

Jean-Michel Belorgey

Exception française et droit

Existe-t-il une exception française dans le domaine du droit ? Certainement pas dans le domaine du droit positif, mais plus dans les procédures, dans l'intersection entre le juridique et le politique, dans une façon de désenclaver l'identité. De ce fait, le système juridique français, malgré la clarté de son expression, éprouve de vraies difficultés à faire face aux nouveaux enjeux de la nationalité et de la laïcité.

« Eh bien, au vu de ces résultats, je suis fier d'être français »
(G. de Robien, au soir du premier tour des élections présidentielles, avril 2007)

Ya-t-il une exception française ? Que faut-il entendre par là ? Et cette exception a-t-elle ou non à voir avec le droit ? Plus que ce ne serait le cas d'autres exceptions, réelles ou prétendues ? Quel droit au demeurant ? Et porteur de quels fruits ?

Quand les lectures de l'exception convergent

C'est en 1928, l'année même de la publication par Keyserling de son « Analyse spectrale de l'Europe », dans l'édition originale allemande (*Das Spektrum Europas*), qu'Élie Faure, médecin historien et critique d'art, donne à la *Grande Revue* son « âme française », son « âme anglaise », son « âme espagnole », son « âme italienne », et son « âme russe » ; « l'âme juive » était parue l'année d'avant, dans *France Palestine*. En ces années du cœur de l'entre-deux-guerres, où l'on croyait donc, de quelque culture qu'on participe, à une identité des peuples,

il est intéressant de relever entre l'humaniste éclectique français d'origine juive – et qui n'hésite à s'en ouvrir (« quelle trame s'est donc tissée dans les dessous secrets de notre histoire visible pour qu'une tribu, la plus perdue, la plus infime dicte aujourd'hui sa loi au monde, bien qu'obéissant à ses lois ») –, et l'aristocrate allemand, par-delà des diagnostics concernant la France sur plus d'un point différents, d'étonnantes convergences de vues.

Vertus de l'intelligence et de la langue :

« L'expression française est, dans tous les domaines, d'une clarté évidente; elle possède les mêmes qualités qui firent que, dans l'Antiquité, la forme grecque conquit naturellement...;... Cette expression est... de la logique incarnée... La lucidité de cette langue... » (Keyserling)

« Aucune des plus grandes littératures ne présente une ordonnance intellectuelle comparable qui s'exprime par la prose la plus ferme et la plus limpide que les hommes parleront jamais. » (Élie Faure)

Mais vanité, ignorance et/ou incompréhension de ce qui n'est pas soi :

« La vanité française est... une vertu nationale. Mais cette vertu devient un vice dès qu'elle dépasse le monde de l'intimité... Les véritables dominateurs ne sont jamais vaniteux; ils ne se reflètent pas, ils irradiant. » (Keyserling)

« La vanité et la crainte du ridicule sont les traits les plus saillants du caractère français. » (Élie Faure)

« Il n'est possible de discuter fructueusement avec un Français que si l'on partage sa conviction... Il est physiologiquement incapable de mettre jamais en doute cette conviction... Il comprend plus difficilement que quiconque ce qui est étranger... Dans chaque adversaire, il a vu l'ennemi de la civilisation; chaque fois il s'est targué de son droit absolu... Plus le danger de guerre s'éloigne, et moins sont prises en considération les revendications juridiques françaises... Il est incapable de comprendre qu'on veuille être différent de lui. Si quelqu'un ne peut pas être comme lui, il voit là une situation provisoire, et il est tout prêt

à l'aider d'en sortir avec un désintéressement et une générosité tout à fait sincères. » (Keyserling)

« L'ignorance où elle (la France) est de la psychologie des autres peuples ne peut-elle être attribuée en partie à cet effort qu'elle doit faire pour absorber tous ces éléments étrangers? Ne serait-elle pas condamnée à ne les comprendre que dans l'ombre d'elle-même... Ce qui n'est pas ridicule, c'est ce qui ne sort pas de la règle établie par le Français... Il ne respecte les hommes qu'à travers les institutions... La bonne opinion qu'il a de lui enlève au Français le sens de la liberté, parce qu'il n'a pas des autres cette même bonne opinion, et aussi parce qu'elle le fige dans une mentalité définitive lui interdisant par là même la conquête de la liberté. » (Élie Faure)

Indifférence aux faits (nouveaux) et conservatisme aussi :

« Le Français croit à la définition comme les peuples sauvages croient aux fétiches¹. Mais du point de vue français, on ne peut définir clairement que ce que l'on sait déjà... S'il s'agit de comprendre ce qui est nouveau, il faut... S'abandonner à l'expérience, et le Français est physiologiquement incapable d'un tel abandon. » (Keyserling)

« Le fait n'intéressera pas le Français, mais l'organisation des faits, et quand les faits lui manquent... » (É. Faure)

Propension au statisme :

« Sans doute la France a-t-elle, en apparence, souvent représenté le principe de variation. Mais ce n'a toujours été qu'une apparence. La France, conformément à sa nature, n'adopte de nouvelles idées qu'exactement dans la mesure où elles servent non pas à détruire, mais bien à maintenir l'équilibre existant. » (Keyserling)

« Le Français, pour se défendre contre sa propre inconstance, veut du fini, du défini et du définitif. Ainsi apparaîtrait le paradoxe suprême qui veut que le peuple où l'immigration depuis des siècles est la plus continue et la plus forte, et brasse les courants ethniques sans

1 Bruno Latour, en parlant des fétiches, savait-il avoir été précédé par Keyserling, ou l'a-t-il seulement oublié?

arrêt, soit aussi le peuple qui tend à la plus grande volonté statique... C'est le dynamisme précisément de ses conditions vitales qui fait le statisme invincible de ce peuple. » (É. Faure)

Plus que Keyserling, cependant, Élie Faure prête à plusieurs aspects de l'identité française une attention singulière :

– Aux rapports entre individuel et collectif :

« La vanité collective faite de dix ou cent mille vanités individuelles... Peut produire parfois, pour quelques jours, quelques heures, sans préparation, presque sans outils, peut-être même sans but, un de ces fulgurants miracles qui donnent à la France le visage surnaturel d'un archange envoyé par Dieu. »

« Les contrastes inouïs que présentent... Les gestes collectifs et les gestes individuels, la vanité des mobiles et l'humanité des mœurs. »

« Ce en qui la France déchaîne la Révolution, ce n'est pas la raison; c'est le bon sens de quelques-unes et le cœur de tous... Alors le miracle éclate par un de ces retournements subits des habitudes veules... La masse agissante là où s'agitait dans le vide la poussière des individus. »

– À l'écart entre grandeur et lucidité promises et comportements constatés :

« C'est parce qu'on la sait capable des plus grandes choses qu'on la regarde généralement comme au-dessous de sa tâche. »

« Comment voulez-vous qu'on ne se montre pas au moins surpris quand il qualifie de crime chez les autres ce qu'il qualifie d'héroïsme chez lui? »

« On critique tout, mais on oublie tout, et l'on est prêt aux plus abjectes servitudes comme aux plus excessives révoltes. »

– Au rôle, enfin, du droit :

« N'est-il pas frappant qu'aux deux siècles où l'architecture a brusquement fléchi en France... Soient justement apparues les plus fortes ébauches de la loi civile française, avec Cujas et l'Hospital, et cette loi civile elle-même, avec la Convention et Bonaparte, comme s'il était nécessaire de substituer le lien légal à la défaillance du lien visuel. »

« Cet esprit d'architecture transposé dans les âmes positives a donné l'esprit juridique. »

Droit et juridisme dans l'âme

Cette insistance sur la dimension juridique de l'« âme », de la façon française d'être au monde, de la part de quelqu'un qui n'est pas un juriste, mérite qu'on s'y attarde. Même si la fascination (confuse) du droit n'est pas, chez différentes catégories de penseurs, un trait original. La façon française d'être au monde aurait-elle donc à voir avec le droit ? Et le rapport au droit dont elle témoignerait suffirait-il à fonder une exception ? Car il se distinguerait significativement de celui qu'entretiennent avec le même droit (ou un autre, à tout le moins l'idée de droit) d'autres ensembles humains, d'autres peuples, d'autres nations.

Il est difficile de trancher. La France (ou la proto-France) a hérité du droit romain ; d'autres pays ou peuples aussi. Son gouvernement a, tôt, obéi à des règles (les lois fondamentales du Royaume) inégalement respectées selon les époques, et faisant inégalement obstacle au règne du bon plaisir, et/ou de l'anarchie. Elle n'a, en 1789, consacré les libertés dégagées par la pensée des Lumières que pour les fouler, à l'intérieur de ses frontières, pendant plusieurs décennies, plus qu'aucune société au monde, à l'extérieur autant que n'importe quelle puissance colonisatrice. On avait, sous Louis XIV et Louvois, ravagé le Palatinat ; Saint-Arnaud, Yousof et quelques autres ont, avec la bénédiction de Tocqueville (pas de Victor Hugo) coupé les arbres fruitiers et les oliviers, razié le bétail, enfumé les tribus pendant près d'un demi-siècle de conquête de l'Algérie. Les armes faites, outre Méditerranée, par l'armée coloniale lui ont à cette époque servi de grandes manœuvres avant le massacre, à plusieurs reprises, des ouvriers parisiens, lyonnais, etc., plus tard d'expérience en vue de s'établir comme marchande de formation, tortures comprises, à la lutte contre-révolutionnaire (l'Argentine, le Congo belge, etc.). La France est incontestablement un État

de droit, comme d'autres. Le système juridique français est, en termes de hiérarchie des normes, moniste, de système juridictionnel, dualiste (allez expliquer ça aux Chinois, et, si l'interprète n'est pas entraîné, à quiconque !). Sa juridiction administrative n'a pas été, contrairement aux imputations dont elle est l'objet, un mauvais défenseur des libertés. Le dualisme n'empêche pas, en dépit des mêmes imputations, une raisonnable efficacité. L'Europe va nous obliger à changer tout ça, pas en mieux, pas dans les dimensions où ça ne marche pas, là où l'originalité française la défrise (il faut regarder les choses de près pour comprendre de quoi il s'agit à condition que ce soit cela qu'on projette, voir Latour au Conseil d'État)². Rien de tout cela n'est décisif.

L'exception entre projection et exemplarité

Mais peut-être n'est-ce pas du côté du droit positif, mais du côté des rapports, métaphoriques ou fantasmatiques au droit qu'il faut chercher l'exception française.

Serait-ce alors en termes de procédures que la France cultiverait plus volontiers la voie de l'exception que la voie de l'action directe, ce que donne, d'une certaine manière, à entendre Élie Faure ? À moins qu'il ne faille solliciter et exploiter, au voisinage de la première, une autre anfractuosité, encore plus secrète, du droit, et se demander si l'état

2 Jean-Michel Belorgey : « La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État » (Recension de l'ouvrage de Bruno Latour, *Revue sociologique du Travail*, n° 1, 2004)

3 Saint Bonnet et Fontana, cités par Giorgio Agamben : « L'État d'exception », *Homos sacer II*, 1, Seuil, 2003, où il n'est pas sûr que la perspicacité et la profondeur d'analyse de l'auteur se déploient de façon aussi convaincante que dans d'autres ouvrages.

4 Le bref historique de l'état d'exception en France donné par Giorgio Agamben est, à cet égard, tout de même éclairant ; encore qu'il gagnerait à être complété.

d'exception, « ce point de déséquilibre entre le droit public et le fait politique », cette « frange ambiguë et incertaine à l'intersection entre le juridique et le politique³ » ne serait pas, pour la France et les Français, une façon ordinaire d'être au monde. Si l'éréthisme que cela traduirait, ou consacrerait, ne serait pas un trait du caractère national. Guerres civiles, insurrections, résistances ont, de fait, incessamment scandé une histoire qui a, certes, aussi connu ses phases d'accalmie, mais rarement durables, et parfois, pour une large part, superficielles⁴. Parler d'exception, plus encore que tirer les conséquences d'une comparaison, serait alors décrire un régime thermo-dynamique, ou une affection vitale. L'une et l'autre perspective ne sont sans doute pas inconciliables, ni

s'agissant de la France, ni s'agissant, d'ailleurs, d'un peuple ou d'une nation quelconque, accoutumé ou non à articuler les mêmes prétentions, ou des prétentions cousines (mais quels sont les peuples, ou nations, qui résistent à cette pente ?).

Reste à élucider la question des rapports entre exception et exemplarité (assortie d'une disposition, relevée par Keyserling, à être secourable à ceux qui ne sont pas comme nous). Si la façon d'être au monde d'une personne ou d'un groupe humain – cette dernière extension ne va, il est vrai, pas de soi – n'est « ni essence, ni... existence, mais manière jaillissante, non d'un être qui est dans tel ou tel mode, mais d'un être qui est son mode, et de ce fait, tout en restant singulier et non indifférent, est multiple et vaut pour tous », ceci « le rend exemplaire » en ce que « sa... manière n'est pas... une propriété qui le détermine et l'identifie... mais plutôt une impropiété », « cette impropiété est assumée », et il y a « accomplissement sans plainte »⁵. Peut-être peut-on, en comprenant les choses ainsi, surmonter le paradoxe de l'exception et du modèle, ou de l'exemplarité. Le paradoxe fait peu de doutes; ce qui est d'exception est, semble-t-il, en se donnant comme exemplaire, en prenant figure de modèle, et en courant le risque d'être imité, voué à n'être plus d'exception. Il se pourrait cependant que cela ne soit pas fatal. Agamben évoque à ce sujet la tradition talmudique et la thématique de la Baladiya – substitution – des amitiés islamo-chrétiennes de Massignon : « Au moment où chacun parvient à son état final, accomplit son propre destin, il se trouve alors pour cette raison même à la place de son voisin. Ce qui constitue l'être propre de toute créature devient sa faculté d'être substituée, son être de toute façon dans le lieu de l'autre... ; selon Massignon, se substituer à quelqu'un ne signifie pas compenser ce qui lui manque, ni corriger ses fautes, mais s'expatrier en lui tel qu'il est. »

Les identités contre l'État d'exception

Mais cette première forme de désenclavement d'une identité close pourrait n'être qu'une étape vers un désenclavement plus radical où la « singularité quelconque » voisinant avec « la totalité du possible », acquerrait sa forme, son mode « non pas au moyen de la participation à un concept déterminé, ou à une certaine propriété actuelle (l'être français, communiste), mais uniquement grâce à ce voisinage... ». Que reste-t-il d'une exception si elle ne participe pas d'une propriété

⁵ Giorgio Agamben : « La communauté qui vécut : théorie de la singularité quelconque », *La librairie du XXI^e siècle*, Seuil, novembre 1994.

actuelle (ce qu'Élie Faure ou Keyserling tiennent d'évidence pour acquis) ?

Julia Kristeva, elle aussi, a, comme Agamben, encore que différemment, ausculté ces marges de l'identité où « l'inquiétante étrangeté... introduit le rejet ferme de l'autre au cœur de ce "nous-mêmes" sur de soi, et opaque qui, précisément, n'existe plus depuis Freud, et qui se révèle un étrange pays de frontières et d'altérité sans cesse construites et déconstruites »⁶.

La ou les barrière(s) de langue entre philosophes, psychanalystes, sociologues, et légistes ou juristes aidant, et ce qu'il faut bien nommer d'une part la complaisance verbale des premiers, d'autre part la rigidité mentale des derniers, se conjuguent et creusent le différend; l'une et l'autre approches risquent fort naturellement de déchaîner chez ceux-ci ricanements ou dénonciations.

Michaël Walzer, penseur plus entraîné et plus évolué que nombre d'intellectuels organiques, ne résiste pas, dans son « Traité sur la tolérance », à faire preuve à l'égard de Julia Kristeva de ce qui ressemble bien, et à de l'inculture, et à de l'intolérance. On imagine la réaction de personnes plus étroitement liées aux institutions.

Car ce dont parlent Agamben et Kristeva constitue, de fait, une menace évidemment intolérable pour l'État. Car pour celui-ci « ce qui importe, ce n'est jamais la singularité comme telle, mais seulement son inclusion dans une identité quelconque », à telle enseigne qu'un « être qui rejette toute identité et toute condition d'appartenance », est, plus encore que celui lui opposant une identité rivale, son ennemi, et que « la nouveauté de la politique qui vient » pourrait bien être « qu'elle ne sera plus une lutte pour la conquête ou le contrôle de l'État, mais... entre l'État et le non-État »⁷.

Dans l'œuvre d'Abdelmalek Sayad se dessinait déjà, en d'autres termes, une intuition de ce genre, lui qui indiquait que toute négociation concernant les flux migratoires n'impliquait pas que deux, mais trois parties, le pays d'origine, le pays d'accueil et les migrants eux-mêmes. Concept dont on sait qu'il n'a jamais trouvé à s'illustrer. Comme sont demeurées très largement

⁶ Julia Kristeva, *Étrangers à soi-même*, Arthème Fayard, 1988.

⁷ Giorgio Agamben, *op. cit.*

incomprises ses réflexions, essentielles, sur « le lent et silencieux cheminement de l'immigration », la confusion entre citoyenneté et nationalité, et la façon dont les réquisitions d'allégeance, souvent croisées, empoisonnent la vie, la vouent au dédoublement⁸. Le fait est que demeurent la bête noire de toutes les sortes de pouvoir les familles transfrontières, les doubles nationaux, les diasporas non-vassalisées, les prétentions à une citoyenneté des deux rives. De cette forme de rapports entre une société et ses minorités, Walzer ne parle pas non plus, bien qu'à défaut de se faire à l'approche de Julia Kristeva, il accepte l'idée d'une tolérance s'appliquant à la fois aux groupes allogènes et à la dissémination individuelle des différences..., mais dans les frontières de l'État-Nation. Les Américains « avec trait d'union », sur qui, il compte pour acclimater la tolérance dans les sociétés d'immigration, ou s'y apparentant (Italo-américains, Hispano-américains, etc.) ne sont pas des doubles nationaux. Ce sont des Américains conservant des racines dans une culture non-américaine.

Plus qu'aucun autre système juridique, et malgré la clarté de la langue française en général, de la langue juridique française en particulier, qui ne fait guère de doutes, à cause de la vanité, du narcissisme, du conservatisme français, le système juridique français éprouvera d'insurmontables difficultés à faire face à ces nouveaux enjeux.

Le droit à l'épreuve des marges

Le droit français de la nationalité se singularisait, jusqu'il y a peu, a-t-on dit, par la façon dont, au contraire du droit allemand, il était un droit du sol et non un droit du sang. Cela a beaucoup changé, sinon dans la théorie, du moins dans la pratique; les enfants nés sur le sol français de parents étrangers n'ont aucune chance d'échapper, pendant leur minorité, à l'expulsion infligée à leurs parents en situation irrégulière. Ils ont vocation à être Français; il y a peu de chances, et on y compte bien, qu'ils le deviennent jamais. Il y a toutes sortes de moyens de faire obstacle à la concrétisation du droit purement virtuel qui leur a été concédé.

Sous couvert du concept de laïcité, plus qu'aucun autre représentatif d'une exception française, de plus d'un point de vue fantasmatique, et qui, comme tout ce qui relève des fantasmes, se nourrit de l'ignorance de l'histoire, on assiste aujourd'hui à

8 Voir notamment Abdelmalek Sayad : « L'immigration ou les paradoxes de l'altérité », et ma chronique de sa réédition dans la Revue du SSAE, décembre 2006.

un dévoilement de la pensée de ses pères fondateurs, Jaurès au premier chef. Et, au lieu de continuer à poursuivre ce qui avait été le but de ceux-ci : en finir avec « l'infaillibilité d'Église ou d'État », avec « les réprouvés », faire en sorte que « des gens qui ne tombent jamais d'accord s'habituent néanmoins à vivre ensemble », on fourbit des ostracismes, on cherche à fomenter des insurrections pour pouvoir les réprimer ; on sacrifie, en invoquant à tort et à travers les droits de l'homme et l'universalisme, à des rêves bellicistes. Plutôt le charnier que la cohabitation des contraires. On a, de cette démarche, un exemple à la fois éclatant, désolant et pathologique avec le projet de Charte dite « de la laïcité dans les services publics » du Haut Conseil dit de l'intégration. L'état d'exception encore, au sens d'état d'urgence, de sacrifice du droit, ou d'asservissement de celui-ci aux exigences politiques, au mauvais sens du terme : ruse, esquive, dérivation, désignation de boucs émissaires.

L'épuisement de l'exception par le droit

Se vouloir en état « d'exception », revendication, qui n'est pas sans précédent, ni à l'abri de la concurrence, pourrait n'être pas, que ceux qui la portent s'en avisent ou non, du seul ordre de la prétention. Elle pourrait être aussi de l'ordre de la souffrance, d'une souffrance plurielle, multiforme. À vivre en état d'exception, on vit moins bien, moins près des rythmes naturels ; on force en un sens la nature. Car l'exception n'est pas donnée, mais forgée. C'est à coup de différentes sortes d'abus qu'on l'entretient. En un mot, c'est une forme de toxicomanie, pour partie née de la crainte de n'être pas assez, ou de n'être quasiment rien, si on n'est pas autre chose, et, à ce titre, plus, même si être autre chose ne garantit jamais qu'on soit plus.

Et qu'on fasse là intervenir le droit est un peu surprenant. Jusqu'à ce que, l'habitude aidant, on perde de vue ce qui aurait pu/du surprendre. Ou qu'on en vienne à se persuader que le droit est, pour une large part, de l'ordre de l'imaginaire et, sous couvert de transcendance, est à disposition.

La France n'a pas seulement revendiqué d'être, et parfois réussi à accrédi- ter l'idée qu'elle était la fille aînée de l'Église (mais quels potentats, réserve faite de l'Empereur du Saint-Empire, s'en sont jamais à ce point pris à l'Église, et sont, surtout, à ce point parvenus à l'assujettir, du gallicanisme à Napoléon... ?). La France s'est aussi targuée d'être la patrie des droits de l'homme, alors même que, plus ou autant que quiconque, elle les bafouait. Le droit, le respect du droit n'en demeurent

pas moins, en France, presque autant qu'aux États-Unis, encore que sous des formes différentes, l'un des ingrédients de la légitimation du pouvoir. On y pratique la même religion du droit, quitte à le fouler également aux pieds, dans les formes (la théorie des circonstances exceptionnelles), ou sans les formes, avec la bénédiction de ses vestales (les légistes de l'ancien régime et leurs successeurs).

Parce que la Constitution proscrie toute prise en compte du sexe, de l'origine nationale ou ethnique, des convictions religieuses, on tient pour acquis qu'elle est respectée, et ce sont ceux qui sont victimes de la violation du principe qu'elle énonce qui portent le double poids d'avoir à subir, et d'avoir à nommer la violation.

Parce que la France s'est appropriée les droits de l'homme, ceux qui mettent en doute qu'elle les honore autrement qu'elle les proclame sont aisément mis au banc des accusés. Et il advient même qu'à la commission nationale consultative des droits de l'homme, les NGONGO (les non governmental governmental organisations), autrement dit les suppôts du pouvoir soient en passe, avec la complicité de celui-ci, de parvenir à faire la loi.

Parce que l'exception française a été mise en droit, à tort et à travers, ceux qui s'en inquiètent sont taxés de n'être pas de bons citoyens. Mais, alors même qu'elle devrait, dans ce qu'elle a de respectable, être respectée, elle est bradée sans qu'on soit autorisé à le dire.

Parce que l'exception française s'est voulue inopportunément conquérante sur le terrain du droit comme sur d'autres, voilà que, après avoir remporté de non négligeables (et non illégitimes) succès, elle reflue, sous l'effet des contre-feux dressés et alimentés contre elle par ceux qui, comme ou plus que ses vestales, voient dans le droit un instrument de pouvoir, et à qui, désormais, le rapport de forces est favorable. Peut-être est-ce un châtiment mérité. Peut-être est-ce dommage.