tivement, on le croit, qu'ajouter encore foi à l'envi sans envie, au propos des assassins du droit commun, y ajouter un poids et du sens que leur crime initial n'avait pas forcément mais que pourraient avoir les suivants.

Sans doute, se sentir libre, est-ce l'être. Mais sera-ce donc tout ce qui restera ? Parce que cette forme sociale grave, en général, renouvelée par un progrès aigu à la vitesse croissante, d'autocensure collective encouragée par le discours, semble fonder plus généralement le droit désormais sur la peur et sur une volonté de puissance qui le rapproche du totalitarisme pur, tout devant être collectivement, systématique, unique au départ, tel qu'on veut l'avoir vu, et rendu tel quel, en toute hypothèse, sans faillir, sans tourner, tout droit. L'abus roi¹⁵ de cette fenêtre offerte est en fait une porte, ouverte à une déformation qui risque d'être difficile à redresser.

Cet accès à tout, qu'on s'est offert parce que c'était possible, la réflexion venant après, au mieux, comme recollecter les miettes cérébrales de ce qui pourrait encore l'être, sauver le mobilier possédant, aura-t-elle été ainsi notre malédiction aussi ? On a imité l'oiseau pour créer l'avion, mais s'est perdu en vol, fait tomber son âme et égaré le droit – du plus fort. Une vision idéalisée des droits de l'homme¹⁶ fondée sur le sentiment de faute aurait-elle pu, de fait, de fil en aiguille, la constituer, cette Faute cherchée, en imprimant au passage à notre jugement même, notre arbitre, un caractère automatique qui le rend dangereux et apte à transformer le droit en machine dont on serait devenu, nous, l'assistant dépassé par des efforts sans objet ? Encore pure psychologie, le droit devenant son étude.

Mais c'est là aussi, justement, l'invitation à une réflexion renouvelée sur le droit, sa fonction et son objet. Que dirait donc le pilote d'un avion sans lui et sans ailes ? Que dirait, à nouveau interrogé, le pénaliste d'une société dans laquelle la peine précéderait le crime ? Ce genre de spéculations ou de projections, psychologiques ou encore simplement humaines, sur les devoirs qu'imposent nos machines, sur nos responsabilités envers les objets en général, et non seulement envers l'autorité, envers nos frères humains ou envers la nature et les animaux, nos amis proclamés, n'est-ce pas aussi une manière de sauver l'ordre, de se sauver soi, par retour, de la folie périlleuse de choses pensées naguère dans le désordre, cécité faisant loi ? On veut le croire, comme on se le doit. La souveraineté restant à l'auteur et à la pensée, l'exercice de sa liberté demeurant pour chacun du domaine du devoir et de la responsabilité, et le reste étant tout ce qui peut encore, par cette psychologie retrouvée qu'on appelait l'humanité, au-delà de ces frontières molles qu'on n'aura fait que déplacer dans des qualifications folles, par un droit renouvelé, réconcilier.

¹⁵ Voy. L. DUBOIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, 1962.

¹⁶ Voy. M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983.