

Le procès, lieu du social

Frédéric ZENATI

Université Jean Moulin

RÉSUMÉ.— Le procès apparaît à un certain stade de l'évolution des sociétés sous la forme du rite, procédé grâce auquel le groupe traite les violences qui le traversent. Mais il ne faut pas chercher là son essence si l'on en croit la déritualisation qui accompagne l'extension du phénomène processuel dans les sociétés modernes. La dimension sociale structurelle du procès doit être recherchée dans sa fonction d'élaboration des valeurs sur un mode rhétorico-dialectique et argumentatif. Non seulement cette fonction est indispensable dans une société atomisée, mais elle finit par irradier toute l'activité sociale en lui procurant une nouvelle forme de genèse de la morale.

Il ne fait pas de doute que le procès constitue un phénomène social. Celui-ci peut être observé dans la plupart des sociétés contemporaines et semble être une conséquence nécessaire de l'existence commune. Il est vrai qu'il ne naît pas en même temps que la société et que beaucoup de groupes humains ont existé sans le connaître. Son apparition paraît cependant être un point de passage obligé dans l'évolution de toute formation sociale, et ce moment arrive très tôt, bien avant l'apparition de l'État. Il constitue si bien un besoin que, de pratique occasionnelle, il finit par passer à l'état d'institution. Cette quasi nécessité peut aider à sonder la signification du phénomène, en incitant à rechercher le besoin qui l'engendre.

Le résultat de la recherche est, à l'image de la structure du procès, contradictoire. Le procès apparaît à la fois comme un lieu de conflit et comme un lieu d'apaisement, comme si l'un n'était pas possible sans l'autre. Il est le cadre simultané de l'expression d'une pathologie du groupe et de la reconstitution du rapport social altéré.

La manière dont est traité ce rapport n'est pas moins paradoxale. Le procès est extérieur au rapport social puisqu'il en est un procédé de traitement. Il est pourtant également lui-même un rapport social, caractérisé par le fait qu'il s'établit entre des intérêts distincts et rivaux. Ce type de rapport suppose une solidarité très lâche voire inexistante entre ses forces, comme si le procès arrivait avec le déclin de la communauté. Il est basé sur la seule manière pour deux intérêts opposés de communiquer : l'échange. Il y a fort à penser que le procès peut à un certain stade jouer un rôle structurant dans l'organisation sociale.

En tout cas, la société n'est pas indifférente au procès, qui semble être son affaire. Bien que relatif à des intérêts particuliers, il intéresse le groupe. Ce nouveau paradoxe traduit de manière décisive la dimension sociale du procès. L'implication du groupe n'est

pas curiosité malsaine, mais appropriation de quelque chose qui lui revient. Que cherche la société en observant le procès ? Son image, comme dans un miroir ? Ou l'observation vigilante de la résorption d'un abcès qui est en elle ? Toutes ces interrogations et ces contradictions peuvent être dissipées à partir de l'idée que l'institution du procès remplit de tout temps une double fonction, celle d'un rite, et celle d'un moyen de production du discours social. Il est possible qu'elle serve aujourd'hui en outre de paradigme.

UN RITE SOCIAL

Le procès ne se déroule pas exclusivement dans le prétoire. Il est l'affaire du groupe tout entier. La justice est par essence publique. Mieux, au-delà de la distinction moderne de l'espace privé et de l'espace public, elle est interne au groupe, partie intégrante de sa constitution. L'intégration du procès dans la machine sociale est complexe, bien que déjà largement visitée. Elle repose historiquement sur le rite.

Le groupe produit le procès parce qu'il en a besoin. Quelque soudé qu'il soit, il est traversé de tensions et de conflits dont sa sauvegarde commande qu'il assure la résorption. Alors que les conflits externes qui l'opposent à d'autres groupes sont pour lui bénéfiques en ce qu'ils soudent ses membres et peuvent, par conséquent, s'accomplir librement sans dommage pour lui jusqu'à un certain point, les conflits internes ne peuvent sans danger s'épanouir librement. L'anthropologie enseigne de manière significative à cet égard que la vengeance ne peut pas prospérer à l'intérieur du groupe. Le groupe cherche à s'en prémunir. Comment ? Par un procédé permettant à la fois au conflit de trouver son exutoire et de faire en sorte que cette réalisation se fasse sans compromettre la cohésion de la communauté. La contradiction qui précède est résolue par la ritualisation. Le conflit va s'accomplir dans l'ordre symbolique sans réserve, par des gestes, des paroles, voire des affrontements, mais limités. En résultera une libération de la charge conflictuelle sans dommage ou avec un moindre dommage. La ritualisation la plus poussée est celle qui consiste dans les sociétés primitives à déplacer l'agression des hommes vers les choses. Les sacrifices d'animaux ont, outre la signification d'un échange avec la divinité, celle de déplacer la charge du conflit en un acte de simulation.

À l'extrême opposé, la ritualisation du conflit peut se traduire par le cantonnement à un affrontement singulier du conflit opposant deux groupes. Le duel de héros donne libre cours à l'agressivité sécrétée par le corps social tout en étant économe de vies humaines, transformant un drame social en une épreuve chevaleresque. La société internationale n'est pas éloignée de cette logique quand les grandes puissances y cristallisent leur conflit sur une région circonscrite, avec des moyens limités. L'effet meurtrier de la violence peut être complètement évité tout en permettant au rite de remplir complètement sa fonction libératoire quand la symbolisation du conflit est complète. Le combat a lieu sans mise à mort, voire se voit remplacer par une compétition. Grâce à sa sublimation, le conflit est parfaitement assimilé par le corps social.

Préfiguré par ces pratiques, le procès à un certain stade de développement, constitue une forme privilégiée de ritualisation de la violence. Plutôt que d'agresser directement son adversaire, le plaideur l'attaque en justice, c'est-à-dire dans un cadre de ritualisation

institutionnalisé. Grâce à sa médiatisation et sa haute symbolisation, le conflit est pacifié tout en s'épanouissant dans la contestation. Loin d'être une invention de l'État, le procès est un produit de la société avant même qu'elle ne se dote d'une autorité publique. L'État ne fera que poursuivre cette pratique et l'organiser à grande échelle, sans jamais en acquérir au demeurant le monopole. Le procès continue d'être sécrété par des justices privées qui sont le produit d'un incoercible besoin de symbolisation conflictuelle. Il constitue fondamentalement un combat. Ceux qui le pratiquent utilisent pour vaincre les armes pacifiques mais percutantes de la preuve, de l'argumentation et de l'éloquence dans une confrontation qui trouve son paroxysme dans les plaidoiries, chef d'œuvre d'expression disciplinée et médiatisée de l'instinct belliqueux. Le formalisme du procès, dont le droit n'est qu'une des manifestations aux côtés de l'apparat, du cérémonial et de la procédure, sacralisent le conflit et le détournent de sa réalisation directe. Il constitue la manifestation privilégiée du rite processuel et, partant, trahit sa destination sociale. La forme n'est pas seulement destinée à corseter l'ardeur des plaideurs. C'est au vu des formes que le groupe exorcise le conflit, l'accomplit tout en s'en libérant.

Acteur du procès, le groupe l'est encore plus nettement dans l'administration de la preuve. Non pas tant en ce que les parties font appel à des tiers pour la manifestation de la vérité qu'en ce que la démonstration lui est destinée autant qu'au juge. Quand la procédure est pleinement orale et contradictoire, la vérité éclate à l'audience aux yeux de tous. Elle acquiert un caractère de publicité qui la rend inattaquable. Ce caractère et la vocation spectaculaire des preuves sont particulièrement tangibles dans leurs manifestations primitives. Le serment n'est pas que l'affaire du juge et des parties. Il concerne tout le monde car le parjure entraîne la colère des dieux contre le groupe qui s'en prévient par la condamnation de son auteur. L'ordalie est une expertise dont le résultat divin et sacré frappe l'esprit du groupe qui assiste à son administration. La dimension importante du groupe défavorise l'insertion sociale du procès, qui tend à devenir une opération de spécialistes à mesure que le groupe s'agrandit. Mais les sociétés géantes engendrées par la modernité retrouvent le chemin du prétoire avec le développement des techniques de communication. Loin d'être une pathologie contemporaine, l'immixtion du grand public dans les affaires pénales grâce au journalisme n'est que l'exercice par lui de son statut de destinataire de la preuve, qu'un processus de réappropriation par la société d'un rite qui trouve son origine en elle. La reproduction et la diffusion des débats est un besoin incoercible que l'État ne peut pas contenir durablement.

Le juge est une pièce maîtresse de la fonction ritualisante du procès. Il est garant du formalisme et de la discipline de l'instance sans lesquels celle-ci dégèrerait en affrontement direct et manquerait son but symbolique. Il est surtout responsable d'un instant crucial du procès qui est sa conclusion. L'acte qui lui incombe à ce stade est rempli en entier de l'ambiguïté qui préside à la ritualisation des conflits, celle d'être à la fois traduction, effectuation mais aussi neutralisation du conflit. Il appartient au juge de déclarer le vainqueur mais aussi d'apaiser la contestation par son discours. Le jugement a un effet naturellement apaisant. La parole du juge, qu'elle soit favorable ou non, recueille le bénéfice de l'effet purgatif du procès et le cristallise. Libéré de son potentiel d'agression par le combat judiciaire, le plaideur est prêt à rendre les armes. Il y est d'autant plus disposé que la décision poursuit le rite par son intense formalisme et a un caractère mesuré et acceptable. Si elle est acceptée, le rite a abouti : le groupe assimile le conflit. Il est d'autant plus présent qu'il est réputé être l'auteur de la solution. Le contenu de cette der-

nière le révèle de manière privilégiée quand elle a pour objet d'exclure du groupe l'un des plaideurs. La décision d'ostracisme est manifestement une décision du groupe, qu'elle se traduise par des déchéances, par l'incarcération ou par des formes extrêmes d'exclusion. Elle l'est tout autant lorsqu'elle comporte des sanctions portant atteinte à l'honneur, ou ordonne la publication du jugement.

Il n'est pas certain que le rite soit indéfectiblement attaché au procès. Il ne semble pas participer de son essence. S'il est apparu sous cette forme, d'autres rites l'ont précédé et il n'est pas inconcevable qu'une fonction différente puisse lui être dévolue. Ce doute est imposé par le mouvement contemporain de déformalisation et de banalisation de la justice. Le déclin de la procédure au profit du fond, l'affaiblissement du cérémonial du prétoire, notamment en ce qui concerne les débats, l'apparition de juridictions non collégiales complètement déformalisées et directement accessibles traduisent une modification profonde des fins de l'institution processuelle dans les sociétés modernes. L'intuition de cette modification est confortée par la juridictionnalisation massive des rapports sociaux alors que la symbolique du procès est étrangère au nombre. Avant de réfléchir sur l'hypothèse d'un changement de ses fins, il faut se rappeler que l'essence du procès est ailleurs que dans le rite et que cet ailleurs a au moins autant de signification sociale que le rite.

UN MOYEN D'ÉLABORATION DU DISCOURS SOCIAL

Le procès n'est pas seulement un bruit qu'entendrait la société aux portes du prétoire. Son mécanisme de base est un instrument de production du social. La controverse n'est pas une affaire privée en dépit de la particularité des intérêts qu'elle oppose. Elle est l'occasion pour la pensée commune non seulement de s'exprimer mais aussi de se constituer, tant dans l'activité des plaideurs que dans celle du juge. La processualisation du conflit, par l'expression même de la contradiction des intérêts permet leur communication. Cette rencontre est un fait social non seulement parce qu'elle est de nature à résorber un conflit mais surtout parce qu'elle est l'occasion de produire dans la recherche de la solution juste un discours social. C'est au demeurant sur le terrain d'un tel discours qu'a pu s'édifier et prospérer la fonction rituelle du procès. La parole des acteurs du procès a une double dimension sociale. *D'une part elle réaffirme des valeurs acquises ou cristallise des valeurs incertaines, issues du mouvement social. D'autre part, elle énonce un appareil de justification technique des valeurs revendiquées à partir duquel peut s'édifier la norme juridique.* Ces dimensions se retrouvent à toutes les phases du procès, la phase rhétorico-dialectique, comme la phase prudentielle.

Les potentialités sociales du procès sont liées à une infirmité de la connaissance humaine. S'il est des choses qui sont susceptibles de connaissance certaine, beaucoup d'autres ne peuvent faire l'objet d'une approche objective. Tel est le cas entre autres de la qualité de ce qui est juste. Étant une valeur, le juste ne peut être appréhendé que de manière subjective, ou intersubjective c'est-à-dire conventionnelle. Il est vain de rechercher dans la règle juridique une source objective du juste que les juges n'auraient qu'à utiliser passivement. L'échec de l'utopie révolutionnaire à ce sujet est trop connu pour qu'il soit besoin d'y insister. C'est non pas de manière abstraite mais dans la négociation des valeurs morales que s'identifie la valeur téléologique du juste.

La négociation a son siège au cœur de l'argumentation. Cette dernière n'est pas exclusivement une opération logique, ce en quoi elle se différencie du raisonnement scientifique. Elle comporte en outre dans la rhétorique d'Aristote une opération préjudicielle d'énonciation des valeurs sur lesquelles repose l'argumentation logique, la preuve pathétique. Ce préalable est essentiel parce qu'il conditionne la recevabilité morale d'une argumentation ; plaider, c'est proclamer des préjugés. Lorsque les valeurs invoquées par l'orateur sont partagées *ab initio* par l'auditoire, il se réduira à une référence sommaire voire tacite qui fondera le contrat argumentatif souscrit par le plaideur. Il n'est point besoin de se répandre sur le caractère légitime des intérêts de la veuve et de l'orphelin. En revanche, si les valeurs fondant l'argumentation ont une assise aléatoire, il faudra s'assurer qu'elles sont partagées par l'auditoire et au besoin l'en convaincre. C'est dans ce cadre que l'on peut, à proprement parler, qualifier la démarche argumentative de preuve pathétique. Il s'agit bien alors de conquérir l'assentiment de la juridiction sur le mode émotionnel, en mobilisant les passions.

Cette partie de l'argumentation a une importance décisive au regard de la dimension sociale du procès. C'est à son occasion que les idées qui ont la prétention de former la pensée commune peuvent briguer leur éligibilité à cette distinction et, au-delà, à celle d'une consécration juridique. C'est de cette manière que la coutume sociale disputée peut acquérir consécration par l'arbitrage juridictionnel après avoir été confrontée à d'autres prétendues normes sociales puis, comme l'a démontré Lambert, aspirer à devenir en même temps coutume juridique par l'effet du procès. C'est de la même manière que dans les formations sociales instables d'aujourd'hui de nouvelles valeurs peuvent affleurer en trouvant l'écho du prétoire et induire une modification du droit. Le procès affermit les valeurs acquises et assoit les valeurs nouvelles.

Essentiellement fondée sur le jugement moral, la preuve pathétique n'a pas seulement une vertu axiologique, elle a aussi une vertu technique car elle conduit celui qui l'administre à utiliser des références juridiques pour étayer son argumentation. C'est la partie la plus noble de cette preuve, car elle se situe aux confins de la rhétorique et de la science. La négociation avec l'auditoire des prémisses de l'argumentation se fait par l'invocation de propositions abstraites plus ou moins générales, les *lieux*, qui sont communs ou spécifiques. Les lieux communs sont des énoncés universels, alors que les lieux spécifiques sont propres à un genre ou à une discipline. Les lieux spécifiques dans la rhétorique judiciaire sont appelés topiques juridiques, espèces de principes de justice éprouvés par l'expérience et légués par la tradition. Bien que l'on ait tendance à ne voir dans les topiques juridiques qu'une variété de règle juridique caractérisée par sa généralité et sa souplesse, gage de sa vertu persuasive, il semble que l'on puisse aller jusqu'à y trouver tous les raisonnements juridiques et donc toutes les variétés de règle du droit. Il n'est aucune norme juridique, quelque précise et déterminée qu'elle soit, qui soit insusceptible d'interprétation et de mobilisation au service d'une argumentation. C'est aujourd'hui un poncif que d'affirmer que la règle jurisprudentielle trouve ses fondations dans les limbes de l'argumentation des plaideurs. Autant que les lieux communs, les topiques juridiques sont des jugements de valeurs qui par la conquête de l'assentiment de l'auditoire deviennent des valeurs partagées et, par suite, des normes sociales. En dépit du caractère particulier de l'intérêt qui l'anime, l'acte de persuasion a une vertu authentiquement sociale.

Toutefois la rencontre de l'orateur et de son auditoire, quand elle a lieu, ne se fait qu'au terme d'un long cheminement. L'acte rhétorique à l'état pur n'a qu'une vertu incantatoire. Il proclame des valeurs dans le vide et n'a d'écho dans la société que pour autant que celles-ci y soient déjà représentées (il joue alors un rôle de porte-voix). Pour qu'elles agissent sur le corps social sans se contenter de le refléter, pour qu'elles enrichissent ou transforment l'esprit commun, ces valeurs doivent recevoir un agrément et, à cette fin, subir l'épreuve de la controverse. C'est en vue de cet agrément que le plaideur négocie dans la preuve pathétique la recevabilité axiologique de sa démonstration. L'épreuve de la controverse est essentielle, car elle permet de valider socialement le discours rhétorique tout en le transformant. C'est parce qu'une valeur a été discutée qu'elle peut prétendre faire partie de la conscience commune. Bien que représentant des intérêts spécifiques, les plaideurs sont une émanation du corps social et en reproduisent les discours variés et contradictoires. Le dialogue judiciaire permet à la fois de donner un label social à une opinion isolée et de surmonter les contradictions du groupe par la production d'un discours commun.

Ce travail de synthèse se fait sans le juge, de manière parfaitement autonome. Il est vrai que la structure conflictuelle du procès se prête peu, *prima facie*, à la concorde. La contradiction le fait plutôt ressembler à une juxtaposition de soliloques qu'à un dialogue. Mais ce n'est qu'apparence. La contradiction est fructueuse. Elle entraîne de manière incoercible, n'en déplaie aux passions procédurières, un insurmontable rapprochement par la magie de la dialectique. A l'incommunicabilité initiale des plaidoyers succède le maniement de l'art de la contradiction. Pour convaincre, la dénégation ne suffit pas. Il est plus efficace de s'appuyer sur les propos adverses pour les dépasser par un discours plus persuasif. En dépit de sa finalité rhétorique, cette concession joue un rôle déterminant dans le processus de synthèse. La discussion des plaideurs chemine de synthèse en synthèse pour substituer à l'incompréhension initiale une divergence localisée. Le procès est une opération structurellement *transactionnelle*.

La dimension irénique du procès permet du même coup de rendre compte de sa dimension sociale à un autre égard. Une fois admis que le procès est un dialogue instaurant une communication en partie spontanée, force est d'en déduire que celui-ci constitue un fait social comme le sont tous les lieux où les hommes communiquent par le langage. Il y a, au vrai, peu d'originalité dans la discussion judiciaire. Sa vertu dialectique n'est pas imputable à quelque ressort sacré, mais à la structure du langage. La linguistique a découvert que l'argumentation n'est pas une espèce de discours mais est inhérente à tout discours. La conversation repose sur une mémoire commune et avance par conventions tacites successives sur des énoncés qui s'articulent avec des répliques. Tout ce qui n'est pas contredit est implicitement accepté. Ainsi s'élabore par l'entretien une pensée commune en tout ou partie. La dialectique du procès n'est rien d'autre, qui repose sur une présomption d'adhésion à toutes les propositions non contredites et qui engendre des conventions partielles que le juge ne peut ignorer. Ces conventions portent autant sur le droit que sur le fait. Dans le premier cas, la fonction conciliatrice du langage est accentuée par sa formalisation. Les faits sont subsumés sous des concepts techniques dont la compréhension est suffisamment étroite et précise pour éviter les divergences de sens. Le langage juridique apaise la discorde et renvoie à une solution indiscutée car attachée par le droit à une qualification. Il en va du moins ainsi quand le droit n'est pas contesté.

Pas plus que la présence du juge, l'existence du langage juridique ne singularise le procès au point d'oblitérer son statut de lieu social de communication. Ces particularités ne font que souligner la difficulté de la communication qu'il recherche et la nécessité d'en renforcer les moyens.

Il importe de souligner le rôle que joue la communication processuelle dans la fonction axiologique du procès. Les valeurs en cause ne sont pas nécessairement litigieuses, la contradiction pouvant porter seulement sur les faits ou la technique. Dans ce cas, ce sont les parties elles-mêmes, qui, de manière indépendante, consacrent une valeur et, ce faisant, lui donnent un retentissement social. Quand celles-ci s'opposent sur ce terrain, la dialectique du procès a vocation à jouer un rôle créateur. Par concessions successives, les protagonistes finissent par produire une valeur transactionnelle dont la signification sociale est particulièrement précieuse. Le prétoire est souvent, à travers un conflit singulier, le champ d'affrontement des groupes sociaux ou des époques. Il est alors un lieu privilégié de reconstitution dialectique de la conscience collective.

Les potentialités spontanées de la controverse ne doivent pas conduire à minimiser le rôle du juge, mais seulement à ramener ce dernier au statut de composant du procès. Le jugement est la conclusion du débat judiciaire, il constitue le parachèvement en même temps que l'aboutissement de la communication que le procès organise et donne à celle-ci, par la publication éventuelle, un écho dans le groupe. Le rôle d'auxiliaire de la communication que joue la juridiction est très important dans le domaine axiologique. Les débats offrent souvent dans ce domaine un paysage tourmenté qui ne livre pas immédiatement une lecture univoque du juste. Il appartient au juge, reprenant l'itinéraire dialectique des plaideurs tout en évaluant la force de leur argumentation, d'effectuer une synthèse cohérente. Cette démarche est de nature prudentielle. Il s'agit, selon la formule romaine, de rechercher le juste en démêlant le juste de l'injuste. L'arbitrage du débat suppose en fait sa reconstitution exhaustive pour que jaillisse d'elle-même la solution. C'est la délibération qui permet d'accéder au juste parce qu'elle est procédure scrupuleuse de reformulation critique et syncrétique de la discussion des valeurs. C'est parce que la pluralité favorise le dialogue et la contradiction que la collégialité est une garantie de bonne délibération, c'est-à-dire de prudence. Tout le bénéfice axiologique du travail des plaideurs n'est souvent obtenu que grâce au concours éclairant du juge.

Le juge n'est pas que cela. Il ne se réduit pas au statut d'organe de synthèse critique de la discussion. Comme les parties, il est acteur de la controverse. Pour synthétique qu'elle soit, la position qu'il adopte n'en est pas moins argumentative que celle des plaideurs. La motivation est aussi inhérente au jugement que l'argumentation l'est au plaider. La dimension rhétorique du jugement est mise en évidence lorsque celui-ci est attaqué ; le procès qui lui est alors fait le désigne comme simple opinion.

Pour autant, l'opinion du juge se distingue de celle des parties, ne serait-ce que parce qu'elle est la conclusion du procès. Pour convaincre celles-ci du caractère juste et acceptable de sa décision, le juge doit déployer sa motivation dans l'universel. Il doit persuader ses interlocuteurs de la transcendance du jugement, pas simple reflet de l'intersubjectivité engendrée par la discussion, mais véritable discours objectif dépassant l'enjeu d'espèce. Il en va de sa crédibilité. La bien connue vertu généralisante des jugements est le produit de la nature fondamentalement rhétorique de l'acte juridictionnel. Le juge s'abstrait des parties et de leurs intérêts en tentant d'accéder à une essence de la justice et il le fait d'autant plus naturellement qu'il est au bout de la chaîne dialectique. Il y a là

un paradoxe. Le juge s'évade de la discussion tout en s'inspirant d'elle. Son but est de démontrer aux plaideurs que la solution choisie est juste. Être juste, c'est adopter une solution identique devant un type de litige quelque soient les parties et leur argumentation. La justice gît dans l'abstraction, laquelle rassure les parties et a une valeur léni-fiante.

Le paradoxe du jugement est crucial. Il est la clé d'une aporie bien connue des juristes : comment un jugement peut-il engendrer une règle ? La réponse est que le jugement n'a pas une vertu normative. Il est intrinsèquement et structurellement normatif parce que sa nature rhétorique et sa fonction d'épilogue du procès le condamnent à l'universel.

Il est inutile de souligner la dimension sociale d'un tel acte. Parce qu'il se veut général, le jugement accède au rang d'une norme sociale et c'est ainsi qu'il est perçu, tant par les juristes que par le groupe social. Pour la communauté juridique, ce qui est jugé est respectable et érigé à la condition de règle de droit. Pour l'ensemble de la société, ce qu'a dit le juge est, au-delà de cette formalisation, ce qu'elle pense.

UN PARADIGME SOCIAL

Le procès est loin d'être le seul lieu du discours social. Il tend même traditionnellement à être perçu comme un lieu original et particulier de ce discours. Mais la relativisation de son importance peut être aujourd'hui remise en cause en raison de l'évolution du statut du droit et de la justice dans les sociétés modernes. Le procès pourrait bien y devenir la source de la morale après que la morale ait été source du procès. C'est une hypothèse que nous voudrions sommairement esquisser, pour, à la manière du juge, conclure par une évansion dans l'universel.

La morale sociale est un guide de conduite qui repose sur des valeurs partagées. Les temps modernes engendrent une crise des valeurs endémique qui conduit à relativiser la morale, voire à mettre en doute son existence comme norme sociale. Le déclin, puis la disparition des rapports communautaires met en doute l'idée que le groupe soit encore capable de produire des règles. Cette situation pose à la fois le problème de la légitimité de la morale sociale et de son mode d'établissement.

Dans l'optique classique, la morale sociale est valorisée et constitue un produit spontané du groupe. Il n'y a pas entre ce dernier et ses membres de différence ni de divergence d'intérêt. Ceux-ci ne produisent pas les valeurs, ils s'y soumettent. La morale est le produit de la tradition et des croyances, car le groupe ne se réduit pas à ce qu'il est à un instant de son histoire et n'est qu'un élément d'une communauté élargie dans le temps.

L'optique moderne récuse l'idée d'une morale sociale immanente et ne voit pour l'individu de code de conduite que celui qu'il a bien voulu se fixer. Ce point de vue est le reflet de l'état des rapports sociaux à tel stade d'évolution de l'humanité. La substitution d'une société d'individus à une société communautaire ne rend pas impossible l'élaboration d'un discours commun (mieux, elle le rend urgent), mais requiert que cette élaboration associe l'individu. Il s'ensuit qu'il n'y a de morale commune en dehors de ce qui a été formellement convenu. Pour le surplus, l'individu est abandonné à son propre jugement.

Cette conception contractualiste de la morale fait la part belle au droit, du moins tel qu'il est conçu à l'époque moderne. A l'idée classique du bien qui se dégage d'une sentence a succédé, par un jusnaturalisme révisé et un positivisme triomphant, la norme produit du contrat social. Cette mutation emporte inmanquablement dans son mouvement ce qu'il pouvait rester de spécifique dans la morale par rapport au droit. L'État, censé représenter les individus dont il est le produit de la convention élabore une morale commune laïque et limitée à travers la loi qui se voit conférer le statut de code de conduite. Mais le caractère limité de cette morale officielle laisse un espace immense de vacuité morale. Animés par leur seul intérêt et inspirés par leurs propres valeurs, les individus vont s'en trouver en situation de conflit permanent. Cette situation ne peut que provoquer un développement sans précédent de l'intercession judiciaire qui est le cadre idoine de la confrontation des subjectivités. Par le procès, les individus peuvent affirmer leur propre conception des valeurs et sont conduits à élaborer sur le mode compromissaire avec le concours du juge une perception commune de ces dernières, peu éloignée de la morale contractualiste servie par la loi. De la sorte, le droit se substitue intégralement à la morale non seulement au plan substantiel, par la réglementation publique, mais également au plan de la genèse, par le procès.

L'importance de la fonction morale du procès dans les sociétés modernes dépasse ce rôle mécanique. Quelque soient les capacités d'extension de l'institution judiciaire, quelque soit le degré de banalisation du procès, il n'est pas possible de faire entrer toute la vie sociale dans le prétoire. La société individualiste est contrainte de satisfaire ses besoins moraux autrement. Elle le fait en dehors des conflits d'intérêt par la simple résolution autonome des conflits de valeurs. Les individus ne sont pas des atomes isolés. Ils s'inscrivent dans un réseau de relations sociales dans lesquelles ils affirment autant leurs croyances que leur intérêt. Ce faisant, ils rencontrent d'autres individus aux conceptions différentes et sont conduits à composer avec eux sur le mode de la discussion. En résulte un discours commun qui, par suite d'incessantes confrontations subjectives, acquiert un retentissement social. La morale sociale existe donc toujours dans la modernité. Elle se différencie de celle de l'âge communautaire par son mode d'élaboration. Ce n'est pas le groupe élargi à son histoire qui impose tout de go une conduite ; ce sont ses membres individués qui négocient quotidiennement leurs valeurs, sur le même mode, du reste, qu'ils produisent le reste de la vie sociale : l'échange. Les réflexions d'Habermas sont éclairantes à cet égard.

La production discursive de la morale ne peut pas laisser indifférent ceux qui méditent sur le procès, lieu par excellence de la discussion. S'il est considéré comme un mode autonome de résolution des conflits, le procès peut avoir la prétention de remplir une fonction paradigmatique dans la genèse de la morale. Comme le procès, la conversation de tous les jours met en cause les valeurs. Comme lui, elle les considère comme objet valide de contestation, comme litigieuses. Comme lui, elle produit sur le mode rhétorique et dialectique un discours commun de nature compromissaire et constitue une approche transactionnelle des valeurs. Comme lui, elle utilise les ressorts de la logique rationnelle pour déboucher sur un résultat raisonnable et acceptable. Comme lui, elle est une tentative de dépassement de l'égoïsme en direction d'une vision universaliste du monde.

Sans doute, le juge n'est-il pas présent dans ces discussions quotidiennes dont procède l'esprit commun, car l'urgence de la solution d'un conflit d'intérêt n'existe pas.

Mais si caractéristique que soit le juge du phénomène processuel, il n'en épuise pas l'essence.