

LE CRIME ET LE DELIT FONT AVANCER LE DROIT ? ELOGE DE LA TRANSGRESSION.

Le crime et le délit font-ils avancer le droit ?

Par précaution et nuance, la formule « *le crime et le délit font avancer le droit* » est volontairement provocatrice pour une introduction, mais je m'empresse de préciser, afin de lever tout malentendu que je ne souhaite pas donner l'impression que toute infraction serait, par nature, un moteur du progrès juridique.

Cependant certaines transgressions peuvent contribuer à révéler les limites d'une norme et à alimenter le processus de transformation du droit.

Tel est le propos des présentes.

Pour les besoins du raisonnement, partons d'une déclaration de l'avocat Jacques VERGES, qui défendait l'idée paradoxale selon laquelle certaines infractions peuvent contribuer, à terme, à faire évoluer le droit.

Dans notre histoire contemporaine, cette idée est particulièrement intéressante lorsqu'on l'applique à l'avortement et à l'homosexualité.

VERGES partait d'un constat simple, pour lui le droit n'est pas immuable.

Qui se risquerait à le dénier ?

Une conduite peut être considérée comme criminelle ou délictueuse à une époque, puis être dépénalisée, reconnue ou protégée par le droit quelques décennies plus tard.

Cette évolution permet de mettre en lumière une distinction essentielle et dire qu'un comportement était juridiquement interdit à une époque ne signifie pas nécessairement que ce comportement était, sur le plan moral ou politique, considéré comme illégitime par tous.

Autrement dit, il faut distinguer la légalité d'un comportement de sa légitimité.

Dans cette perspective, la personne qui enfreint une loi qu'elle considère comme injuste peut se retrouver en conflit avec un ordre juridique qui, précisément, est susceptible d'évoluer.

La transgression peut alors devenir un élément du débat public et contribuer à mettre en question la règle existante.

Le procès peut ainsi devenir autre chose qu'un simple mécanisme d'application de la loi.

Il peut devenir un espace dans lequel est discutée, directement ou indirectement, la légitimité de la norme juridique elle-même.

Il faut toutefois éviter une confusion qui serait de constater qu'un comportement qui était interdit juridiquement à une époque ne permet pas, à lui seul, d'affirmer qu'il était moralement ou politiquement légitime de le pratiquer.

La légalité et la légitimité ne se confondent pas.

C'est précisément leur tension qui est intéressante dans le raisonnement de VERGES.

Cette conception rejoint d'ailleurs sa pratique des procès dits « de rupture ».

Dans ces procès, VERGES ne se limitait pas à discuter la culpabilité de son client au regard de la loi applicable.

Il pouvait chercher à déplacer le débat vers la légitimité même de l'ordre juridique ou de l'institution qui jugeait.

Les procès de Klaus BARBIE ou ceux concernant des membres du FLN en constituent des illustrations particulièrement fortes dans ces cas d'espèce la défense ne cherchait plus seulement à démontrer que l'accusé n'avait pas commis l'infraction qui lui était reprochée, contestait le cadre politique, historique ou institutionnel dans lequel le procès se déroulait.

Mais c'est là un autre sujet.

Pour notre propos, l'essentiel est donc de retenir cette idée, une infraction peut être juridiquement condamnée au moment où elle est commise tout en participant, dans certaines circonstances, à une remise en question de la norme qui l'interdit.

L'évolution ultérieure du droit ne transforme pas rétroactivement l'infraction en comportement légal mais elle montre en revanche que la norme juridique elle-même peut être historiquement susceptible de transformation.

Les crimes et les délits font avancer le droit tout comme le fait précède le droit.

Dans notre histoire contemporaine l'idée est particulièrement intéressante lorsqu'on l'applique à l'avortement et l'homosexualité.

VERGES partait d'un constat en alléguant que le droit n'est pas immuable.

On a pu constater qu'une conduite peut être considérée comme criminelle ou délictueuse à une époque, puis être dépénalisée ou reconnue comme un droit quelques décennies plus tard.

Par exemple le transport, l'usage, la détention, la cession du cannabis connaîtra peut être des évolutions dans les décennies à venir lorsque la prohibition sera levée à l'instar de la fin constitutionnelle de la prohibition de l'alcool aux états unis dans les années 30.

Dans cette perspective, la personne qui enfreint une loi injuste peut se retrouver en conflit avec un ordre juridique qui est précisément en train d'évoluer.

Le procès devient alors autre chose qu'une simple application mécanique et positiviste de la loi, il devient un lieu où l'on conteste la légitimité de cette loi.

VERGES s'intéressait justement à cette tension entre la légalité et la légitimité et en faisait un argument de plaidoirie.

L'exemple de l'avortement

L'histoire française de l'avortement illustre très bien cette idée.

Pendant une grande partie du 20^{ème} e siècle, l'avortement était pénalement et sévèrement réprimé.

La loi de 1920 interdisait notamment la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle.

Dans les faits, des femmes avortaient néanmoins, souvent clandestinement, avec des risques pour leur santé, souvent létaux.

Le tournant intervient notamment dans les années 1970.

En 1972, le procès de Bobigny devient un événement majeur.

Une jeune fille de 16 ans, violée, avait avorté avec l'aide de sa mère.

Elle fut poursuivie, et son avocate, Gisèle HALIMI, transforma le procès en tribune contre la législation sur l'avortement.

Le procès ne se limita donc plus à la question : « *Cette femme a-t-elle enfreint la loi ?* »

Il posait une question beaucoup plus fondamentale : « *Cette loi est-elle encore légitime alors qu'elle conduit à punir des femmes pour avoir voulu interrompre une grossesse ?* »

Le procès de Bobigny contribua à faire évoluer l'opinion publique et le débat politique.

Deux ans plus tard, la loi portée par Simone VEIL fut adoptée, dépénalisant l'interruption volontaire de grossesse dans certaines conditions.

La loi VEIL du 17 janvier 1975 constitue donc un exemple particulièrement clair de transformation d'une pratique auparavant pénalement réprimée en une pratique légalement encadrée.

L'exemple de l'homosexualité

Cet autre exemple est également très significatif du sujet.

En France, les relations homosexuelles entre adultes consentants étaient loin d'être traitées comme elles le sont aujourd'hui.

Le droit pénal a longtemps comporté des dispositions qui établissaient une différence de traitement entre les relations hétérosexuelles et homosexuelles.

Après la Révolution française, les relations homosexuelles entre adultes consentants ont cessé d'être, en tant que telles, un crime au sens de l'ancien droit pénal.

Mais cette relative dépénalisation n'a pas signifié l'égalité juridique.

En particulier, une disposition introduite sous le régime de Vichy en 1942 puis maintenue après la libération établissait un âge de consentement différent selon que la relation était hétérosexuelle ou homosexuelle.

Cette discrimination fut ensuite aggravée en 1960.

L'homosexualité disparaît définitivement en 1982 avec la loi Forni.

L'ironie historique est alors très forte :

Ce qui avait été défini par le droit comme une déviance devient progressivement une liberté que le droit doit protéger.

Et ce phénomène ne s'arrête pas à la dépénalisation, le droit français va ensuite reconnaître progressivement de nouveaux droits aux couples homosexuels, jusqu'au mariage et à l'adoption.

C'est finalement en 1982, sous le gouvernement de Pierre MAUROY et avec Robert BADINTER comme ministre de la Justice, que cette discrimination pénale fut supprimée.

Sur le plan historique on peut en fait élargir considérablement la formule de VERGES.

Elle rejoint une idée beaucoup plus ancienne de la sociologie et de la philosophie du droit.

Le droit n'évolue pas seulement par la volonté du législateur, il évolue aussi parce que des individus ou des groupes mettent à l'épreuve les limites du droit existant.

Une idée déjà présente chez Durkheim

Le rapprochement le plus intéressant à faire est probablement avec Émile DURKHEIM, bien antérieur à Jacques VERGES

.

Dans *Les Règles de la méthode sociologique* (1895), DURKHEIM explique que le crime est un phénomène normal dans toute société et qu'il peut parfois jouer un rôle dans l'évolution de la morale et du droit.

Il va même jusqu'à prendre SOCRATE comme exemple.

SOCRATE le transgressif était considéré comme criminel par le droit athénien, mais la transgression qui lui était reprochée, l'indépendance de sa pensée, pouvait contribuer à préparer une nouvelle conception de la morale et de la liberté de pensée.

La formule de DURKHEIM est donc extraordinairement proche de celle que l'on attribue à VERGES, certains actes considérés comme criminels à une époque peuvent être « une anticipation de la morale à venir ».

Bien plus encore, la mort de SOCRATE, comme celle du CHRIST, peut être comprise comme l'aboutissement tragique d'un processus de rupture avec l'ordre établi.

Dans les deux cas, celui qui conteste ou transgresse une légitimité reconnue par la communauté se trouve finalement confronté à une forme de condamnation qui dépasse sa personne et sa mort devient le point culminant du conflit entre deux conceptions de l'ordre, de la vérité et de la légitimité.

On peut, dans une tout autre perspective historique et politique, rapprocher ce schéma de la trajectoire de Slobodan MILOSEVIC.

Celui-ci avait notamment contesté la légitimité du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), refusant de reconnaître son autorité.

Sa mort en détention, avant la fin de son procès, donne à cette trajectoire une dimension tragique particulière celle de la rupture avec une instance de légitimité pouvant conduire à une confrontation dont l'issue échappe finalement à celui qui l'a engagée.

Il ne s'agit évidemment pas d'assimiler SOCRATE, le CHRIST et MILOSEVIC, ni les causes de leur mort, qui relèvent de contextes historiques et moraux radicalement différents.

Le rapprochement porte plutôt sur une structure.

En effet, lorsqu'un individu ou un pouvoir entre en rupture avec l'ordre de légitimité qui l'entoure, le conflit peut progressivement devenir irréconciliable et prendre une dimension tragique.

La mort, dans ces configurations, ne constitue pas seulement un événement biologique ou judiciaire, elle peut devenir le symbole ultime de la confrontation entre une légitimité contestée et une légitimité imposée ou reconnue par d'autres.

La rupture de légitimité et l'issue tragique

La rupture de légitimité possède alors une dynamique particulière.

Celui qui conteste l'autorité cherche à délégitimer l'instance qui le juge .

Inversement, l'institution tire précisément de cette confrontation une partie de sa propre prétention à exercer la justice.

Le conflit cesse dès lors d'être une simple opposition entre deux personnes ou deux positions, il devient une lutte autour de la définition même de ce qui est légitime.

C'est peut-être là que se situe la dimension véritablement tragique du processus de rupture que l'on peut retrouver dans les sujets précédemment évoqués.

Lorsque deux légitimités incompatibles ne parviennent plus à se reconnaître mutuellement, le dialogue se transforme en affrontement, l'affrontement en condamnation, et la condamnation peut conduire à une issue irréversible.

Il en était de même pour les avortements.

Maître Gisèle HALIMI a su se saisir de ces contradictions et su s'opposer à la légitimité du système et de la loi.

Mais cette issue ne clôt pas nécessairement le conflit elle conduit au contraire transformer sa figure en symbole, tandis que l'institution qui l'a condamné peut chercher dans cette condamnation la confirmation de sa propre légitimité, y compris après la mort .

Le droit pénal dit : « *ceci est interdit* ».

Mais l'histoire peut finir par dire : « *cette interdiction était devenue incompatible avec l'évolution de la société* ».

C'est à ce moment que se produit un renversement extraordinaire.

Hier le droit condamnait l'individu, aujourd'hui le droit reconnaît la revendication de l'individu.

En réalité et finalement, le procès de l'infraction devient procès de la loi.

J'ai la faiblesse de penser que l'exemple de l'avortement est probablement l'un des meilleurs pour comprendre ce mécanisme.

Rappelons qu'au début des années 1970, l'avortement est encore pénalement réprimé en France en vertu de la législation issue notamment de la loi de 1920.

Pourtant, la pratique existe massivement.

C'est là que se produit une première contradiction fondamentale :

Une pratique est illégale mais socialement répandue. (Le parallèle avec l'usage du cannabis n'est-il pas troublant ?)

L'objectif des avocats était précisément de rendre visible le décalage entre la loi et la réalité vécue tandis que la réalité sociale en montre une autre.

En 1971, le Manifeste des 343 salopes marque une étape importante.

Des femmes, dont des célébrités, déclarent alors publiquement avoir avorté alors qu'elles s'exposent théoriquement à des poursuites.

L'objectif est précisément de rendre visible le décalage entre la loi et la réalité vécue

C'est une forme de transgression collective et publique.

Puis vient le procès de Bobigny en 1972 évoqué précédemment

Le tribunal devient une tribune.

Mais on peut aller beaucoup plus loin : le droit est souvent transformé par ceux qui lui désobéissent

La formule de VERGES ne concerne donc pas uniquement les « crimes » au sens pénal.

Elle peut être élargie à la notion de désobéissance au droit.

Un très grand nombre de mouvements historiques ont posé une question fondamentale : « *Que doit faire un individu lorsque la loi lui paraît injuste ?* »

C'est ici que l'on peut évoquer VERGES, David THOREAU, GANDHI et Martin LUTHER KING.

Martin LUTHER KING, par exemple, défendait explicitement la désobéissance civile face aux lois ségrégationnistes.

C'est très important pour comprendre le mécanisme.

Le désobéissant ne pas refuse toute loi, il respecte tellement l'idée de justice et de droit qu'il refuse de considérer cette règle particulière comme légitime.

C'est une distinction capitale.

La désobéissance civile n'est donc pas l'anarchie

En revanche ce n'est pas l'interprétation de VERGES.

Dire que certaines transgressions ont fait évoluer le droit ne signifie pas que toutes les violations de la loi sont bonnes parce qu'elles peuvent faire progresser la société. »

Ce serait excessif.

La question serait plutôt, dans quelles circonstances la transgression d'une loi peut-elle contribuer à la transformation du droit ?

On peut identifier plusieurs conditions historiques.

Première condition : le décalage entre la loi et la société

C'est ce qui se produit avec l'avortement dans les années 1960-1970. La pratique existe alors que la loi continue de l'interdire.

Deuxième condition : rendre la transgression visible

Tant que l'infraction reste clandestine, elle peut être traitée comme un simple phénomène criminel.

Lorsqu'elle devient publique, elle peut devenir un problème politique.

Le Manifeste des 343 salopes est particulièrement intéressant à cet égard.

Troisième condition : transformer le procès

Le procès peut devenir un lieu de confrontation entre la loi existante et une conception différente de la justice.

C'est exactement ce qui s'est produit à Bobigny.

Quatrième condition : créer un débat collectif

Une transgression individuelle ne transforme généralement pas, à elle seule, le droit.

Elle peut en revanche devenir le symbole d'un problème collectif.

Le procès devient alors un événement médiatique et politique.

Cinquième condition : une transformation institutionnelle

Pour que la transgression produise réellement une évolution juridique, il faut finalement que le législateur, les tribunaux ou les constituants modifient le droit.

C'est ce qui permet de passer de « *je désobéis à la loi* » à « *cette loi n'existe plus* ».

Un autre exemple remarquable : le viol

L'histoire du viol permet d'aller encore plus loin.

Pendant longtemps, les violences sexuelles ont été entourées d'une forte tolérance sociale et juridique.

En France, une évolution majeure intervient notamment avec le procès d'Aix-en-Provence en 1978, au cours duquel Gisèle HALIMI défend deux jeunes femmes victimes de viol.

L'affaire contribue à mettre en évidence les insuffisances du traitement judiciaire du viol et participe à la mobilisation qui aboutit à la loi de 1980 définissant plus clairement le viol comme un crime.

Cela nous montre quelque chose d'important, le droit peut également progresser parce que des victimes refusent le silence.

Ce, et à rebours de mon titre, n'est donc pas toujours le « criminel » qui fait évoluer le droit.

Parfois, ce sont les victimes, les avocats, les militants, les journalistes ou les associations qui utilisent une affaire judiciaire pour révéler l'insuffisance du droit.

On pourrait même remonter jusqu'à SOCRATE

C'est précisément le sens de l'exemple choisi par DURKHEIM.

SOCRATE est condamné à boire la ciguë par la justice athénienne.

Du point de vue du droit de son époque, il est coupable.

Mais l'histoire ultérieure peut porter un regard totalement différent sur son procès.

C'est un phénomène fascinant.

La justice d'une époque peut condamner quelqu'un que la mémoire collective considérera ensuite comme un défenseur de la liberté.

Cela pose une question sociologique fondamentale « Qui décide de ce qui est juste ? »

Le juge ? Le législateur ? La majorité ? La conscience individuelle ?
Les générations futures ?

C'est ici que la phrase de VERGES devient beaucoup plus profonde qu'une simple formule provocatrice.

Le paradoxe fondamental c'est que le droit a besoin de sa propre contestation.

On peut alors construire une véritable théorie autour de cette idée.

Le droit doit être suffisamment stable pour organiser la société.

Mais s'il était absolument immuable, aucune évolution juridique ne serait possible.

Il existe donc dans nos démocraties une tension permanente.

Références bibliographiques

- Durkheim, Émile. *Le Suicide*. Paris, Félix Alcan, 1897.
- Durkheim, Émile. *De la division du travail social*. Paris, Félix Alcan, 1893.
- Durkheim, Émile. *Les Règles de la méthode sociologique*. Paris, Félix Alcan, 1895
- Vergès, Jacques. *De la stratégie judiciaire*. Paris, Éditions de Minuit, 1968.
- Vergès, Jacques. *Justice est faite*. Paris, Jean-Claude Lattès, 1988.
- Vergès, Jacques. *Les erreurs judiciaires*. Paris, Presses universitaires de France, 1992.
- Halimi, Gisèle. *La Cause des femmes*. Paris, Grasset, 1973.
- Halimi, Gisèle. *Le Procès de Bobigny*. Paris, Gallimard, 2006.
- Halimi, Gisèle. *Une farouche liberté*. Paris, Grasset, 2020
- King, Martin Luther Jr. *Why We Can't Wait*. New York, Harper & Row, 1964.
- Socrate n'a laissé **aucun écrit**. Ses idées sont principalement connues à travers les œuvres de ses contemporains et disciples :
- Platon. *Apologie de Socrate*. Ve-IVe siècle av. J.-
- Xénophon. *Apologie de Socrate*. IVe siècle av. J.-C.
- Gandhi, Mahatma. *Non-Violent Resistance (Satyagraha)*. Schocken Books, 1951.
- Badinter, Robert. *Les Épines et les Roses*. Paris, Fayard, 2011.
- Badinter, Robert. *Une autre justice*. Paris, Fayard, 1989