

DROIT ET NON-DROIT
DANS LES INSTITUTIONS TOTALITAIRES

Le droit à l'épreuve du totalitarisme.

PAR

Danièle LOSCHAK

Professeur à l'Université d'Amiens.

L'écrit se présente toujours peu ou prou comme un système clos et achevé, laissant mal apercevoir le cheminement parfois sinueux, souvent hésitant, de la pensée dont il est l'aboutissement. L'écriture scientifique participe de ce caractère de clôture que Barthes décelait dans toutes les écritures, de ce caractère d'ordre et d'unité par lequel elles imposent « l'image d'une parole construite bien avant d'être inventée » (1).

Sans doute n'est-ce là qu'illusion, et il n'est pas sans intérêt de dévoiler la part d'improvisation à l'œuvre dans la démarche scientifique la mieux assurée en apparence, de mettre en lumière les torsions successives imprimées à la problématique initiale, de reconnaître la mobilité d'une pensée dont le cours s'infléchit sans cesse, l'engageant parfois dans des voies inattendues, non les moins fécondes. Nous dirons donc comment, à l'appui d'une réflexion qui visait au départ à élucider le rapport au droit des institutions totalitaires, il s'est avéré nécessaire de procéder à une réévaluation critique du concept même de droit, au point que la problématique initiale s'en est trouvée bouleversée, par élargissement et inversion partielle de ses termes : si, en décelant la part du droit et du non-droit dans les institutions totalitaires, on se dote d'une clé d'interprétation utile pour compren-

(1) *Le degré zéro de l'écriture*, rééd. Points, 1972, p. 18.

dre leur mode de fonctionnement et, au-delà, leur nature profonde, inversement l'institution totalitaire — et plus généralement le phénomène totalitaire dont elle ne peut être dissociée — agit comme un véritable révélateur de l'essence même du droit. Le droit à l'épreuve du totalitarisme : la formule doit s'entendre non pas comme une référence à des pratiques illégales ou para-légales, mais plutôt comme renvoyant à une question d'ordre théorique. Les sociétés totalitaires — partielles ou globales — ne sont pas des sociétés a-juridiques, elles sécrètent et se réclament au contraire d'un ordre juridique structuré et plus ou moins cohérent, constitué de normes présentant tous les signes extérieurs de la règle de droit ; or elles nous apparaissent irrésistiblement comme des lieux de non-droit. Peut-on par conséquent repérer dans la structure, la nature, le fonctionnement de cet ordre juridique un ou des éléments qui nous autoriseraient à le disqualifier, à le nier comme tel, par-delà la prétention positiviste de reconnaître pour droit toute norme régulièrement établie au regard de l'ordre juridique auquel elle appartient, mais sans retomber pour autant dans les errements de la pensée jusnaturaliste ? Telle est, à la fin du compte, l'interrogation fondamentale qui sous-tend les lignes que l'on va lire.

*
**

Au départ, donc, l'institution totalitaire telle que la définit Goffman (2) : une institution érigée en univers clos et spécifique, coupée du reste du monde, exerçant un contrôle total sur l'activité de ceux qui en font partie et constituant l'environnement exclusif dans lequel s'inscrivent tous les aspects d'une existence strictement et minutieusement réglée. Mais si le concept d'institution totalitaire renvoie à une réalité aisément identifiable, allant du pensionnat au camp de concentration, en passant par l'asile, le couvent et la prison, il n'en recouvre pas moins une figure théoriquement complexe, voire ambiguë, dans la mesure où l'institution totalitaire apparaît à la fois comme l'envers de la société libérale (3) et sa vérité profonde, comme un monde séparé de la société normale et la condition même de son existence. D'un côté, l'institution totalitaire s'inscrit en négatif dans la société libérale ; de l'autre, elle en représente sinon la quintessence, du moins le paroxysme, s'il est vrai que « toute institution est totalitaire par vocation profonde » (4). Soustraite aux régulations de la vie sociale normale, elle en est pourtant le sous-produit nécessaire, puisqu'elle organise la séquestration et permet la mise à l'écart de

(2) *Asiles*, trad. fr., Ed. de Minuit, 1968.

(3) Le qualificatif de *libéral* est utilisé ici et dans la suite des développements comme le symétrique du terme *totalitaire*. Il doit être entendu qu'il ne renvoie à aucune réalité concrète et que le couple antithétique libéral/totalitaire est conçu sur le mode idéal-typique. Cette antithèse ne se réalise jamais comme telle dans la réalité, comme le montrent les développements ci-dessus.

(4) R. CASTEL, présentation d'*Asiles*, p. 34.

ceux qui ne peuvent ou ne veulent jouer le jeu de la société libérale (5). L'institution totalitaire reproduit par conséquent la dialectique à l'œuvre dans toute institution, à la fois repliée sur son ordre propre et pourtant reliée structurellement et fonctionnellement aux autres formes instituées qui se partagent le champ social.

La même contradiction fondamentale sous-tend le rapport complexe que l'institution totalitaire entretient avec le droit. Spontanément, nous appréhendons l'institution totalitaire comme un espace de non-droit, le lieu par excellence de l'arbitraire, sinon de la violence physique. Pourtant, cette impression première est apparemment contredite par la profusion de règles régissant dans les moindres détails le fonctionnement de l'institution et la conduite de ses membres ; or cette profusion ne rapproche-t-elle pas l'institution totalitaire de la société normale, dont elle représenterait dès lors la caricature, plutôt que l'envers absolu ? On objectera que si l'institution totalitaire possède, incontestablement, un ordre juridique, il est non seulement spécifique mais irréductible à l'ordre juridique des institutions non totalitaires (6). Il est vrai que les mêmes règles n'ont pas cours dans l'institution totalitaire et dans le reste de la société, que les règles qui régissent l'institution totalitaire contrastent assez nettement avec les règles appliquées ailleurs ; il reste que beaucoup des caractères de l'ordre juridique totalitaire sont déjà repérables à l'état de traces dans la société environnante et qu'ils existent virtuellement dans la plupart des systèmes d'organisation bureaucratiques.

Est-ce à dire qu'il n'y aurait aucune différence fondamentale de nature entre l'ordre juridique totalitaire et l'ordre juridique que, par commodité, nous appellerons libéral ? Oui, si l'on considère que l'institution libérale et l'institution totalitaire — comme du reste la société libérale et la société totalitaire (7) — ne constituent jamais que des types abstraits, et que les formes sociales concrètes se situent toujours quelque part entre ces deux pôles idéalement antagoniques. Non, si on accepte précisément de raisonner en termes conceptuels, en s'efforçant de déceler à l'intérieur d'une réalité toujours complexe et hybride les traits spécifiques, essentiels, d'un ordre juridique que l'on dira totalitaire, étant entendu qu'il ne se réalise jamais comme tel d'une part et qu'on en trouve d'autre part des germes dans les sociétés ou institutions dites libérales.

Il nous semble que ces traits spécifiques doivent d'abord être recherchés dans la fonction que remplissent les normes secrétées et appliquées par l'institution totalitaire, puis, dans une seconde étape, dans la structure même de l'ordre juridique totalitaire. L'inflation

(5) Voir R. CASTEL, *L'ordre psychiatrique*, Ed. de Minuit, 1976, notamment p. 80 : « Société libérale et institution totalitaire fonctionnent bien comme un couple dialectique ».

(6) Le problème de la compatibilité de cette formulation avec le postulat de l'unité de l'ordre juridique est examiné plus loin (*infra*, note 11).

(7) La légitimité de cette transposition, et ses limites, seront discutées ultérieurement (*infra*, II^e partie).

normative qu'on observe dans la plupart des institutions totalitaires, loin d'être un simple épiphénomène, reflète un infléchissement sensible de la fonction habituellement dévolue aux règles de droit : il s'agit moins d'encadrer la libre activité d'individus dont on ne peut espérer que, sans règles, les conduites s'ajustent automatiquement, que d'imposer, par une réglementation tatillonne et multiforme, une discipline parfaite, des comportements stéréotypés, et les conduites requises pour la réactivation incessante de l'ordre institutionnel. D'instrument normatif, le droit se mue en vecteur de normalisation. Tout est là, dans l'ambiguïté même du mot « norme », qui recouvre à la fois la règle à observer et le modèle à reproduire. Concomitante de cette mutation, une transformation s'opère dans la structure du droit, sous l'effet d'une dégénérescence de la forme juridique ; car la forme juridique ne se résume pas en un pauvre formalisme : elle est cela même par quoi le droit, bien qu'expression d'un rapport de force, est irréductible à la force brute. Si bien que sa disparition laisse paraître la coercition nue sous la mince pellicule d'un ordre juridique qui n'en est plus tout à fait un.

I. — LA PROFUSION NORMATIVE : LA REGLE ET LE MODELE (8)

L'institution totalitaire n'est pas, on l'a dit, un lieu a-juridique. Aucun groupe social organisé ne saurait au demeurant exister et subsister sans référence à des règles communes s'imposant à l'ensemble de ses membres ; et la nécessité de telles règles est ressentie avec d'autant plus d'acuité qu'on a affaire à des unités constituées artificiellement pour remplir des buts spécifiques, et non sur la base de solidarités naturelles. Max Weber en particulier a montré comment le fonctionnement d'une organisation bureaucratique était étroitement lié à l'existence d'un système de règles impersonnelles définissant en détail les fonctions et la conduite de ses agents. Or qu'est-ce qu'une institution totalitaire sinon, d'abord, une organisation hyperbureaucratisée où tout est réglé « selon un programme strict..., conformément à un plan imposé d'en haut par un système explicite de

(8) Nous transposons ici une formule empruntée à Françoise Choay. Dans l'ouvrage qui porte ce titre (Seuil, 1980), elle montre comment les théories de l'architecture et de l'urbanisme se sont dès l'origine réparties en deux types diamétralement opposés, correspondant à des attitudes différentes face au projet bâtisseur et impliquant des procédures distinctes d'engendrement de l'espace édifié. L'une, que l'on trouve dans les traités d'architecture, consiste dans l'application de principes et de règles ; elle laisse ouverte la possibilité de réaliser une infinité de programmes en se servant du même ensemble limité de règles universelles. L'autre, due à l'utopie, consiste dans la reproduction de modèles ; elle aboutit, à l'inverse de la précédente, à la standardisation du cadre bâti, en imaginant un dispositif universalisable (pp. 16, 107 et 168).

règlements dont l'application est assurée par une équipe administrative » (9) ?

Mais ce sont surtout les juristes du courant institutionnaliste qui, dans une perspective théorique, ont insisté sur l'inhérence du droit et de l'institution, soulignant que l'institution, fait social, était simultanément une figure juridique : le droit, moule et produit de l'institution, donne à celle-ci son unité et lui permet d'exister comme telle; réciproquement, l'institution apparaît comme l'assise de règles spécifiques dont elle constitue le champ d'application exclusif (10). Si nous n'adhérons guère à la plupart des présupposés des théories institutionnelles, dont la prétention à rendre compte de l'ensemble des phénomènes juridiques nous semble excessive, nous retiendrons pourtant de ce qui précède une double idée. D'abord que toute institution comporte, en même temps qu'une structure organisationnelle propre, un ordre juridique propre, de sorte qu'il y a toujours au moins simultanéité, sinon coïncidence, entre ordre institutionnel et ordre juridique. La notion d'ordre juridique institutionnel exprime cette simultanéité du droit et de l'institution ainsi que leur commune spécificité, consolidée par le rapport dialectique qui les unit, au regard de la société environnante et de l'ordre juridique global (11). Dans

(9) E. GOFFMAN, *op. cit.*, p. 48.

(10) Cette présentation simplifiée laisse de côté les nuances, et souvent même les divergences qui séparent les analyses des différents auteurs. Ainsi, par exemple, pour Hauriou le droit est simplement le corollaire nécessaire de l'institution en tant qu'il préside à sa création, à son organisation et à son fonctionnement. Tandis que Santi Romano va plus loin en affirmant, non pas seulement la simultanéité du droit et de l'institution, mais l'exacte identité des deux notions : « tout ordre juridique est une institution, toute institution est un ordre juridique » — et finalement les termes « droit », « ordre juridique » et « institution » sont pour lui synonymes (*L'ordre juridique*, 2^e éd., 1946, trad. fr. Dalloz, 1975, p. 19).

(11) Nous n'ignorons pas les objections que peut soulever l'utilisation de la notion, virtuellement plurielle, d'ordre juridique institutionnel, qui semble contredire directement le postulat de l'unité de l'ordre juridique. Mais c'est volontairement que nous éludons cette controverse car elle n'est pas pertinente au regard de la question examinée ici. Le problème, en effet, n'est pas tant de décider si, dans la perspective d'une « théorie pure du droit », il existe plusieurs ordres juridiques ou un seul, mais de comprendre concrètement comment et pourquoi la société libérale non seulement tolère mais produit ces lieux d'infra-droit (au sens où ils sont au moins soustraits à l'application des règles générales) que sont les institutions totalitaires, dont la plupart (prisons, armées, asiles...) sont au surplus directement intégrées à l'appareil d'Etat. Il est donc vain, en l'espèce, d'opposer les thèses kelséniennes, unitaristes à l'extrême, à celles d'auteurs qui, comme Santi Romano, proclament qu'il y a autant d'ordres juridiques que d'institutions et vont jusqu'à revendiquer le caractère juridique de tout ordre social organisé, fût-il illicite au regard du droit étatique. Il importe tout aussi peu de dire, avec Kelsen, que les normes en vigueur dans l'institution totalitaire ont été implicitement mais nécessairement reçues par l'ordre étatique dont elles sont partie intégrante, ou, avec Santi Romano, qu'il y a ici subordination (mais non-incorporation) des ordres juridiques partiels et dérivés à l'ordre juridique étatique qui permet ou détermine leur existence, leur contenu et leur efficacité. Ce n'est que nuance dans la perspective qui nous occupe.

Si, malgré tout, nous tenons à conserver le concept d'ordre juridique, au sens où l'entendent les institutionnalistes, c'est parce qu'il nous paraît ici incomparablement plus opératoire que les concepts kelséniens ; car en dissolvant les ordres juridiques partiels dans un ordre juridique global, en les décomposant en systèmes de normes reliées directement aux autres normes

la mesure où l'institution totalitaire a pour caractéristique de dresser plus qu'aucune autre des barrières aux échanges sociaux avec l'extérieur, on peut faire l'hypothèse que cet isolement se reflètera dans un degré d'autonomie accru de son ordre juridique interne, au point que pourra se poser, à un moment donné, la question de la compatibilité de cet ordre avec celui de la société environnante.

Une seconde notion, également centrale pour notre propos, que l'on trouve chez les théoriciens de l'institution, étroitement liée à la précédente, est celle de discipline. Le terme de discipline, si on le prend dans son acception courante, comporte en fait deux aspects : il recouvre, d'une part, l'ensemble des règles de conduite, des obligations imposées aux membres d'une collectivité ; et, d'autre part, l'obéissance à ces règles, la soumission à ces obligations. L'idée qu'il n'y a pas d'institution viable sans discipline implique donc l'existence de règles communes obligatoires pour tous, émanant de l'autorité instituée à cet effet et habilitée à émettre des commandements, mais aussi de dispositifs répressifs, de moyens de coercition propres à l'institution, destinés à sanctionner tout manquement aux règles ou toute infraction aux ordres reçus, de façon à garantir, en même temps que le strict respect de la discipline, le maintien de l'ordre institutionnel. Hauriou avait systématisé ces constatations en indiquant que le droit institutionnel était constitué pour une large part par le droit disciplinaire, garant et expression de l'ordre institutionnel (12). Ce qui, formulé autrement, revient à dire que l'ordre juridique institutionnel représente à la fois l'instrument et la résultante de l'assujettissement à l'institution : l'instrument, puisqu'il énonce les règles et obligations et procure les moyens de les faire respecter ; la résultante, puisqu'il n'y a d'ordre, en somme, que dans la mesure où l'on s'y conforme. Et cette idée qu'une institution requiert pour subsister, l'assujettissement à un ordre — autre nom de la discipline — témoigne encore une fois des virtualités totalitaires de toute institution ; ou, ce qui revient au même, de ce que l'institution totalitaire ne fait à beaucoup d'égards que porter à leur paroxysme des tendances décelables dans toute institution : le devoir d'obéissance devient exigence de soumission absolue, l'exercice du commandement se mue en contrôle despotique. La profusion de normes qui caractérise l'institution totalitaire apparaît donc comme indissociable de la volonté d'imposer une discipline particulièrement rigoureuse et astreignante.

de l'ordre juridique étatique (unique), on se prive du moyen d'appréhender l'ordre institutionnel dans son unité et sa spécificité ; et l'on raisonne comme si un ordre juridique n'était qu'« une somme arithmétique de règles », comme s'il se résumait dans les normes qu'il contient, en négligeant l'unité spécifique — non pas seulement logique, mais sociologique — qui le constitue comme tel (en ce sens, voir Santi ROMANO, *op. cit.*, pp. 7 et s.)

(12) Rappelons que pour Hauriou le droit institutionnel se dédouble en un droit disciplinaire, grâce auquel est assurée la coercition nécessaire au maintien de l'ordre institutionnel, et en un droit statutaire, essentiellement organisateur.

Il reste que la discipline ne s'y réduit pas à l'observation des règles et à l'obéissance aux ordres reçus. Simple moyen au départ de maintenir la cohésion institutionnelle, la discipline devient ici une fin en soi : l'institution totalitaire est, au sens strict, une institution disciplinaire, c'est-à-dire essentiellement destinée à fabriquer des individus soumis et dociles. D'où une transformation assez sensible des méthodes, en même temps que des finalités de la discipline : il ne s'agit plus seulement d'imposer le respect de certaines règles de conduite, mais de forger des comportements conformes à un modèle déterminé, ce qui suppose, pour garantir la stricte observance des normes institutionnelles, une codification minutieuse des conduites, un quadrillage poussé du temps, de l'espace et des mouvements, une coercition et une surveillance de tous les instants (13).

Double dimension, double nature, donc, de la discipline, qui d'un côté représente une modalité de ce pouvoir que Foucault qualifie de « juridico-discursif », essentiellement apte à poser des limites à la liberté, fonctionnant à la Loi, à l'interdit, à la répression, et dont les effets se ramènent finalement tous à l'obéissance; mais qui relève aussi de ces nouveaux procédés de pouvoir, multiformes et multi-agissants, opérant à la normalisation, à la technique, au contrôle (14). Or cette ambivalence de la discipline doit à l'évidence être rapprochée de celle qui s'attache à la notion de norme : dans la mesure où la norme renvoie indifféremment à la règle à suivre ou au modèle à reproduire, la discipline, qui consiste en somme à se plier à des normes, pourra résulter tantôt de la soumission à des règles obligatoires, tantôt de l'adhésion — spontanée ou forcée — à un modèle imposé.

On voit dès lors se dessiner, à l'étroite et instable jointure du juridique et du disciplinaire (15), la fonction complexe et plurielle des normes dans l'institution totalitaire : tissant l'enveloppe du despotisme, codifiant l'intégralité de l'espace-temps institutionnel et enserrant les individus dans un réseau de contraintes qui exclut toute initiative autonome, concourant enfin, par le jeu incessant qui renvoie de la règle au modèle et du modèle à la règle, à produire et

(13) On reconnaît ici les éléments essentiels de la description que donne Foucault des « disciplines » en tant que méthodes de domination impliquant « une coercition ininterrompue, constante, qui veille sur les processus de l'activité plutôt que sur son résultat et [s'exerçant] selon une codification qui quadrille au plus près le temps, l'espace et les mouvements » (*Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 139). Nous aurons l'occasion d'évoquer plus loin un autre élément constitutif des « disciplines », que nous négligeons pour l'instant : un certain type d'emprise sur les corps.

(14) *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, pp. 109 ss.

(15) La distinction opérée par Foucault entre un modèle de pouvoir « juridique » fondé sur la loi, et un modèle de pouvoir « disciplinaire » fondé sur la normalisation nous paraît féconde dans son principe, en tant qu'elle oppose deux idéal-types. Nous ne pensons pas en revanche qu'il faille raisonner en pratique comme si une frontière étanche séparait deux modalités d'exercice du pouvoir parfaitement antinomiques et hétérogènes, au point qu'elles ne se réaliseraient jamais simultanément. Il nous semble que l'on passe parfois insensiblement de l'une à l'autre, et il faudra précisément essayer de repérer, dans le cas de la domination totalitaire, le moment et le lieu où le disciplinaire se disjoints du juridique (Voir *infra*, II^e Partie, A).

reproduire cet ordre à part, à la lisière du droit et du non-droit, qu'est l'ordre totalitaire.

A. — L'ENVELOPPE DU DESPOTISME

La profusion normative semble *a priori* incompatible avec l'image que l'on a du despotisme comme système de domination absolue et arbitraire affranchie de toute limite. Mais c'est oublier que les règles de droit peuvent être oppressives ou, plus exactement encore, que l'oppression et l'arbitraire peuvent être juridiquement organisés, si toutefois on admet que la définition du droit est indifférente au contenu contingent de ses normes. Et si l'ordre qui règne dans ce microcosme politique qu'est l'institution totalitaire la rapproche plus d'un Etat de police que d'un Etat de droit, on sait bien aussi que l'Etat de police n'est pas un Etat sans droit, sans ordonnancement juridique, mais un Etat dont le droit, réduit à sa fonction instrumentale, ne représente en aucune façon une contrainte pour les détenteurs du pouvoir, dans la mesure où il ne garantit aux individus ni une sphère d'autonomie à l'abri des interventions du pouvoir, ni les moyens de s'opposer aux empiètements illégitimes de celui-ci.

Si, par conséquent, on admet, au moins provisoirement, qu'il n'y a pas antinomie absolue entre un système de domination despotique et l'existence de règles juridiques, encore faut-il s'efforcer de discerner ce qui, dans ces règles ou dans leur agencement spécifique, favorise, conforte, voire produit le despotisme, comment elles viennent directement à l'appui de ce double objectif que poursuivent, sous des formes et à des degrés divers, toutes les institutions totalitaires : soumettre et assujettir, réprimer et punir. Mais il faut aussi avoir conscience qu'au-delà des institutions totalitaires l'ensemble des institutions est visé par cette analyse : car l'expérience montre que le droit disciplinaire, au sens où l'entend Hauriou, c'est-à-dire le droit qui organise la coercition nécessaire au maintien de l'ordre institutionnel, est toujours en retrait par rapport au droit en vigueur dans la société globale. L'école et l'entreprise, au même titre que la caserne et la prison, ont non seulement leurs lois propres mais aussi un système de délits et de sanctions spécifiques, des instances de jugement particulières : tout un ensemble de mécanismes d'intimidation et de répression qui diffèrent de ceux qui ont cours dans la société environnante et permettent à l'institution d'assurer sa discipline interne; mais qui, dans la mesure où ils visent avant tout l'efficacité, offrent moins de garanties aux individus que le système pénal de la société globale (16). Comme si l'ordre juridique étatique, en même

(16) Ce point, sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, est souligné et développé par J. MOURGEON, *La répression administrative*, L.G.D.J., 1967, pp. 55 ss.

temps qu'il s'abstenait de régir certaines sphères de la vie sociale, y tolérait la constitution d'ordres juridiques autonomes fondés sur d'autres bases et les ignorait aussi longtemps que leurs dispositions n'interfèrent pas avec les siennes propres (17). Comme si, en d'autres termes, la société libérale fermait pudiquement les yeux sur l'existence de lieux soustraits à l'application intégrale des principes libéraux. Cette attitude est d'autant plus naturelle et aisée que ces lieux sont dérochés aux regards par des barrières infranchissables ; et les murs de la prison sont plus élevés que ceux de l'usine... Là, à l'abri du secret qui en est aussi la marque et la condition, le despotisme peut librement s'épanouir : la soumission des membres de l'institution est entretenue par une série de mécanismes mêlant l'injonction et l'interdiction, l'avertissement et la menace, la récompense et le châtement, le rituel et l'arbitraire.

Entretenir la soumission.

La soumission, ce n'est pas seulement, simplement, l'obéissance. Elle revêt un caractère d'absolu qu'on ne trouve pas dans l'idée d'obéissance. La soumission est par définition totale, alors que l'obéissance peut n'être que partielle : la notion d'obéissance suppose celle de désobéissance comme son contraire logique et virtuel, même en l'absence de possibilité effective de désobéir. L'obéissance, bien qu'inclue dans une relation par hypothèse inégale, implique un minimum de réciprocité : on ne commande efficacement que si l'on a en face de soi quelqu'un qui est prêt à obéir. D'où l'importance accordée à la légitimation de l'autorité : l'obéissance, plus que la soumission qui peut s'obtenir par la seule force, s'inscrit de préférence à l'intérieur d'un rapport de pouvoir considéré de part et d'autre comme légitime. Enfin, l'obéissance a progressivement et partiellement acquis, précisément sous l'effet de l'évolution des systèmes de légitimation du pouvoir, une dimension rationnelle et logique : dans un système d'autorité légale-rationnelle, caractéristique des sociétés et organisations modernes, on n'obéit plus à la personne du détenteur du pouvoir mais à des règlements impersonnels qui excluent le jugement

(17) Voir sur ce point l'analyse de Santi Romano, qui donne comme exemple l'ignorance par l'ordre étatique des corrections dont le père use envers ses enfants ou encore l'ignorance par l'Etat du règlement de discipline d'un couvent (*op. cit.*, pp. 152 ss). Cette analyse est corroborée par la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les mesures d'ordre intérieur. La notion même de « mesure d'ordre intérieur » est conforme à l'idée que l'ordre juridique étatique « ignore » certains éléments d'ordres juridiques qui lui sont par ailleurs subordonnés. Ainsi le Conseil d'Etat qualifie de mesures d'ordre intérieur les mesures disciplinaires prises par des autorités administratives mais dont il ne souhaite pas connaître pour ne pas s'immiscer dans le fonctionnement des institutions concernées. On observera qu'il s'agit précisément d'institutions relativement closes — casernes, prisons, lycées ... —, où les exigences de la discipline sont plus rigoureuses qu'ailleurs. On sait aussi que la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur cesse de s'appliquer lorsque les mesures litigieuses portent atteinte aux droits et prérogatives des intéressés.

discrétionnaire des supérieurs ainsi que toute incursion de leur part au-delà de la compétence précise que ces règlements leur attribuent.

Il y a, certes, une part de fiction dans cette substitution d'une subordination impersonnelle à une allégeance personnelle, et les organisations bureaucratiques sont loin de fonctionner selon le schéma idéal-typique décrit par Max Weber : on constate que les agents, ignorant la loi et le règlement, se conforment avant tout aux ordres et instructions reçus, et que la légalité, pour les subordonnés, se ramène au respect de la discipline, à la soumission aux désirs exprimés par leur supérieur (18). Mais alors que ces comportements sont considérés comme déviants dans les institutions construites sur le modèle libéral (19), ils sont systématiquement encouragés dans l'institution totalitaire. La relation d'autorité y est délibérément conçue comme une relation de souveraineté et de sujétion excluant toute réciprocité (20). L'ordre doit être exécuté, quel qu'il soit, car sa valeur ne dépend ni de son contenu contingent, ni de sa compatibilité avec une règle préexistante, mais de la seule qualité de celui qui le donne. L'ordre n'est plus le moyen de réaliser une tâche ou de parvenir à une fin; il se suffit à lui-même et n'a d'autre sens ni d'autre justification que de marquer le rapport de pure dépendance liant celui qui émet l'ordre à celui qui l'exécute (21), l'irréversibilité des rôles de dirigeant et de dirigé. C'est une des raisons pour lesquelles la vie des membres de l'institution totalitaire est constamment pénétrée, bien au-delà de ce qu'exigerait l'accomplissement normal des tâches de chacun, par les interventions coercitives des supérieurs, surtout au début, lorsque l'obéissance n'est pas encore automatique

(18) En ce sens, voir par exemple C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, L.G.D.J., 1970, p. 98.

(19) L'expression est évidemment très approximative, surtout lorsqu'elle s'applique à l'administration étatique dont on peut douter que le fonctionnement réponde aux principes libéraux. La doctrine allemande, lorsqu'elle estimait, avec Jellinek et Laband, que le devoir d'obéissance imposé aux agents de l'administration était irréductible à celui qui lie les citoyens à l'autorité administrative, parce que l'un repose sur le rapport de sujétion particulier qui découle de la hiérarchie administrative et de la puissance propre de l'administration, tandis que l'autre trouve son fondement exclusif dans la loi, énonçait certes une théorie dangereuse; mais on doit admettre que cette théorie était plus proche de la réalité du fonctionnement de l'administration que les thèses légalistes d'un Carré de Malberg (voir *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. I, Sirey, 1920, pp. 514-523).

(20) A propos de l'hôpital psychiatrique, R. Castel note l'importance de la « relation d'autorité qui unit le médecin et ses auxiliaires au malade dans l'exercice d'un pouvoir sans réciprocité » : le rapport entre le malade et le médecin doit être une relation de souveraineté car le fou ne peut reconquérir son humanité que par un acte d'allégeance à une puissance souveraine incarnée dans un homme (*L'ordre psychiatrique*, pp. 54-95).

(21) « La soumission de l'individu est rendue d'autant plus manifeste que le formalisme de l'ordre pour l'ordre... qui tend à rejeter le contenu de l'ordre comme quelque chose de contingent..., fait apparaître, de façon pure, la structure de dépendance. Contingent dans son contenu, l'ordre ne prend valeur que par sa nature d'ordre fondé sur la qualité de celui qui le donne » (L. PINTO, « L'armée, le contingent et les classes sociales », *Actes de la rech. en sc. sociales*, n° 3/1975, p. 20).

ni la soumission assurée (22). Cette soumission sera obtenue par un mixte de rigueur et de souplesse, par la tyrannie du règlement conjuguée avec une pratique subtile de l'arbitraire, le tout sous la menace constante du châtement qui viendra sanctionner le moindre écart à la règle (23).

La tyrannie du règlement.

Tous les observateurs s'accordent à souligner l'importance que revêtent les règles dans l'institution totalitaire. Importance quantitative d'abord, car la production de circulaires, de règlements, de notes de services y est pléthorique : à cet égard, l'institution totalitaire ne fait que pousser jusqu'à la caricature la tendance spontanée de toute organisation bureaucratique. Mais importance qualitative surtout, dans la mesure où le règlement exprime et conforte le mode de fonctionnement despotique de l'institution. Revêtu de tous les signes extérieurs de la norme juridique, il en reproduit la forme spécifique, qui est celle de l'injonction : le règlement, par son existence même, et surtout par les références incessantes qui y sont faites comme à la loi de l'institution, induit une relation de domination-sujétion entre le petit nombre de ceux qui émettent les règles ou sont chargés de leur application, d'un côté, et la masse de ceux qui doivent s'y plier, de l'autre, en tant qu'il représente justement la marque tangible du fossé qui sépare les premiers des seconds (24).

De façon plus spécifique encore, le règlement occupe une place centrale dans le double mécanisme d'intimidation et d'oppression à l'œuvre dans l'institution totalitaire. La multiplication de règlements draconiens et omniprésents entretient l'angoisse chronique d'enfreindre la règle et d'attirer sur soi les sanctions rigoureuses qu'entraîne toute violation (25). Le caractère souvent arbitraire de leurs dispositions, dont la sévérité est rarement justifiée par les exigences réelles de la vie en communauté, explique qu'elles soient ressenties comme essentiellement vexatoires. Mais l'oppression n'est pas ici qu'un sen-

(22) E. GOFFMAN, *op. cit.*, p. 82.

(23) Ce que Goffman appelle « le système des privilèges », et qui commande pour une large part le fonctionnement de l'institution totalitaire, se compose de trois éléments solidaires : — le « règlement intérieur », ensemble de prescriptions et d'interdictions qui fixent de façon rigide les principales exigences auxquelles le reclus devra plier sa conduite ; — les récompenses ou faveurs accordées au reclus en marge de ce règlement, en échange de sa soumission ; — les punitions encourues en conséquence de la violation du règlement, parmi lesquelles figurent en première place le refus ou le retrait des faveurs (*op. cit.*, p. 92).

(24) D'une façon générale — car ceci n'est pas propre aux institutions totalitaires — les chefs bureaucratiques ont spontanément tendance à produire instructions et circulaires pour affirmer leur pouvoir sur leurs subordonnés et ressortissants. Cette activité, par laquelle, comme l'écrit P. Legendre, ils « s'exercent à être la loi » (*Jouir du pouvoir*, Ed. de Minuit, 1976, pp. 175-176), ne participe donc que très partiellement, en dépit des apparences, d'une domination de type légal-rationnel, dans la mesure où l'édition de règles impersonnelles est en somme mise au service d'une volonté de puissance personnelle.

(25) E. GOFFMAN, *op. cit.*, p. 86.

timent subjectif; ou si elle l'est, elle n'en résulte pas moins d'un ensemble de prescriptions objectives délibérément édictées pour produire ce sentiment. Car il n'est pas de limite au champ recouvert par les règles, comme il n'est pas de limite aux obligations qu'elles peuvent imposer : non seulement — on y reviendra — tout ce qui, dans la vie courante, serait laissé à la libre appréciation de chacun est enserré ici dans un réseau dense de prescriptions et d'interdits; mais la nature des contraintes qui en résultent est telle qu'elles seraient pour la plupart inconcevables hors de l'univers spécifique de l'institution totalitaire (26). Beaucoup de ces sujétions sont à l'évidence incompatibles avec les droits normalement attachés à la qualité de citoyen, quand ce n'est pas tout simplement avec la dignité humaine : le propre de l'institution totalitaire, c'est que le statut de membre de l'institution y est exclusif de tout autre, et qu'à l'intérieur de ce monde clos les exigences de la discipline n'ont plus à céder devant les droits et garanties qui, à l'extérieur, sont reconnus à chaque individu (27).

(26) Voici des extraits du règlement de la prison de femmes de Fleury-Mérogis qui illustrent à la fois la volonté des autorités pénitentiaires de ne rien laisser au hasard (travers bureaucratique qui est la première cause de l'inflation normative), le mode de commandement autoritaire induit par cette réglementation tatillonne, le caractère arbitraire de beaucoup de prescriptions, enfin la dénegation de toute autonomie aux détenues. « Art. 15 - Sauf autorisation médicale, il est interdit de se coucher entre 7 h et 19 h; Art. 16 - Il est interdit de monter sur les lits et le rebord des fenêtres, comme d'exposer du linge aux fenêtres; Art. 17 - Les défilés doivent toujours avoir lieu en ordre et sans bruit (...); Art. 24 - Le mobilier doit rester en place... Il est interdit de commettre des déprédations et d'apporter des modifications aux installations...; Art. 25 - Aucun dessin, aucune inscription ne peuvent être tracés sur les murs. Aucune image ou affiche ne peut y être apposée...; Art. 26 - Les détenues ne doivent en aucun cas accumuler les vêtements, objets revus et journalaux dans leur cellule (etc.) ».

(27) Il y a bien là un signe distinctif de l'institution totalitaire. Car si chaque institution est tentée de traduire ce qui lui semble utile ou indispensable à l'accomplissement de sa mission et au maintien de son ordre propre en autant d'obligations imposées à ses membres, il est un moment où les exigences de la discipline doivent se concilier avec les droits du citoyen. Autrement dit, le statut juridique de membre de l'institution ne saurait prévaloir systématiquement sur le statut juridique de citoyen, lorsqu'il se trouve en contradiction avec lui, puisque la qualité de citoyen, de membre de la société globale (démocratique) ne se perd pas en entrant dans l'institution partielle (Voir J. MOURGEON, *op. cit.*, p. 326).

Une espèce récente soumise au Conseil d'Etat illustre bien les limites normalement assignées aux obligations que peut imposer le règlement intérieur d'une institution non totalitaire. Le juge a estimé en effet qu'un chef d'entreprise, s'il pouvait interdire l'entrée de son établissement aux employés en état d'ébriété, ne pouvait décider que les cas douteux seraient soumis à l'épreuve de l'alcootest et que le refus de s'y soumettre vaudrait refus d'obéissance; car ces sujétions, restrictives des droits de la personne, excédaient celles que l'employeur peut imposer pour assurer la sécurité. A l'appui de cette solution, on trouve exprimée dans les conclusions du commissaire du gouvernement l'idée que le dépistage *a priori* de l'état d'imprégnation alcoolique est une atteinte à l'intégrité de la personne physique et « un mode d'investigation qui heurte la dignité humaine ». Conseil d'Etat, 1^{er} février 1980, *Ministre du Travail c/ Sté « Peintures Corona »*, *Act. jur. droit adm.*, 1980, p. 438 et commentaire p. 407). Or c'est là très exactement le type d'obligations qui figurent dans les règlements des institutions totalitaires, sans qu'aucune censure — ni juridique, ni même morale — ne trouve à s'exercer sur elles, tout simplement parce qu'elles paraissent ici normales.

Le règne du bon plaisir.

L'omniprésence tyrannique de la règle ne préserve pas pour autant de l'arbitraire. La profusion de normes, loin de supprimer le « bon plaisir », l'alimente et l'organise. Non seulement la diversité des règles en vigueur d'une institution à l'autre laisse à penser que leur contenu dépend autant de la volonté contingente et capricieuse de ceux qui les édictent que des nécessités concrètes de la vie de l'institution (28), mais chacune de ces règles est encore susceptible d'être interprétée et appliquée de mille manières différentes qui offrent autant de prises à l'arbitraire. Les textes deviennent un moyen de pression et de chantage entre les mains du personnel, à tous les niveaux de la hiérarchie, qui peut d'un côté manier la menace d'une application stricte du règlement, de l'autre y tolérer discrétionnairement des entorses mineures en échange et comme récompense d'un comportement de soumission. Ce jeu qui se noue autour de la règle formelle et de son application se retrouve, il est vrai, dans toutes les organisations bureaucratiques et n'est pas l'apanage des institutions totalitaires; mais il revêt ici des caractères spécifiques qui en transforment profondément la signification. D'abord, si jeu il y a, il ne peut être qu'unilatéral : non pas que les membres de l'institution totalitaire n'aient rien à gagner à une application souple du règlement, mais ils ne sont pas en mesure de faire pression sur le personnel pour l'obtenir; là où, dans un système simplement bureaucratique, les subordonnés disposent vis-à-vis de leurs supérieurs d'une capacité de négociation minimum, eux sont cantonnés dans une attitude de pure passivité excluant toute idée de « marchandage » et de réciprocité (29). Ensuite, et surtout, il ne s'agit pas de pratiques informelles qui s'inscrivent en marge des règlements officiels et les parasitent, mais de pratiques directement induites et quasiment organisées par ces règlements. Les règles impersonnelles excluent le bon plaisir, pensait Max Weber; à condition qu'elles soient formulées de façon à l'exclure, conviendrait-il d'ajouter. Ce qui saute aux yeux, en effet, à la lecture des règlements qui régissent le fonctionnement des diverses institutions totalitaires, c'est que l'exercice de la moindre faculté est subordonné à l'obtention d'une autorisation, y compris lorsqu'il s'agit d'actes mineurs librement accomplis dans la vie normale (30); l'octroi

(28) Comment expliquer autrement qu'en dépit des directives émanant de l'administration centrale chaque prison ait ses règles propres en ce qui concerne une série de points apparemment mineurs mais en fait importants compte tenu des conditions de la vie en détention : usage du transistor et des lecteurs de cassettes, faculté de laisser pousser barbe et cheveux, possibilité d'avorter, etc... (Voir l'analyse de ces disparités dans le numéro spécial d'*Actes* consacré aux prisons : n^{os} 13/14, 1977).

(29) Rappelons que ce type de stratégies dont l'application de la norme est l'enjeu a été longuement analysé par Michel Crozier et les chercheurs du Centre de sociologie des organisations.

(30) Le Code de procédure pénale et le règlement des établissements pénitentiaires prévoient par exemple la nécessité d'une autorisation du directeur pour acheter des livres d'étude, pour ouvrir un livret de Caisse d'Épargne ou adresser des mandats à la famille; il revient aussi au directeur d'autoriser

de cette autorisation étant toujours discrétionnaire, le reclus se trouve dans une situation d'absolue dépendance à l'égard de ceux qui sont habilités à la délivrer. Il en résulte en premier lieu que l'individu est contraint à « assurer un rôle de soumission et de supplication qui n'est pas naturel chez un adulte » (Goffman); plus fondamentalement encore, cela signifie qu'il n'y a jamais de droits acquis mais seulement des privilèges qui peuvent être retirés sans appel, des avantages provisoires et précaires susceptibles d'être supprimés à tout moment et qui apparaissent essentiellement comme l'instrument d'un chantage permanent de nature à obtenir des membres de l'institution totalitaire le comportement de soumission requis.

Les voies de la répression.

Dans ce contexte où chaque activité est réglementée et étroitement contrôlée, où le bon plaisir préside à l'octroi et au retrait des avantages, tout devient prétexte à sanction. La répression n'est pas une simple menace mais une réalité quotidiennement vécue. Alors que dans la vie courante le respect des lois et règlements et l'obéissance aux commandements de l'autorité sont en général acquis dès le niveau des échanges symboliques, le recours à la coercition n'étant qu'une perspective éventuelle et rarement réalisée, la répression apparaît au contraire ici comme une méthode ordinaire de gouvernement. Les mécanismes répressifs à l'œuvre dans l'institution totalitaire fonctionnent de surcroît de façon parfaitement autonome par rapport au système pénal en vigueur dans la société globale; leur spécificité se manifeste à la fois dans le caractère des fautes punissables, dans la nature des sanctions infligées, dans la procédure qui entoure le prononcé de la peine (31), et, finalement, dans le fait qu'à chaque étape du processus punitif il y a place pour l'appréciation discrétionnaire et incontrôlée des détenteurs du pouvoir de punir (32).

les visites ou l'échange de lettres avec d'autres personnes que les membres de la famille, de réduire s'il le juge bon la fréquence et la durée des parloirs, etc.

Goffman note, de son côté, qu'on oblige le reclus à solliciter une autorisation pour des actes mineurs tels que fumer, se raser, téléphoner, aller aux toilettes, expédier des lettres, etc.

(31) « Au cœur de tous les systèmes disciplinaires fonctionne un petit mécanisme pénal. Il bénéficie d'une sorte de privilège de justice avec ses lois propres, ses délits spécifiés, ses formes particulières de sanction, ses instances de jugement » (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p. 180).

(32) « Des châtiments secrets et non codés par la législation, un pouvoir de punir s'exerçant dans l'ombre selon des critères et avec des instruments qui échappent au contrôle » (*ibid.*, p. 132) : telle est en somme l'image que revêt l'exercice de la répression dans l'institution totalitaire. Mais l'institution totalitaire ne fait ici encore que réaliser une tendance latente dans toutes les institutions. La répression disciplinaire, remarque J. Mourgeon, autonome par rapport à la répression pénale, comporte toujours un élément discrétionnaire qui lui permet d'atteindre tout comportement répréhensible au regard de l'ordre institutionnel : l'infraction n'est pas définie, ou l'est en termes très généraux, de sorte que l'incrimination est largement discrétionnaire et qu'il n'y a pas

En premier lieu, sont constitutives de fautes des conduites qui, pour la plupart, n'encourraient à l'extérieur aucune sanction. La répression disciplinaire quadrille « un espace que les lois laissent vide », punit « un ensemble de conduites que leur relative indifférence faisait échapper aux grands systèmes de châtement », remarque Michel Foucault ; à quoi s'ajoute que les fautes les plus futiles, les écarts les plus minimes à la loi de l'institution sont systématiquement et par principe sanctionnés (33). En second lieu, les sanctions encourues en conséquence de la violation du règlement ou des ordres reçus sont hétérogènes aux sanctions pénales ordinaires : elles englobent une série de procédés allant du retrait des faveurs précédemment obtenues à l'imposition de privations supplémentaires, de l'humiliation au châtement physique (34). Ces procédés ont en commun d'être conçus comme de véritables punitions, très proches dans leur principe quoique plus sévères dans leurs modalités de celles que l'on inflige (ou

de corrélation juridiquement établie entre l'infraction et la sanction ; les règles de procédure sont peu nombreuses ou approximatives (*op. cit.*, pp. 55 ss).

On notera par exemple que si, dans l'administration publique, l'existence d'un contrôle juridictionnel poussé a permis de supprimer la plupart des sources d'arbitraire dans l'exercice de la répression disciplinaire, il n'en va pas de même dans l'entreprise : ici la même autorité élabore le règlement intérieur, donne les ordres, et détient le pouvoir de sanction. Or ce pouvoir disciplinaire s'exerce dans un vide juridique à peu près total : la faute consiste dans l'inobservation de toute prescription ou injonction émanant du chef d'entreprise et dont nul autre que lui n'est habilité à apprécier l'opportunité ; des sanctions comme la mutation, la rétrogradation et la mise à pied peuvent être prononcées sans être prévues par un texte ; la décision n'est entourée d'aucune garantie procédurale, l'employeur décidant seul, sans appel, et sans avoir à entendre l'exposé par l'intéressé de ses moyens de défense.

(33) On relève par exemple, sur un registre établi par la prison de Clairvaux à la fin du XIX^e siècle, qu'un détenu a été sanctionné au cours de son séjour pour les fautes suivantes : refus de travail, quitte sa veste avant l'heure, fume, mutinerie et bris de mobilier, bagarres, cris, réponse inconvenante, bavardage, refus de prendre des remèdes prescrits, pédérastie, insultes, réclamations non fondées faites sur un ton arrogant, frappe un gardien, déchire sa chemise, etc. (S. DOUAILLER, P. VERMEREN, « Mutineries à Clairvaux », *Les Révoltes Logiques*, n° 6/1977, p. 77).

E. Goffman cite lui aussi des exemples de comportements qui, dans les camps de concentration nazis, étaient de nature à attirer sur soi le châtement des gardiens, tels que le fait de garder les mains dans les poches, de tousser, d'avoir une tâche, un bouton manquant, des chaussures mal cirées — ou trop bien, un salut oublié, etc.

(34) Dans la même prison de Clairvaux, au XIX^e siècle, la hiérarchie des sanctions était la suivante : réprimande, amende, privation de cantine, privation de pitance, pain sec, privation de promenade, privation de correspondance, privation de visites, salle de discipline, cellule simple, cellule ténébreuse, cellule avec camisole de force, cellule avec fers et menottes (*ibid.*). Aujourd'hui, les sanctions disciplinaires applicables en milieu carcéral sont codifiées et figurent à l'article D. 250 du Code de procédure pénale. Ce sont, dans l'ordre de gravité : 1° l'avertissement ... ; 2° la privation temporaire de l'usage du tabac, de la faculté d'acheter de la bière ou du cidre en cantine, ou d'effectuer en cantine tout autre achat que les produits ou objets de toilette, de recevoir des subsides de l'extérieur, ou plus généralement de profiter des mesures que le présent titre admet sans toutefois leur reconnaître un caractère obligatoire (souligné par nous) ; 3° la privation temporaire de l'usage du récepteur radiophonique individuel ; 4° la suppression temporaire de l'accès au parloir sans dispositif de séparation ... ; 5° la mise en cellule de punition. Cette liste reste en fait en-deçà de la réalité : on sait bien que dans la pratique quotidienne des prisons ont cours une multitude d'autres sanctions disciplinaires infligées en dehors des formes, allant du simple changement de cellule à la mise à l'isolement.

infligeait naguère) aux enfants. Toute organisation a certes besoin, comme le note Etzioni, d'une « distribution formellement structurée de récompenses et de sanctions afin d'assurer le respect des normes, des règlements et des ordres », telle que ceux qui se plient aux normes soient récompensés et ceux qui s'en écartent pénalisés; mais la nature de ces sanctions et de ces récompenses n'est pas indifférente car toutes ne sont pas équivalentes. Dans l'institution totalitaire prédomine ce que Etzioni nomme le « pouvoir coercitif », fondé sur l'application de moyens physiques de contrôle (35) : le plus infantilisant et le plus aliénant puisqu'il est par essence unilatéral et qu'il manifeste la profondeur du fossé qui sépare ceux qui l'exercent de ceux qui y sont soumis.

Dans ces conditions, les garanties procédurales, lorsqu'il en existe, ne peuvent être qu'illusoirs. La plupart du temps, la notion même de « garantie », qui est normalement attachée au fonctionnement de la justice pénale, ne franchit pas les portes de l'institution totalitaire : elle s'insère mal, à vrai dire, dans son système répressif très particulier. Dans les rares hypothèses où il en va différemment, le formalisme procédural est surtout un moyen d'intimidation supplémentaire à l'égard de l'individu sanctionné; car la remise du pouvoir de punir à ceux-là mêmes qui sont responsables du bon ordre dans l'institution, l'absence de tout recours à l'encontre de leurs décisions qui sont ainsi sans appel, le secret général entourant l'ensemble de la procédure enfin, ôtent à ce semblant de procès dialectique et contradictoire qui est l'essence du judiciaire (36).

*
**

Il semblera peut-être paradoxal d'avoir décrit l'organisation méthodique d'un système de gouvernement despotique sans évoquer à aucun moment le phénomène de l'illégalité. C'est que si l'illégalité est assurément présente dans l'institution totalitaire, si elle est même sans

(35) Par opposition au « pouvoir utilitaire » reposant sur l'utilisation de moyens matériels, comme les biens et l'argent, et au « pouvoir normatif et/ou social » reposant sur l'utilisation de symboles comme le prestige, l'estime ou l'amour. (Voir *Les organisations modernes*, Duculot, 1971, pp. 109 ss).

(36) Ainsi du « prétoire » qui est l'instance de jugement interne aux établissements pénitentiaires. L'article D. 249 du Code de procédure pénale prévoit que les sanctions disciplinaires sont prononcées par le chef de l'établissement, qui recueille préalablement toutes informations utiles sur les circonstances de l'infraction disciplinaire et la personnalité de leur auteur, et que le détenu doit avoir été informé avant sa comparution des faits qui lui sont reprochés et mis en mesure de présenter ses explications; par ailleurs, la salle du prétoire est aménagée sur le modèle judiciaire, avec une tribune et une barre. Mais ne sont présents dans la salle que le directeur, le surveillant-chef et le détenu; la séance se déroule sans public et hors de la présence du juge de l'application des peines et des éducateurs; la sanction prononcée est sans appel et ne fait l'objet d'aucun contrôle d'une instance juridictionnelle. Malgré le formalisme apparent de la procédure et sa réglementation par le C.P.P., on voit qu'elle offre finalement peu de garanties si on la compare non seulement avec la procédure pénale générale mais même avec la procédure disciplinaire en vigueur dans les autres branches de l'appareil d'Etat.

doute indispensable à son fonctionnement comme au fonctionnement de toute organisation bureaucratique, elle ne lui est pas consubstantielle. On notera d'abord qu'un ordre juridique qui n'enferme dans aucune limite l'exercice du pouvoir et qui légalise l'arbitraire ne s'expose guère à l'illégalité : l'institution totalitaire est d'autant moins portée à violer sa propre légalité qu'elle réalise un modèle plus parfait de despotisme (et en ce sens, on peut supputer qu'il se commettait moins d' « illégalités » dans les camps de concentration nazis qu'il ne s'en commet aujourd'hui dans les prisons françaises). On pourrait ajouter que l'illégalité est, d'une certaine façon, la preuve de l'imperfection de l'ordre institutionnel au regard de sa volonté totalitaire, puisqu'elle manifeste la relative impuissance de ses règles à régir intégralement le fonctionnement de l'institution, à codifier totalement les activités qui s'y déroulent.

B. — LA CODIFICATION NORMALISATRICE

Le totalitarisme ne se résout pas dans le despotisme. Le despotisme suppose l'obéissance aveugle aux ordres reçus indépendamment de leur contenu, la soumission pour la soumission; il supprime la liberté par le jeu de l'interdit et de la répression; mais il s'accommode d'un mode d'exercice du pouvoir fondé sur la règle, fût-elle oppressive. Or si l'on examine plus attentivement la nature et le contenu des normes que l'institution totalitaire produit à foison, on s'aperçoit que leur fonction ne se limite pas à interdire, que cette réglementation détaillée et tatillonne n'est pas seulement l'occasion et le prétexte d'une répression systématique, mais qu'elle constitue aussi le vecteur d'une entreprise de normalisation par laquelle l'institution totalitaire obtient de ses membres des comportements stéréotypés, conformes au modèle souhaité. La structure de l'ordre normatif est telle, en effet, que toutes les conduites des membres de l'institution s'inscrivent impérativement et nécessairement dans le cycle clos de l'interdit et du prescrit. Chacun de leurs mouvements est strictement programmé pour s'insérer dans la grille d'un espace-temps institutionnel intégralement quadrillé.

Le cycle de l'interdit et du prescrit.

On a eu l'occasion d'observer, en évoquant la tyrannie du règlement, que la vie dans l'institution totalitaire se distinguait de la vie normale par l'existence d'un réseau dense de prescriptions et d'interdictions déterminant ce qu'il convient de faire et de ne pas faire en chaque circonstance : l'habillement, la tenue, les manières, l'activité, les gestes, les attitudes, le corps, la propreté, la sexualité — rien

n'échappe à l'emprise des règles ni au contrôle de l'autorité (37). Il importe ici d'insister sur ce qu'a de spécifique et d'insolite un tel ordonnancement normatif, qui aboutit à la codification intégrale des conduites et qui, dérochant à l'individu jusqu'à la dernière parcelle de son autonomie, le contraint à couler son comportement dans un moule prédéterminé sur lequel il n'a pas prise.

Dans son analyse du droit comme système de normes réglant la conduite des êtres humains, Kelsen souligne la diversité potentielle de ces normes qui, selon les cas, ont pour objet d'ordonner, de permettre ou d'habiliter : les normes peuvent commander une action déterminée ou une abstention, c'est-à-dire prescrire ou interdire, mais aussi autoriser une conduite ou encore conférer des pouvoirs (38). Au regard de cette analyse, l'ordre juridique totalitaire apparaît déjà comme singulièrement appauvri, puisqu'il fonctionne essentiellement sur le mode du prescrit-interdit et ne laisse guère de place à l'autonomie juridique de ses sujets : les normes permissives, comparativement peu nombreuses, s'appliquent rarement de par la seule volonté des membres de l'institution et s'analysent plutôt en autant de pouvoirs conférés aux autorités pour autoriser discrétionnairement l'exercice des activités que ces normes prévoient.

Ensuite, le droit ne règle pas expressément l'ensemble des conduites humaines. Si, par conséquent, on peut considérer avec Kelsen que toute conduite est réglée par l'ordre juridique, c'est parce qu'une action — ou une abstention — qui n'est ni défendue expressément par une norme, ni positivement permise par une norme spéciale dérogeant à une norme générale de prohibition, est permise — permise en un sens négatif précise Kelsen. Autrement dit, une conduite qui n'est pas juridiquement défendue ou prescrite de façon positive est juridiquement permise, de façon négative, ce qui signifie qu'en l'absence de norme les sujets de l'ordre juridique sont juridiquement libres. La liberté, on le voit, équivaut à l'absence de liaison par le droit, elle s'inscrit dans les marges laissées vides par l'ordre juridique (39). Si l'homme est assuré d'un « minimum de liberté »,

(37) Voir *supra*, note (26). Le Code de procédure pénale prévoit encore que « chaque détenu valide fait son lit et entretient sa cellule ou la place qui lui est réservée dans un état constant de propreté » (art. D. 352), et rappelle que « la propreté personnelle est exigée de tous les détenus » (art. D. 357). On trouve de même dans *Asiles* la liste des prescriptions et interdictions en vigueur dans une prison américaine, telles que : interdiction de parler hors des cellules, de mettre des gravures sur les murs, de regarder à droite ou à gauche pendant les repas ; obligation de placer les croûtons de pains à gauche de l'assiette, de se mettre au garde-à-vous, etc. (*op. cit.*, pp. 82-83). Tout ceci illustre parfaitement les observations de M. Foucault : « A l'atelier, à l'école, à l'armée, écrit-il, sévit toute une micro-pénalité du temps (retards, absences, interruptions des tâches), de l'activité (inattention, négligence, manque de zèle), de la manière d'être (impolitesse, désobéissance), des discours (bavardage, insolence), du corps (attitudes incorrectes, gestes non conformes, malpropreté), de la sexualité... » (*Surveiller et punir*, p. 180).

(38) L'obligation juridique (*sollen*) inclut le *dürfen* et le *können*, dite encore Kelsen. (Voir *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1960, trad. fr. Dalloz, 1962, pp. 20-22).

(39) On trouve chez Santi Romano (*op. cit.*, pp. 152 ss) une analyse apparemment opposée. Partant lui aussi du postulat qu'un ordre juridique n'a jamais

c'est parce qu'il reste toujours une sphère de l'existence humaine non réglée positivement par le droit, où n'apparaissent aucune prescription ni interdiction. L'homme, écrit Kelsen, « ne peut jamais voir sa liberté limitée par l'ordre juridique pour toute l'étendue de son existence, c'est-à-dire pour la totalité de sa conduite extérieure et intérieure, de son action, de son vouloir, de sa pensée et de ses sentiments ». Non pas, dit-il, que la tentation ne s'en soit pas manifestée; mais même les ordres juridiques les plus totalitaires n'ont pu surmonter l'obstacle qui résulte de ce que la possibilité concrète pour le droit de régler positivement l'ensemble de la conduite humaine est techniquement limitée (40). Sans doute. Mais que reste-t-il véritablement de ce « minimum de liberté » lorsque l'ordre juridique, coextensif à l'ordre institutionnel, ajuste son maillage serré aux dimensions exactes de l'institution pour ne laisser aucune conduite, aucune action surgissant en un point quelconque de ce champ social restreint, hors de son emprise, hors du cycle du prescrit et de l'interdit ?

Ce n'est pas tout. Il faut encore noter que dans ce cycle de l'interdit et du prescrit la symétrie des termes occulte la redondance des fonctions. D'habitude, le prescrit et l'interdit ne s'équivalent pas : l'un fixe des limites aux actions possibles, l'autre dicte des conduites obligatoires; l'un préserve la liberté résiduelle du sujet, l'autre supprime l'autonomie de l'acte. En ce sens, l'interdit apparaît comme la structure fondamentale de l'ordre normatif libéral, son mode de fonctionnement privilégié (41). Mais à partir d'un certain degré de précision dans le contenu des normes, la différence de nature entre le mode de l'interdiction et le mode de la prescription s'estompe; et lorsque de surcroît le champ entier de l'activité humaine est recouvert d'un réseau continu de prescriptions et d'interdictions ne laissant subsister aucun blanc, les unes représentent strictement l'image en négatif des autres, qui peuvent s'y lire en creux.

la prétention de se soumettre tous les comportements des individus, il ajoute que ce qui se passe dans les sphères où cet ordre juridique s'abstient de pénétrer lui est « juridiquement indifférent », ce qui laisse ouverte la possibilité qu'un autre ordre juridique, ignoré par le premier, y prenne place (voir *supra*, note 18). Il en résulte qu'une action qui n'est imposée ou interdite par aucune norme d'un ordre juridique donné n'entre dans la sphère de liberté des sujets que si un autre ordre juridique n'est pas venu en quelque sorte prendre la « relève » du premier et quadriller l'espace qu'il laissait vide.

L'analyse de Santi Romano est plus complexe que celle de Kelsen parce qu'elle s'appuie sur l'hypothèse de la pluralité des ordres juridiques (*supra*, note 11); mais l'un et l'autre s'accordent en définitive pour estimer — quoi qu'en employant des formules différentes — que le domaine qu'aucune norme d'aucun ordre juridique ne règle positivement appartient à la sphère de liberté des individus, même s'il ne résulte pas de cette abstention un « droit » à proprement parler.

(40) *Ibid.*, pp. 57-60. Rappelons que Kelsen, fidèle à ses prémisses théoriques, n'a en vue que l'ordre juridique des sociétés globales; or plus le groupe social est restreint, plus la possibilité de régler effectivement l'ensemble des conduites se renforce.

(41) « La grandeur, mais aussi l'inconvénient des lois dans les sociétés libres est qu'elles disent uniquement ce que l'on ne devrait pas, mais jamais ce que l'on devrait faire », observe justement Hannah Arendt, (*Le système totalitaire*, trad. fr. Seuil, Coll. Politique, 1972, p. 213).

Peu importe alors la structure formelle des normes qui, en tout état de cause, se conjuguent pour gérer « à la minute près, au gramme près, au centimètre près » (42) tous les moindres détails d'une existence quotidienne intégralement programmée, et pour inculquer, grâce à ce contrôle totalitaire du mode de vie qui s'immisce dans l'intimité de l'individu et lui dérobe l'autonomie de ses actes, les manières d'être et d'agir requises pour le maintien et la réactivation constante de l'ordre institutionnel.

Le quadrillage de l'espace-temps institutionnel.

A travers le respect des règles et au-delà de l'obéissance, c'est la conformité des comportements que l'on vise; la répression assure la soumission à l'autorité mais sert aussi à réduire les écarts à la norme; la sanction punit la violation des règles mais aussi la non-conformité au modèle. Cette entreprise de normalisation, au sens propre, prend appui sur un contrôle étroit et constant des activités des membres de l'institution, qui suppose à son tour un quadrillage rigoureux de l'espace où elles se déroulent, une gestion précise du temps où elles se succèdent. La codification spatiale et temporelle prolonge et complète ainsi la codification des conduites en les inscrivant immuablement dans les coordonnées de l'espace-temps institutionnel. Un « agencement rigoureux des places, des occupations, des emplois du temps..., qui tisse la vie quotidienne ... d'un réseau de règles immuables » (43) : telle est l'apparence, mais aussi l'essence de l'institution totalitaire; car l'emprise totale sur les gestes, les actes, les attitudes, l'emprise sur les corps, en somme, ne se conçoit pas sans une emprise simultanée sur l'espace et sur le temps, qui dépose encore un peu plus l'individu de la faculté de se mouvoir à son gré.

L'utilisation du temps comme le déplacement dans l'espace sont ici minutieusement réglés, d'une façon qui exclut toute improvisation, toute initiative autonome. L'institution totalitaire est d'abord un lieu clos, dont on ne franchit les portes qu'exceptionnellement, et en tous cas jamais de son propre chef. Au sein même de l'institution fonctionne un système rigoureux d'assignation spatiale tel que chacun se voit affecter une place où il doit se tenir. L'assignation spatiale, sous sa forme extrême, supprime la possibilité de se déplacer d'un lieu à l'autre; sous sa forme atténuée, elle signifie qu'on ne peut quitter sa place que dans les conditions prévues par le règlement et pour se rendre à l'endroit qu'il prescrit. L'ensemble du territoire institutionnel se répartit ainsi en lieux interdits, en lieux imposés et en lieux accessibles. Ce découpage élémentaire s'accompagne d'une

(42) A. ZYSBERG, « Politiques du bagne, 1820-1850 », in *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX^e siècle*, (Études réunies par Michelle Perrot), Seuil, L'univers historique, 1980, p. 177).

(43) R. CASTEL, *L'ordre psychiatrique*, p. 93.

spécification des lieux et des fonctions : en affectant un lieu à chaque fonction et une fonction à chaque lieu, le zonage abolit la multifonctionnalité des espaces de liberté et dicte, en même temps que la destination forcée de chaque portion d'espace, les conditions auxquelles son utilisation doit se conformer.

Sur ce quadrillage spatial viennent se greffer les contraintes de l'horaire. Et de même que la logique de l'espace totalitaire ressemble fort à la logique de l'espace taylorien qu'elle pousse jusqu'à ses conséquences extrêmes (44) — l'espace de l'institution totalitaire et l'espace de l'usine représentant en somme deux variétés d'un même espace disciplinaire : clos, quadrillé, fonctionnalisé, hiérarchisé (45) —, de même la rigueur de l'emploi du temps fait inévitablement penser à la rationalisation taylorienne du temps industriel (46) : un horaire fixe, un minutage strict de la durée des différentes activités (47), la suppression du temps perdu, du temps libre, non programmé (48). L'emploi du temps suppose la discipline de l'horaire, la division du temps global en tranches successives auxquelles sont affectées des occupations déterminées et obligatoires, la répétition monotone et ponctuelle des mêmes activités, des mêmes gestes, des mêmes mouvements, avec une régularité et une synchronie parfaites (49). La

(44) Voir notamment l'analyse par G.N. Fischer, dans *Espace industriel et liberté*, (P.U.F., 1980), de la « logique de l'espace taylorien », dans laquelle il montre comment l'organisation de l'espace industriel fonctionne comme un « système d'assignation à résidence » (pp. 93 ss).

(45) On reconnaît ici l'analyse de M. Foucault dans *Surveiller et punir*, (pp. 143-151). Voir aussi, à propos de l'espace industriel, J.-P. de GAUDEMAR, *La mobilisation générale*, Champ urbain, 1979, pp. 175 ss : « Du périmètre à l'espace ».

(46) Temps progressivement clôturé, quadrillé, fonctionnalisé et hiérarchisé, lui aussi, comme le montre J.-P. de Gaudemar (*op. cit.*, p. 183).

(47) L'article premier du règlement de la prison de femmes de Fleury-Mérogis prévoit que le réveil a lieu à 7 h, que les trois repas sont distribués vers 8 h, 11 h 45, 17 h 45, que le coucher a lieu à 19 h et l'extinction des feux à 22 h. L'article D. 361 du Code de procédure pénale dispose que tout détenu doit effectuer chaque jour une promenade dont la durée est d'au moins une heure ; l'article D. 445 que le règlement intérieur de chaque établissement doit déterminer le temps qui peut être consacré à la lecture, et l'article D. 447 que ce même règlement doit fixer l'horaire des séances audiovisuelles.

(48) L. Pinto, analysant les contraintes de l'emploi du temps dans l'armée, montre ainsi que le rythme peut être alternativement haletant et étiré, mais que la durée est toujours « pleine et minutieusement réglée » : les recrues sont totalement dépossédées de leur temps dont elles ne peuvent décider librement ; elles ne restent jamais sans occupation, et ces occupations leur sont toujours imposées de l'extérieur (article précité, p. 20).

(49) On trouve dans *Nous autres*, sorte de roman d'anticipation à la façon de 1984, écrit par Zamiatine en 1924 (rééd. Gallimard, Coll. L'imaginaire, 1979), ce tableau hallucinant de la gestion centralisée du temps des « numéros » de « l'Etat unique » : « Tous les matins, avec une exactitude de machines, à la même heure et à la même minute, nous, des millions, nous nous levons comme un seul numéro. A la même heure et à la même minute, nous, des millions à la fois, nous commençons notre travail et le finissons avec le même ensemble. Fondus en un seul corps aux millions de mains, nous portons la cuiller à la bouche à la seconde fixée par les Tables. Tous, au même moment, nous allons nous promener, nous nous rendons à l'auditorium, à la salle des exercices de Taylor, nous nous abandonnons au sommeil ». Mentionnant les « heures personnelles », ces deux heures quotidiennes non programmées, le narrateur ajoute : « J'ai la conviction profonde que tôt ou tard nous trouverons place aussi pour ces heures dans le tableau général ». Et il conclut,

gestion centralisée du temps assure le fonctionnement réglé de l'institution totalitaire. Mais ce temps clôturé, quadrillé, fonctionnalisé à l'image de l'espace, signifie la prise en charge totale de l'individu, le contrôle absolu de ses comportements, la négation de toute détermination autonome de ses actes et de ses conduites.

*
**

Par la codification intégrale de l'espace, du temps, des mouvements, l'institution totalitaire s'approprie l'existence de ses membres sous toutes ses formes. En supprimant les espaces de liberté, en programmant à la minute près jusqu'au moindre détail de la vie quotidienne, elle ne les prive pas seulement de toute initiative autonome; elle les dépouille du libre usage de leur corps. Car l'emprise que s'assure l'institution totalitaire sur les individus est d'abord une emprise physique : les mécanismes coercitifs qui visent à forger des comportements conformes s'appliquent de façon privilégiée au corps, de même que les sanctions coercitives s'analysent avant tout, dans leurs différentes modalités — privations, châtiments corporels, isolement... —, en une contrainte sur les corps. Et c'est à cet instant précis que le disciplinaire, au sens où l'entend Foucault, se disjoints du juridique pour prendre son autonomie (50) : lorsqu'au sujet de droit, point d'application de la règle juridique, se substitue le corps, point d'application de la discipline, lorsque la normalisation prend le pas sur le normatif et le modèle sur la règle. Nous y reviendrons (51). Notons pour l'instant que cette disjonction n'apparaît pas au grand jour; elle demeure latente, occultée par la référence ambiguë à la loi de l'institution, à des normes auxquelles il faut se plier parce que l'ordre institutionnel l'exige — ce qui signifie tout à la fois qu'il l'impose et que sa perpétuation est à ce prix.

ailleurs : « Taylor était le plus génial des anciens... Malgré tout, il n'a pas su penser son idée jusqu'au bout et étendre son système à toute la vie, à chaque pas, à chaque mouvement; il n'a pas su intégrer dans son système les 24 heures de la journée » (pp. 26 et 44).

(50) A propos de la prison, M. Foucault, constatant un « excès » de l'emprisonnement par rapport à la détention légale, du « carcéral » par rapport au « judiciaire », note ceci : « la marge par laquelle la prison excède la détention est remplie en fait par des techniques de type disciplinaire. Et ce supplément disciplinaire par rapport au juridique, c'est cela, en somme, qui s'est appelé le " pénitentiaire " » (*Surveiller et punir*, p. 251).

(51) Il faudra notamment prendre parti sur le rapport droit-discipline que Foucault, pour sa part, analyse comme un rapport d'opposition : « aussi régulière et institutionnelle qu'elle soit, écrit-il, la discipline est un contre-droit » (*ibid.*, p. 224). (Voir *infra*, II^e partie, A).

C. — LA LOI ET L'ORDRE

L'ambiguïté de la norme — norme-règle et/ou norme-modèle —, même lorsqu'elle n'est pas consciemment perçue, se trouve au cœur de la dialectique par laquelle l'ordre institutionnel se produit et se reproduit. Car le règlement de l'institution totalitaire contient des dispositions si détaillées, des prescriptions si contraignantes, qu'il impose en réalité des conduites étroitement codifiées, des comportements strictement normalisés; de sorte qu'en respectant les règles, en obéissant aux consignes, on se plie certes aux exigences immédiates de l'ordre institutionnel, mais aussi on adopte un comportement conforme au modèle qu'il prescrit et donc, finalement, on le réactive, on contribue à le perpétuer.

Le règlement n'est pas le produit contingent de l'institution; il est plus que la simple traduction en termes juridiques de l'ordre institutionnel : il figure la loi de l'institution — sa règle, mais aussi son modèle. Et c'est pourquoi l'institution totalitaire ne peut se passer de normes, de ces normes qu'elle secrète à profusion : cet univers clos, cet ordre à part, il convient de le doter de règles spécifiques, différentes de celles qui ont cours dans la société environnante; de règles plus contraignantes, voire despotiques, dans la mesure où, par l'obéissance aux ordres s'obtiendra l'adhésion à l'Ordre. Car c'est bien de cela qu'il s'agit : d'ordonner un désordre, de forger par la régularité des règles une société idéale, idéalement réduite à l'ordre exprimé par les normes.

Une loi à part pour un ordre à part.

Chaque groupe social organisé produit ses propres règles, chaque institution comporte un ordre juridique sans lequel elle ne pourrait exister ni fonctionner. Mais ces règles ont en principe un caractère supplétif : elles s'insèrent dans les espaces laissés vacants par l'ordre juridique global, elles régissent des conduites que les lois générales se sont abstenues de réglementer; elles ne se substituent pas à ces lois dont le champ d'application ne s'arrête pas aux portes de l'institution. L'institution totalitaire, en revanche, ne se satisfait pas d'une législation supplétive, guère compatible avec sa prétention à régler jusque dans les moindres détails les comportements de ses membres pour les plier à sa logique propre qui n'est pas celle du monde extérieur : les règles qu'elle secrète ont vocation à s'appliquer à l'exclusion de toute autre, et les lois en vigueur dans la société environnante n'ont pas cours dans cette micro-société à part et à l'écart.

Le particularisme de l'ordre juridique est, on le voit, étroitement lié à la tendance de l'institution totalitaire à s'ériger en univers clos et à élever des barrières infranchissables vis-à-vis du reste de la société. Ces barrières sont d'abord matérielles, et correspondent à une

nécessité pratique liée à la fonction de gardiennage que remplissent la plupart de ces institutions : les murs de la prison ou de l'asile, les barbelés du camp de concentration rappellent qu'ils sont avant toute chose des lieux d'enfermement. Mais les barrières ont aussi valeur de symbole : obstacle matériel au passage du monde de la réclusion au monde de la liberté, elles cristallisent parallèlement l'opposition entre deux univers contrastés. Elles marquent un dedans et un dehors, un en-deçà et un au-delà qui figurent la vie recluse et la vie normale : ici, la réalité présente et obsédante d'une existence réglée et contrainte au sein de l'institution totalitaire; ailleurs, le souvenir évanescant d'une existence passée et l'horizon incertain d'une existence future. Car, indépendamment de l'impossibilité physique de s'évader de l'univers clos de l'institution, tout est fait pour supprimer de cet univers les références au monde extérieur : la ségrégation est tout autant psychologique, morale, culturelle, que physique. L'entrée dans l'institution totalitaire s'accompagne d'une déculturation brutale, obtenue par des procédés qui varient peu d'une institution à l'autre : retrait des effets et objets personnels, interdiction de porter des habits civils et port obligatoire de l'uniforme, restriction ou même suppression des contacts avec l'extérieur (52). Parallèlement, pour marquer la coupure, pour accentuer le divorce avec la vie normale, on s'emploiera à inculquer des rituels qui sont la marque distinctive de l'institution : tout est fait, en somme, pour que l'existence au sein de ce microcosme soit vécue « en négatif » par rapport à la vie sociale normale (53).

Dans cette entreprise de désocialisation-resocialisation, le règlement occupe une place centrale : énonçant la loi de l'institution dans sa spécificité, il enferme corrélativement ses membres dans le cercle clos et contraignant de ses dispositions dont ils ne peuvent ni s'échapper, ni même s'abstraire, puisque, omniprésentes, elles sont aussi les seules à avoir cours. La spécificité des règles en vigueur dans l'institution totalitaire s'explique alors à la lumière de la double fonction, pratique et symbolique, du règlement. Il faut des règles particulières pour régir ceux qui, ayant, volontairement ou non, transgressé les lois de la société libérale, appellent un traitement spécifique (54), ou simplement pour permettre la réalisation des missions imparties à l'institution. Mais il faut aussi — surtout ? — des règles particulières pour marquer la rupture de l'institution totalitaire avec la

(52) Sur ces différentes pratiques, voir notamment E. GOFFMAN, *op. cit.*, pp. 55 ss, et, sur l'institution militaire, L. PINTO, article précité.

(53) R. CASTEL, présentation d'*Asiles*. Voir aussi, à propos de l'armée, L. PINTO, article précité : « Séparée dans l'espace, limitée dans le temps, soumise à des règles autonomes, l'expérience de la vie militaire aura tendance à être perçue comme « coupée » des autres aspects de l'existence sociale et donc comme dépourvue de toute fonction... L'opposition vie civile/vie militaire... suppose une dichotomie entre deux mondes clos et séparés ».

(54) « Foyer de désordre, écrit R. Castel à propos du fou, il doit plus que jamais être réprimé... Ilot d'irrationalité, il doit être administré mais selon des normes différentes de celles [qui s'appliquent aux] sujets "normaux" d'une société rationnelle », (*L'ordre psychiatrique*, p. 20).

société environnante, l'inversion des valeurs qui s'y opère : cet ordre juridique à part exprime et conforte la cohérence propre d'un microcosme au sein duquel l'existence humaine doit être intégralement reprogrammée (55).

Les normes en vigueur dans l'institution totalitaire ont une dimension instrumentale : elles permettent le maintien et la reproduction de l'ordre institutionnel par le biais d'une discipline qui réside à la fois dans le respect des règles et la conformité au modèle; mais elles dessinent simultanément ce modèle à atteindre, l'ordre idéal à promouvoir par opposition au dérèglement initial, au désordre ambiant.

Ordonner un désordre.

Au principe de l'institution totalitaire, il y a en effet la volonté de conjurer le désordre : désordre physique, moral ou mental selon les cas. Désordre objectif, parfois, lorsqu'il s'agit de guérir les aliénés ou de redresser les délinquants; désordre subjectif et construit, plus souvent, qui n'apparaît tel qu'au contraste de l'ordre glacé et épuré de l'institution totalitaire (56). Le désordre est toujours importé du dehors, d'où l'impératif de clôture : il faut qu'aucune perturbation étrangère ne vienne « bousculer l'harmonieux déploiement de la loi », afin que puisse se constituer un îlot d'ordre au sein d'un univers de désordre (57). La profusion de normes correspond à la nécessité d'opposer au dérèglement des conduites la régularité des règles, de contrecarrer les initiatives spontanées génératrices de désordre par la constance d'un ordre imposé et rigide, de remplacer l'improvisation anarchique par une programmation parfaite.

Dans ce contexte, les règles remplissent d'abord une fonction pédagogique, ou mieux, orthopédique : elles déterminent l'acceptabilité des conduites et des actes, elles indiquent non point tant le bien et le mal que le conforme et le non-conforme, elles inculquent les comportements compatibles avec et requis par l'ordre institutionnel. C'est en tissant la vie quotidienne des aliénés d'un réseau de règles immuables qu'on les rendra à l'ordre de la raison; c'est en émaillant l'existence des prisonniers de mille et une prescriptions, de mille et un préceptes, qu'on redressera le délinquant, qu'on lui enseignera la

(55) L'ordre asilaire se constitue sur la base d'une double nécessité : la nécessité d'une rupture avec le monde extérieur, qui entraîne « la nécessité complémentaire de construire de toutes pièces un nouveau laboratoire social dans lequel toute l'existence humaine pourrait être reprogrammée » (R. CASTEL, *ibid.*, p. 94).

(56) L'obéissance absolue exigée des appelés vise d'abord à leur inculquer l'idée que « l'armée est l'anti-bordel, le lieu où le désir bridé s'incline devant la majesté de la loi de l'Ordre », (L. PINTO, article précité).

(57) Tel est le fondement de la stratégie asilaire née avec Pinel, le premier des aliénistes : la ségrégation arrache le fou au milieu ambiant, au monde « normal », qui est désormais le lieu de reproduction du désordre, pour l'enfermer à l'intérieur du « grand cimetière asilaire ... devenu un espace coextensif à la raison où les fous vivent dans la transparence de la loi et se la réapproprient », (R. CASTEL, *L'ordre psychiatrique*, p. 94).

valeur des règles qu'il a méconnues, qu'on reformera ses habitudes vicieuses et qu'on lui en inculquera de bonnes (58).

Car, au-delà de leur fonction pédagogique et lui donnant son sens, sa finalité, les normes dessinent l'esquisse d'une situation modèle vers laquelle il faut tendre (59). Elles jettent un pont entre le désordre de l'ici-et-maintenant et l'ordre futur; elles traduisent en règles impératives l'image d'une société idéale qui fonctionne dès lors comme source de ces normes et moule de nouveaux comportements (60). Mais on ne peut compter que les pratiques se modèlent spontanément sur le contenu des normes. Pour réduire la distance entre ce qui est et ce qui doit être, l'écart entre la réalité et le modèle, il faudra recourir à la contrainte, à la coercition, à la violence. La réalisation du modèle passe par le respect forcé des règles, l'ordre suppose la soumission et inclut la discipline.

L'ordre par la discipline.

Si la vie quotidienne dans l'institution totalitaire forme un contraste aussi frappant avec l'intention proclamée d'y instaurer un ordre intégral, si les méthodes de gouvernement employées contredisent l'idée d'un ajustement souple et harmonieux des conduites, c'est sans doute, justement, que l'écart à combler est trop grand entre la réalité et l'idéal (61). La discipline, instrument de réalisation de l'ordre institutionnel, se révèle plus prosaïquement comme étant avant tout le moyen de maintenir l'ordre dans l'institution.

(58) Voir C. DUPRAT, « Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes », in *L'impossible prison*, (op. cit., p. 78). Au XIX^e siècle la loi pénètre dans la prison. Le système pénitentiaire connaît alors une profusion réglementaire qui vise sans doute à réprimer les abus et à imposer des règles d'hygiène et de discipline, mais plus encore à « instaurer un ordre » et à réhabiliter les délinquants en leur inculquant de nouvelles idées et de nouveaux principes d'existence.

(59) Voici ce qu'écrivit G. Padoul à propos de la Chine, où la règle, précisément, s'efface devant le modèle : « les règlements n'existent le plus souvent qu'à l'état de projet, d'esquisse d'une situation modèle vers laquelle il faut tendre... Les Chinois ne cherchent pas à établir et imposer des règlements universels mais esquissent des modèles et appellent les masses à leur adaptation » (« Droit et idéologie en Chine », *Actes*, n° 8/1975).

(60) Analysant le besoin de droit ressenti par les Etats totalitaires, K. Pomian suggère que le langage juridique « confère aux mots le poids des choses » et fait fonctionner l'image de la société idéale « comme modèle des comportements et source des normes ». Il ajoute : « La législation décrit toujours la société non pas telle qu'elle est mais telle qu'elle aurait dû être du point de vue des législateurs, qui comptent réduire le décalage entre les deux en utilisant la violence » (« Qui est propriétaire du droit ? La légalité et l'arbitraire selon l'exemple polonais », *Esprit*, n° 3/1980, p. 33).

(61) Il faut, écrit A. Zysberg (*loc. cit.*, p. 177), confronter les règlements tatillons, « l'ordre glacé de ce discours, avec le désordre criant de la vie quotidienne du bagne (et de la prison ?) : l'entassement, la crasse, la malnutrition, la violence, l'abrutissement des esprits, l'épuisement des corps, les trafics, l'hypocrisie et la délation », qui laissent à penser que la finalité première du bagne reste bien de « faire mal » et d'ôter toute dignité à ceux qui ont été condamnés aux travaux forcés.

On continuera pourtant à justifier la rigueur despotique de la règle par la volonté de promouvoir cet ordre idéal. D'abord, respecter la loi de l'institution implique de respecter celui que l'institution a investi de son pouvoir, qui est la figure vivante de la loi (62) ; inversement, par conséquent, en faisant allégeance au détenteur de l'autorité, en lui obéissant sans réserve et sans discussion, on reconnaît l'Ordre qu'il incarne, on renforce la légitimité de la loi : « derrière l'obéissance à l'ordre, il y a l'adhésion à l'Ordre » (63). La discipline, par-delà le fait brut de la soumission à l'autorité, apparaît aussi comme un exercice de socialisation des membres de l'institution totalitaire, tandis qu'elle réactive à chaque instant l'ordre institutionnel.

Mais la nécessité de la discipline provient aussi de l'imperfection des hommes : pour combattre et conjurer la folie, l'ignorance, la paresse, la dissolution, il faut un pouvoir tutélaire et absolu, capable d'imposer, y compris par la force, le respect des normes. Taylor estimait que l'ouvrier étant paresseux et ignorant, on ne pouvait faire autrement, pour accroître la productivité, que de recourir à la contrainte et à la standardisation forcée des outils, des conditions et des méthodes de travail ; Lénine, lui, pour justifier la nécessité d'une « soumission absolue des ouvriers aux ordres personnels des dirigeants soviétiques... investis de pleins pouvoirs dictatoriaux », accusait le capitalisme, qui avait « laissé en héritage des masses laborieuses totalement ignorantes et abruties, et indisciplinées » (64). Pour le chef bolchévique, dont on sait l'admiration qu'il vouait à Taylor, et dont l'objectif était de transformer la société en une vaste fabrique idéale, de faire en sorte que « la société toute entière ne [soit] plus qu'un seul bureau et un seul atelier » construit sur le modèle de l'usine utopique de Taylor, la Révolution exigeait « que les masses obéissent sans réserve à la volonté unique des dirigeants du travail ». Grâce à cette discipline, les entreprises et, au-delà, la société socialiste dans son ensemble, fonctionneraient « avec la précision d'un mécanisme d'horlogerie », et l'autorité des dirigeants rappellerait « la direction délicate d'un chef d'orchestre » : ainsi s'obtiendraient « l'harmonie, comme résultat d'une soumission totale à la volonté de son chef, l'efficacité économique comme effet de l'autorité absolue de la hiérarchie administrative, l'ordre (musical ou social) comme produit de la discipline » (65). Si la violence est l'accoucheuse des révolutions, il faut ensuite « une discipline de fer » pour forger la société idéale.

(62) « Le médecin est la loi vivante de l'asile et l'asile est le monde construit à l'image de la rationalité qu'il incarne ». Le malade doit obéir au médecin, et le pouvoir médical *doit* s'exercer comme pouvoir absolu, car le fou, démuné de la raison, ne peut « reconquérir son humanité que par un acte d'allégeance à une puissance souveraine incarnée dans un homme », (*L'ordre psychiatrique*, p. 95).

(63) L. PINTO, article précité.

(64) Cette citation de Lénine et les suivantes sont empruntées à J. QUERZOLA, « Le chef d'orchestre à la main de fer. Léninisme et taylorisme », *Recherches*, n° 32/33, septembre 1978, sur « Le soldat du travail ».

(65) J. QUERZOLA, article précité, p. 59.

On sait ce qu'il en est advenu : l'hétérogénéité des moyens aux fins finit toujours par corrompre celles-ci de quelque façon.

*
**

Les bavures qui émaillent le fonctionnement des institutions totalitaires et l'éloignent de l'épure théorique qui le sous-tend ne doivent pas masquer la nature véritable de l'ordre qu'elles prétendent instaurer, dans un microcosme à l'écart et à l'abri du reste de la société : l'ordre de l'institution totalitaire est, au sens fort, une utopie, s'il est vrai que l'utopie c'est « le triomphe du système, un monde automatique, une algèbre de la vie sociale, la nécessité sans le hasard » (66). Certes, cette cohérence n'est pas donnée d'avance ; il faudra, pour la forger, recourir à la coercition, au contrôle totalitaire des existences individuelles, qui s'inscrit à la fois du côté des fins et du côté des moyens. L'institution totalitaire n'est pas seulement totalitaire parce qu'elle exerce une emprise totale sur ses membres, mais aussi parce que, refusant la spontanéité humaine et prétendant imposer « un ordre de choses prédéterminé, harmonieux et parfait », elle relève d'une volonté messianique (67).

Là où « l'esprit pragmatique accepte la réalité dans son devenir spontané », l'esprit utopique, mû par le besoin d'ordonner le chaos, évolue dans un espace-temps à part d'où la contingence est exclue (68). Là où le libéralisme pose des règles, le totalitarisme impose un modèle : ce modèle, il le traduit en règles ; mais lorsque le modèle, progressivement, parasite la règle, au point de détruire en elle la « juridicité », de provoquer la dégénérescence de la forme juridique, en quoi le droit se distingue-t-il encore de la coercition nue ?

(66) G. LAPOUGE, « Le lieu glissant de l'improbable », *Le Magazine littéraire*, numéro spécial sur « La fin de l'utopie ».

(67) On peut aisément transposer à l'ensemble des institutions sociales l'opposition que trace Talmon dans le champ politique entre la logique libérale et la logique totalitaire : « L'école libérale, écrit-il, estime que la politique est une question d'approximations successives et considère les systèmes politiques comme des inventions pratiques nées de l'ingéniosité et de la spontanéité humaine. Elle reconnaît aussi différents niveaux d'entreprise personnelle et collective qui se situent entièrement hors du champ politique. L'école démocratique totalitaire ... se fonde sur le postulat d'une vérité politique seule et unique. On peut qualifier sa démarche de messianisme politique, dans la mesure où elle suppose un ordre de choses prédéterminé, harmonieux et parfait, vers lequel les hommes tendent irrésistiblement et auquel ils sont obligés d'arriver ... Elle étend le domaine politique à l'ensemble de la vie humaine... Ses idées politiques ne constituent pas une série de préceptes pragmatiques ... ; elles font corps avec une philosophie cohérente et tout embrassante », (J.-L. TALMON, *Les origines de la démocratie totalitaire*, 1952, trad. fr. Calmann-Lévy, 1966, p. 12).

Dans le même sens, C. Dumitresco écrit, à propos du socialisme totalitaire : « Rien n'y arrive spontanément, tout y est entrepris... La suppression de toute spontanéité a permis au pouvoir d'y cultiver des déterminations sociales et des symétries presque mathématiques... La doctrine et la pratique totale concourent à l'abolition de l'imprévisible, à l'abolition de la liberté individuelle sous toutes ses formes », (C. DUMITRESCO, *La cité totale*, Seuil, 1980, p. 204).

(68) C. DUMITRESCO, *op. cit.*, pp. 13 et 16.

II. — LA DEGENERESCENCE DE LA FORME JURIDIQUE : LA COERCITION NUE

Nous avons jusqu'ici accepté sans la discuter ouvertement l'idée que l'ordre juridique de l'institution totalitaire, quoique spécifique, manifestait son inscription dans l'univers du droit, et raisonné implicitement comme si les normes qui composent cet ordre juridique, quoiqu'ambivalentes, s'analysaient comme règles de droit. Doit-on alors admettre que la profusion normative qui caractérise l'institution totalitaire fait d'elle un lieu par excellence soumis au droit ? Ce qu'une telle proposition a de paradoxal et d'inattendu incite à aborder de front la question jusque-là éludée et à se demander si la codification intégrale des mouvements, de l'espace et du temps qui aboutit à une emprise sur les corps relève encore de la sphère du droit ; si la loi de l'institution, qui ne se borne pas à tracer des limites à l'activité des individus mais leur impose des comportements stéréotypés, cette réglementation omniprésente qui, supprimant toute parcelle d'autonomie, ne laisse d'autre liberté que celle d'obéir à des injonctions unilatérales, se situe sans contestation possible du côté du droit ; si, enfin, la coexistence ambiguë et inégale de la règle et du modèle comme deux composantes étroitement imbriquées de la norme ne finit pas par avoir raison de la règle dans sa dimension proprement juridique.

Partis à la recherche de la part du droit dans l'institution totalitaire, nous nous apercevons que c'est le droit lui-même, ou plutôt son concept, qui fait problème, au point de mériter une réévaluation critique à la lumière de l'expérience totalitaire. Or, pour procéder à cette réévaluation, le positivisme nous a laissés étrangement démunis. La pensée positiviste conquérante, en clamant sur tous les toits que la juridicité d'une norme est indifférente à son contenu, que seule importe la régularité de son édicition appréciée exclusivement au regard de l'ordre juridique dans lequel elle prend place, s'est privée de toute arme pour disqualifier le droit des sociétés totalitaires. Préoccupée — à juste titre — de faire pièce aux séductions trompeuses et dangereuses du jusnaturalisme, elle a perdu de vue la forme juridique, ou plutôt l'a assimilée soit aux modalités d'édiction des normes (est juridique ce qui a été posé en la forme juridique), soit, avec Kelsen, au pur schéma logique qui sous-tend l'ordre juridique structuré autour de la catégorie du *sollen*. Lorsque Kelsen écrit que « n'importe quel contenu peut être droit », qu' « il n'existe pas de conduite humaine qui serait exclue comme telle, en raison de son fond, de la possibilité de devenir le contenu d'une norme juridique » (69), il a sans doute raison, car il se place exclusivement dans la perspective

(69) *Théorie pure du droit. op. cit.*, p. 261.

de la « validité » de la norme (70). Mais ce n'est pas la validité des normes composant l'ordre juridique totalitaire qui nous importe (leur validité pratique ne fait guère de doute; quant à leur validité éthique elle échappe à la réflexion juridique); ce qui nous importe, c'est de savoir si cet ordre juridique est réductible à l'ordre juridique des sociétés ou institutions non totalitaires; et, s'il ne l'est pas, de trouver le levier théorique qui permettra de montrer où réside la faille, et de réfuter l'affirmation de Santi Romano lorsqu'il écrit qu' « aucun élément, aucune force, aucune norme sociale ne sont nécessairement et absolument antithétiques par rapport au droit, n'en sont même distincts » (71).

Ce levier, c'est le questionnement critique de la forme juridique, dans laquelle les positivistes voient une simple donnée alors qu'elle est, au moins, l'indice d'un problème, comme l'a bien relevé Pasukanis (72). Car la forme juridique ne se réduit pas, on l'a dit, à un simple formalisme plat et superficiel; elle est l'essence même du droit, ce par quoi il se distingue d'autres types de réglementation, ce qui rend le rapport juridique irréductible aux rapports sociaux en général, ce pour quoi la contrainte appuyée sur le droit n'équivaut pas à l'application de la violence pure. Non que le droit soit l'antithèse de la violence; au contraire, la violence se profile toujours à l'horizon du droit, puisqu'il émane de l'instance même qui détient le pouvoir de contraindre — l'Etat —, puisqu'il est lui-même un instrument de contrainte dont l'efficacité dépend étroitement, quoique non exclusivement, de la menace latente du recours à la force. Mais si le droit est en ce sens l'expression de la violence, il l'encadre, la canalise et, dans cette mesure, la contient. L'idée que le droit limite le pouvoir — qui est d'abord le pouvoir d'employer la force — est sans doute pour une large part illusoire et participe du mécanisme idéologique grâce auquel le pouvoir en arrive à être défini comme l'exercice de la violence physique légitime : le droit légitime la contrainte qui, contenue par le droit, ne saurait être ni abusive, ni arbitraire; il légitime l'ordre social existant en mettant en scène des sujets de droit libres et égaux; il s'autolégitime, enfin, en se donnant à voir, dans les pays démocratiques, comme l'expression de

(70) « Une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu..., elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon..., d'une façon qui est déterminée par une norme supposée » [la norme fondamentale], (*ibid.*).

(71) Il ajoute : « On n'a l'antithèse ou un quelconque contraire du droit que là où apparaît quelque chose d'irréductiblement anti-social, d'individuel par nature » (*L'ordre juridique*, p. 32).

(72) On trouve en effet chez Pasukanis une réflexion sur l'essence de la forme juridique et sur la forme juridique comme essence du droit. Pour lui, la réglementation des rapports sociaux ne revêt pas toujours un caractère juridique, alors même qu'elle se présenterait extérieurement sous la forme de lois et décrets. Il ajoute — et nous y reviendrons — que le moment juridique de la réglementation naît avec l'antagonisme des intérêts privés qui différencie la réglementation juridique de la réglementation technique édictée, elle, en vue d'une finalité unique et commune (*La théorie générale du droit et le marxisme*, 1924, E.D.I., 1970, pp. 69 ss).

la volonté générale. Dans ces conditions, la forme juridique, qui donne des rapports sociaux une représentation épurée de tout phénomène de domination, est assurément le lieu d'inscription privilégié de l'idéologie; seulement, il n'est pas d'idéologie qui ne produise d'effet en retour sur la réalité : enracinée dans les représentations collectives, l'idéologie façonne aussi jusqu'à un certain point les pratiques sociales. Et la forme juridique n'est pas une pure invention de la bourgeoisie pour occulter la domination et l'exploitation; elle concourt effectivement à ce que les rapports sociaux ne soient pas de simples rapports de force, à ce que le règne du droit, tout illusoire et trompeur qu'il soit, ne se ramène pas à la coercition nue.

Si nous parvenons mal à percevoir les institutions totalitaires comme un univers de droit, en dépit de la normativité extrême qui s'y déploie, n'est-ce pas parce que la dégénérescence de la forme juridique ne laisse subsister que les signes extérieurs de la règle de droit et en dissout l'essence, la substance protectrice? Cette dégénérescence est plus perceptible encore à l'échelle des sociétés globales où, rien ne venant entraver la réalisation du projet totalitaire, l'ordre juridique peut développer librement toutes ses virtualités; au contraire, l'ordre juridique des micro-sociétés que sont les institutions totalitaires est toujours imparfait au regard du projet qui le soutient, car partiel, subordonné malgré lui à l'ordre juridique global, exposé surtout à la contamination du droit en vigueur dans la société environnante. La mise en lumière des caractères spécifiques de l'ordre juridique totalitaire suppose donc un élargissement du champ d'investigation, cantonné au départ aux seules institutions totalitaires. Cet élargissement est légitime si l'on admet, au moins à titre d'hypothèse, d'abord que le concept de totalitarisme est un (73), sinon même que la société totalitaire représente la vérité profonde de l'institution totalitaire (74), ensuite qu'il existe des traits idéal-typiques relativement constants de l'ordre juridique totalitaire qui se retrouvent à des degrés divers dans tous les systèmes totalitaires et qu'on peut

(73) Ici et là on retrouve les mêmes ingrédients : un projet utopique dont la réalisation exige une forme de gouvernement despotique exprimant la subordination inconditionnelle des parties au tout, une emprise totale sur les individus fondus en une masse homogène et indifférenciée, la fermeture au monde extérieur. Ces traits structurels se combinent pour former des figures variées, plus ou moins fidèles à l'idéal-type du totalitarisme. D'un certain point de vue, le totalitarisme est plus « parfait » à l'échelle d'une société globale que d'un microcosme institutionnel, car il y est plus aisé d'assurer la continuité du contrôle totalitaire dans le temps et dans l'espace, et d'isoler les membres de la société du reste du monde; en revanche, l'intensité de ce contrôle est généralement en raison inverse de l'étendue géographique, à cause de l'insuffisance des moyens techniques. (On notera que les romans inspirés par le phénomène totalitaire, comme *1984* de G. Orwell ou *Nous autres* de Zamiatine, se présentent volontiers comme des romans d'anticipation : l'histoire se déroule à des époques où la technique s'est considérablement perfectionnée et permet de réaliser le contrôle intégral non seulement des comportements et des activités, mais aussi des consciences).

(74) L'ambition de Lénine n'était-elle pas de construire la future société socialiste sur le modèle de l'usine taylorienne que l'on aurait reproduit à grande échelle?

donc à bon droit s'efforcer de saisir là où ils apparaissent avec le plus de relief. Il en résultera sans doute un infléchissement de la problématique initiale, mais cet infléchissement n'était-il pas contenu en germe dans les termes mêmes de la question posée ? On ne saurait étudier les institutions totalitaires sans être confronté, à un moment ou à un autre, au problème général du totalitarisme.

La dégénérescence de la forme juridique se repère à différents niveaux. Elle se manifeste d'abord dans l'effacement du sujet de droit — notion idéologique puisque son surgissement est concomitant de la montée de l'individualisme bourgeois et du développement de l'échange marchand, mais dont l'évacuation traduit à la fois le refus de reconnaître des droits à l'individu isolé, la primauté accordée à la communauté, le retour à une emprise sur les corps. La destruction de la forme juridique se lit aussi dans l'abolition de la dialectique : la dialectique, inhérente au fonctionnement même du droit puisque la règle juridique est toujours, d'une certaine façon, la résultante et le reflet des antagonismes sociaux, s'évanouit devant la pure instrumentalité des normes et l'unilatéralité d'un processus tourné vers une finalité unique : la réalisation de l'ordre idéal, de la société modèle. La perte de la transcendance, enfin, consécutive au désinvestissement symbolique de la loi, signifie la disparition de la distance protectrice qui séparait l'instance juridique du social. L'inhérence du droit aux rapports sociaux supprime sans doute le ressort de l'occultation des mécanismes de la domination, mais avec lui les bornes qui limitaient la toute-puissance du pouvoir : la transparence de l'ordre juridique à l'ordre social laisse apercevoir la coercition nue.

A. — L'EFFACEMENT DU SUJET DE DROIT

L'effacement du sujet de droit de l'ordre juridique n'est pas un simple épiphénomène, mais coïncide exactement avec les présupposés de l'ordre social totalitaire. L'élimination de l'individu de la scène juridique, concomitante de son éviction de la scène sociale, est le corollaire du primat absolu reconnu au collectif sur l'individuel. La disparition du sujet comme catégorie juridique est également symptomatique d'un type de domination non plus fondé sur l'application de la règle mais alliant la coercition ininterrompue à une certaine forme d'emprise sur les corps.

Pour comprendre les implications de cette disparition, il faut au préalable essayer de cerner la place qu'occupe la catégorie du sujet dans la constitution et le fonctionnement des systèmes de droit occidentaux ; place complexe, dans la mesure où on a affaire à une notion idéologique et à un concept-clé de la construction juridique moderne : au soubassement sur lequel s'est édifiée non seulement la théorie mais aussi la pratique du droit dans la société capitaliste-

libérale, et qui conditionne notamment la mise en œuvre des droits reconnus à tous et à chacun. Il ne s'agit pas de nier la part de mystification qui s'attache à la transmutation d'individus inégaux, pris dans des liens d'exploitation, en sujets de droit libres et égaux, non plus que de rejeter en bloc la critique marxiste dont le principal mérite est précisément d'avoir mis à nu les mécanismes idéologiques qui sous-tendent le fonctionnement du droit « bourgeois ». On ne peut pour autant oublier que l'apparition de la notion de sujet de droit dans l'ordre juridique a correspondu dans l'ordre socio-politique à un certain nombre d'acquis qu'on pensait irrévocables : l'idée que l'individu est titulaire de droits antérieurs et supérieurs à ceux de l'Etat parce qu'inhérents à la personne humaine, avec pour corollaire l'existence d'une zone d'autonomie individuelle à l'abri des interventions du pouvoir; une nouvelle conception des relations entre gouvernants et gouvernés, excluant l'appropriation par le souverain du corps de ses sujets. Ce sont pourtant ces acquis dont l'effacement du sujet de droit sonne le glas. L'ordre juridique totalitaire organise l'asservissement et la soumission; il nie l'autonomie individuelle, écrasée sous le poids des contraintes collectives; il élimine jusqu'à la notion même de droits subjectifs et ne connaît d'autre droit que le droit objectif.

L'assujettissement physique.

Nous avons montré plus haut comment l'institution totalitaire dépouille les individus du libre usage de leur corps par une programmation intégrale et méticuleuse du temps, de l'espace, des mouvements qui lui confère une emprise quasiment physique sur ses membres. Ces corps soumis, ces êtres physiquement assujettis, qu'ont-ils encore de commun avec les sujets de droit idéalement libres et égaux que postule le fonctionnement de l'ordre juridique libéral ? C'est justement le contraste entre la situation des uns et des autres au regard du pouvoir qui incite à voir dans la coercition de type disciplinaire une modalité de domination radicalement différente de la contrainte médiatisée par le droit et s'exprimant en termes d'obligations juridiques : notamment pour cette raison essentielle que l'une gouverne — ou du moins prétend gouverner — des sujets de droit abstraits, tandis que l'autre prend directement en charge le corps des sujets, s'immisce dans les plus intimes détails de leur existence en vue de leur inculquer attitudes et comportements conformes. La discipline fabrique des corps soumis et exercés, « des corps dociles » (75).

Ce travail sur les corps, cet asservissement physique se situent à l'opposé de la conception « anti-esclavagiste et anti-dominicale » du

(75) M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p. 140.

pouvoir (76), telle qu'elle a progressivement triomphé avec le déclin de la féodalité et l'apparition de l'Etat moderne. On assiste à l'âge classique à une dépersonnalisation et une dépatrimonialisation des rapports entre maître et sujets : la fin du servage, en particulier, signifie que le maître n'a plus droit de vie et de mort sur ses sujets, rendant ainsi à chacun la libre disposition de son corps; le pouvoir ne s'analyse plus en une relation de propriété impliquant une subordination totale, mais se donne à voir comme une domination impersonnelle exercée au nom du droit, au nom d'« une norme objective impartiale » liant à la fois le gouvernant et le gouverné (77). Lorsque disparaît la servitude, lorsque « la vie ni le corps n'appartiennent au maître » (78), le rapport d'exploitation se transforme lui aussi, changeant d'aspect, sinon de nature, et se dissociant des rapports de domination. Contrairement à l'esclave et au serf dont le maître s'approprie immédiatement la force de travail puisqu'il a la totale maîtrise de leur personne, le travailleur salarié apparaît sur le marché comme libre vendeur de sa force de travail, de sorte que le rapport d'exploitation va se médiatiser sous la forme juridique du contrat (79). La société capitaliste se présentera comme une société contractuelle parce que le contrat est l'expression abstraite de l'échange marchand et que l'échange marchand est le fondement même du capitalisme puisque le droit de propriété s'y analyse désormais comme la libre disposition des biens sur le marché. Le contrat devient le modèle des relations sociales, mettant en présence des individus qui ont formellement les mêmes droits, des « sujets de droit » libres de contracter car dotés d'une volonté autonome et porteurs de droits subjectifs égaux.

L'apparition de la catégorie du sujet, la métamorphose de l'homme « d'individu zoologique en un sujet juridique abstrait » (80), s'inscrit donc à l'intérieur d'un processus de juridification de la société et du pouvoir dont la signification est complexe (81) et les effets ambi-

(76) Selon l'expression de Blandine Barret-Kriegel, *L'Etat et les esclaves*, Calmann-Lévy, 1979.

(77) « Le pouvoir d'un homme sur un autre est transposé... comme le pouvoir du droit, c'est-à-dire comme le pouvoir d'une norme objective et impartiale », (E.B. PASUKANIS, *op. cit.*, p. 131). On reconnaît là les éléments de la domination légale-rationnelle caractéristique de l'Etat moderne selon Max Weber.

(78) B. BARRET-KRIEDEL, *op. cit.*, p. 70.

(79) E.B. PASUKANIS, *op. cit.*, p. 100.

(80) *Ibid.*, p. 104. Abstrait, dans la mesure où « la capacité générale d'avoir des droits se sépare des prétentions juridiques concrètes », de sorte qu'il devient possible de « faire abstraction des différences concrètes entre les sujets juridiques et de rassembler ceux-ci sous un seul concept générique » (p. 107).

(81) On peut juger excessivement mécaniste l'explication purement matérialiste de Pasukanis qui lie de façon univoque l'apparition de la catégorie du sujet et de la forme juridique au développement des rapports sociaux bourgeois-capitalistes. A l'opposé, l'analyse de B. Barret-Kriegel, quoique éclairante et stimulante sur beaucoup de points, nous semble pêcher quelque peu par volontarisme et idéalisme. Par volontarisme lorsqu'elle écrit par exemple (p. 59) : « c'est au christianisme, proclamant l'éminente dignité de la personne humaine, qu'il revient d'avoir rendu l'esclavage insupportable ; ce sont les rois qui, en publiant les édits d'affranchissement des serfs du domaine royal, ont

valents. D'un côté, la transmutation des inégalités sociales réelles entre individus concrets en égalité de droit entre sujets juridiques abstraits contribue à l'occultation des rapports d'exploitation et de domination, qui ne cessent pas miraculeusement d'exister avec l'avènement de la société capitaliste — même libérale — et de l'Etat moderne — même dit de droit. Déguiser tous les individus en sujets, c'est aussi masquer que dans beaucoup de rapports sociaux l'homme continue à être traité en objet, et que l'appropriation, proscrite en droit, subsiste en fait (82). En ce sens, il n'est pas faux de dire que l'idéologie juridique naît du moment où l'on postule que l'homme est naturellement un sujet de droit (83) : catégorie juridique, la notion de sujet de droit est simultanément une catégorie idéologique fondamentale autour de laquelle s'est constituée toute l'idéologie formellement égalitaire issue de la Révolution française.

D'un autre côté, on ne saurait pour autant assimiler la domination médiatisée par la règle de droit et fondée sur l'obligation et la sanction juridique à un mode de domination fondé sur l'appropriation immédiate des corps et l'assujettissement physique. Il est faux de prétendre que tous les pouvoirs se valent (84) ; ils ne se valent pas pour ceux qui le subissent. Etre reconnu comme sujet de droit ne préserve ni de l'exploitation, ni de l'injustice, ni même de l'arbitraire ; mais c'est au moins la garantie — fût-elle fragile, et parfois illusoire — de pouvoir disposer librement de son corps, de n'être pas

voulu l'émancipation, et c'est l'Etat de droit anglais qui ... a garanti la libre disposition individuelle du corps propre », sans se demander si la suppression de l'esclavage est principalement imputable au christianisme et sans s'interroger sur les raisons qui ont poussé à l'abolition du servage. Par idéalisme lorsque, précisément, elle « idéalise » l'Etat de droit dans les deux sens du terme : en le décrivant plus parfait et séduisant qu'il n'est en réalité (voir sur ce point la critique pertinente de G. Lavau dans la *Rev. fr. de sc. pol.* 1980, pp. 407-408), et en n'examinant pas les conditions matérielles, socio-économiques, de son apparition. Or l'Etat de droit n'est ni une simple figure du progrès de l'humanité, ni le pur produit de la grande bonté ou de la grande sagesse de ceux qui nous gouvernent. L'influence des modes de pensée marxistes a peut être trop longtemps détourné d'étudier le rôle propre des idéologies, leur impact autonome sur les phénomènes socio-politiques ; nous ne pensons pas qu'on doive pour autant tomber dans l'excès inverse et raisonner comme si les idéologies menaient le monde et jouaient le rôle moteur dans les transformations sociales.

Pour en revenir au problème qui nous occupe ici, il resterait encore à analyser la concomitance des transformations idéologiques, politiques et socio-économiques qui accompagnent l'apparition de cette nouvelle conception des rapports de pouvoir que recouvre (en partie) la notion d'Etat de droit.

(82) Voir G. de la PRADELLE, *L'homme juridique*, P.U.G.-Maspero, 1979, pp. 99 à 115.

(83) Voir B. EDELMANN, *Le droit saisi par la photographie*, Maspero, Coll. Théorie, 1973, pp. 17-18. L'auteur emprunte cette idée à L. ALTHUSSER, « Idéologie et Appareils idéologiques d'Etat », *La pensée*, n° 151, juin 1970, (reproduit dans *Positions*, Ed. soc., 1976, pp. 110 ss).

(84) Et B. Barret-Kriegel fait œuvre salutaire en montrant précisément que toutes les formes d'Etat ne s'équivalent pas. Toutefois, sa démonstration nous paraît manquer de nuances en ce qu'elle embellit par trop la réalité ouest-européenne des « Etats de droit », et charge au contraire les Etats d'Europe centrale — les « Etats despotes » — de tous les péchés. Le contraste est saisissant, mais sans doute excessif dès lors que le propos ne tend pas à tracer des idéal-types mais à décrire des réalités historiques concrètes, forcément plus complexes.

physiquement contraint, de conserver une autonomie de mouvement minimale.

C'est lorsque cette reconnaissance fait défaut, ou qu'elle est empêchée de produire tous ses effets, qu'on s'aperçoit, par contraste, de ce qu'elle représente. Le fou interné, le délinquant emprisonné, le soldat encaserné, le bagnard, l'enfant, le vieillard ... : aucun des pensionnaires de l'institution totalitaire ne jouit pleinement des attributs attachés à la qualité de sujet de droit, quand cette qualité ne lui est pas tout simplement refusée. L'exemple de la folie est particulièrement significatif, précisément parce que le fou ne parvient pas à s'inscrire dans le cadre de la société contractuelle que prétend être la société libérale (85). Il va donc être doté d'un statut différent du statut contractuel qui régit la généralité des citoyens, et cette différence même est doublement révélatrice. Elle montre que la société libérale, constituée de sujets de droits libres et égaux, a besoin, pour fonctionner, de mettre à l'écart ceux qui ne s'intègrent pas spontanément à son ordre contractuel, d'organiser la séquestration de ceux qui ne peuvent ou ne veulent se conformer à la règle du jeu désormais inscrite dans le droit. Et, dans la mesure où cette mise à l'écart s'accompagne de modes spécifiques de contrôle, on s'aperçoit que le formalisme juridique n'a pas la portée universelle qu'on lui prête, qu'il est insuffisant à lui seul pour garantir l'ordre social et qu'il s'arrête en tous cas aux portes de l'institution totalitaire. Le pouvoir fondé sur la règle et s'adressant à des sujets de droit coexiste toujours avec d'autres modalités d'exercice du pouvoir qui, elles, visent à tenir en tutelle les individus, à fabriquer des sujets soumis (86). Derrière le « cadre juridique explicite, codé, formellement égalitaire », mis en place au siècle des Lumières, il y a « ces mécanismes menus, quotidiens et physiques ..., tous ces systèmes de micro-pouvoir essentiellement inégalitaires et dissymétriques que constituent les disciplines » (87), et qui représentent « l'autre versant, obscur, de la légalité bourgeoise : d'un côté, la forme juridique et le rapport contractuel, de l'autre les procédés techniques de coercition et de dressage des corps caractéristiques de l'univers totalitaire.

Si la dualité de ces modes de contrôle, pourtant hétérogènes l'un à l'autre dans leur fondement, n'est pas toujours perçue comme telle, c'est parce qu'une commune référence à la norme contribue à la masquer et permet que l'on passe insensiblement de l'un à l'autre. Nous avons montré plus haut comment les « disciplines » résultaient

(85) « Sur la toile de fond de la société contractuelle que met en place la Révolution française, le fou fait tache. Déraisonnable, il n'est pas sujet de droit ; irresponsable, il ne peut être objet de sanctions ; incapable de travailler ou de « servir », il n'entre pas dans le circuit réglé des échanges, cette « libre » circulation des marchandises et des hommes à laquelle la nouvelle légalité bourgeoise sert de matrice » (R. CASTEL, *L'ordre psychiatrique*, p. 20).

(86) « Le légalisme... exige sa contrepartie discrète de technologies douces et de recettes prosaïques d'assujettissement : la clandestinité des dressages dans les coulisses du théâtre de la justice » (*ibid.*, p. 57).

(87) M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p. 223.

en somme du respect rigoureux des normes en vigueur dans l'institution : normes si détaillées et minutieuses qu'elles enserrent ses membres dans un carcan à l'effet quasi-orthopédique, capable de redresser gestes et comportements pour les conformer aux exigences de l'ordre institutionnel. Mais ces normes qui, par leur nature et leur fonction, tiennent plus du modèle à reproduire que de la règle à appliquer sont insérées dans un règlement qui se présente extérieurement comme un texte juridique classique et semble simplement prolonger en les détaillant les dispositions valables pour le reste de la société. Cette apparence est trompeuse : la mise en équation juridique de la coercition physique, de la « technologie correctrice » comme la nomme M. Foucault, ne fait pas disparaître leur caractère fondamentalement anti-juridique ; la discipline, dit encore Foucault, restera toujours, dans son mécanisme, un « contre-droit » (88), précisément parce qu'elle ne s'applique pas à des sujets de droit mais manipule des corps et s'attache à former des « sujets d'obéissance », physiquement assujettis au pouvoir. Au point que « le droit s'inverse et passe à l'extérieur de lui-même » lorsque ce contre-droit « devient le contenu effectif et institutionnalisé des formes juridiques » (89), lorsque l'ordre juridique entérine l'appropriation des corps et l'asservissement physique.

Tel est le propre du totalitarisme : de même que l'institution totalitaire enferme ses membres pour mieux les soumettre à son ordre, les régimes totalitaires mobilisent l'individu corps et âme pour le mettre au service des fins collectives, au point de transformer parfois la société toute entière en un vaste univers concentrationnaire (les camps ne sont pas un simple épiphénomène à la surface des sociétés totalitaires, ils en représentent le prolongement normal, la vérité profonde) ; en même temps que la dignité élémentaire reconnue à la personne humaine disparaît la notion même de sécurité juridique et son support nécessaire, le sujet de droit (90).

(88) « En apparence, les disciplines ne constituent rien de plus qu'un infra-droit. Elles semblent prolonger jusqu'au niveau infinitésimal des existences singulières les formes générales définies par le droit... Il faut plutôt voir dans les disciplines une sorte de contre-droit. Elles ont le rôle précis d'introduire des dissymétries insurmontables et d'exclure des réciprocités. Les mécanismes que [la discipline] fait jouer ... opposent le lien disciplinaire et le lien contractuel et permet de fausser systématiquement celui-ci à partir du moment où il a pour contenu un mécanisme de discipline » (*ibid.*, p. 224).

(89) *Ibid.*, p. 225. (Foucault utilise ici le terme « forme » dans son sens faible, comme désignant une pure extériorité, et non dans le sens fort où nous-même l'employons).

(90) Ce que B. Barret-Kriegel dit de « l'Etat-despote » nous semble correspondre en fait à la description de l'Etat totalitaire : « L'individu mobilisé est ... redevenu nature parmi les natures, chose parmi les choses, surhomme ou plus probablement sous-homme... Vouée à l'opprobre, la sûreté, ce droit fondamental de l'âge classique, a disparu. Avec elle la libre appropriation du corps qui devient chose errante, incertaine, appropriable par la puissance. Avec elle, la liberté humaine, ... car les conditions dans lesquelles un corps est possédé par autrui sont l'esclavage, la guerre, le sacrifice » (*op. cit.*, p. 226).

La fin du sujet autonome.

L'ordre despotique qui règne dans l'institution totalitaire et ne laisse d'autre choix que de se soumettre aveuglément aux commandements de l'autorité sans considération de leur contenu, la codification intégrale des activités et des conduites qui vise à imposer des comportements strictement normalisés, reviennent à retirer aux individus toute possibilité de libre détermination, à leur dénier jusqu'à la plus petite parcelle de volonté autonome. Dépossédés de ce minimum de liberté constitutif de la condition humaine, ils deviennent les rouages muets et déhumanisés d'un ordre qui les dépasse.

Par cette subordination intégrale des éléments au tout, le totalitarisme remet en cause un autre postulat sous-jacent à l'ordre libéral : la primauté logique, sinon chronologique, de l'individu sur la société, qui rend inconcevable l'aliénation intégrale de la liberté individuelle, inhérente à la personne humaine, au profit du tout social. On peut bien sûr critiquer le fondement métaphysique de la doctrine individualiste, en ce qu'elle présuppose une nature humaine libre par essence, et la possibilité de penser l'homme isolément, indépendamment de la société; on doit pourtant en reconnaître les conséquences politiques positives. Si la personne humaine est naturellement libre, la société qui naît de l'association volontaire des hommes entre eux ne peut leur ravir cette liberté : les hommes non seulement naissent mais « *demeurent* libres et égaux en droits », proclament les Révolutionnaires de 1789. L'individualisme libéral est donc conduit à faire accéder la liberté humaine, pure catégorie métaphysique au départ, au statut de droit politique, en reconnaissant à chaque individu une sphère d'autonomie sur laquelle le pouvoir ne peut empiéter (et qu'il ne peut restreindre qu'afin de préserver l'autonomie des autres membres de la société) (91). Ainsi est limitée l'emprise du pouvoir qui ne contrôle jamais l'intégralité de l'existence et de l'activité individuelles, mais laisse subsister et agir, hors de son orbite et à l'abri de ses directives, une multitude d'unités souveraines dotées de volontés autonomes (92).

L'ordre juridique libéral est tout entier articulé autour de la notion d'autonomie et de la volonté, expression juridique de la liberté individuelle. Chacun s'engage envers autrui librement, par le biais du contrat qui s'analyse comme un accord entre deux volontés indépendantes, entre deux sujets de droit précisément définis comme tels au regard de leur capacité à se déterminer et à s'engager librement par l'effet de leur volonté propre : le contrat occupe une place cen-

(91) « L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits » (art. 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme).

(92) « Les individus apparaissent comme autant de petits souverains indépendants, régnant chacun sur son monde privé, comme autant de micro-unités défaites de l'ensemble social » (C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », *Libre*, n° 7/1980, p. 24).

trale dans cette construction juridique, il représente le rapport juridique par excellence, parce que seul il respecte formellement la liberté et l'égalité des sujets conformément aux présupposés libéraux (93). Que la liberté ainsi conçue soit avant tout celle des propriétaires, et que le privilège accordé à la forme contractuelle soit lié au développement des échanges marchands dans la société capitaliste ne fait guère de doute. Que, par ailleurs, la liberté reconnue aux sujets de droit abstraits — liberté de disposer de ses biens sur le marché, liberté de vendre sa force de travail — reste illusoire pour le plus grand nombre lorsqu'elle n'est pas purement et simplement mystificatrice, d'autres que Marx ont fini par s'en convaincre. Que, finalement, l'ordre politique libéral, constitué d'unités autonomes ayant librement accepté les contraintes de la vie en société et consenti à l'institution d'organes politiques communs — thème du contrat social —, reproduise une situation de marché idéale dans laquelle les producteurs, formellement indépendants les uns des autres, ne sont liés que par les rapports juridiques qu'ils nouent volontairement entre eux, cela nous rappelle que le libéralisme politique et le libéralisme économique, issus des mêmes prémisses, ont été conçus au départ selon une même matrice. S'il convient donc de ne pas idéaliser l'ordre juridique libéral, on voit néanmoins, lorsqu'il s'effondre, ce qu'il entraîne dans sa chute : une conception de l'autonomie individuelle qui avait au moins le mérite de mettre l'homme à l'abri d'une emprise totale du pouvoir, d'interdire la fusion des individus en un tout indissociable au sein duquel l'homme n'a plus d'identité ni d'existence propre.

Avec le totalitarisme, le sujet autonome s'efface devant une puissance supérieure seule habilitée à dicter conduites, gestes et même pensées ; la dimension transversale des rapports sociaux qui naissent de la multipolarité et de la différenciation du tissu social disparaît, pour faire place à l'idée d'une totalité transcendante à ses parties. La dépréciation de la personne libre, la négation de l'individu comme tel, sont la condition et l'indice de la primauté accordée au destin collectif au détriment des destinées individuelles (94) ; comme elles

(93) Certes, comme le remarque Kelsen, cette liberté du sujet est en partie fictive — en tout cas limitée et inauthentique —, dans la mesure où il a fallu que le droit objectif institue le contrat pour que les sujets de droit puissent contracter « librement » entre eux, (*op. cit.*, p. 226). Mais nier qu'elle existe serait retomber dans le piège que l'on dénonce par ailleurs en raisonnant comme s'il ne pouvait y avoir de liberté qu'absolue et dégagée de toute détermination extérieure, donc en adoptant une conception métaphysique de la liberté.

(94) Voir C. DUMITRESCO, *op. cit.*, pp. 97 et 285. Cette primauté n'a pas le même sens, il est vrai, dans les doctrines fasciste ou national-socialiste d'une part, dans la théorie marxiste-léniniste de l'autre. Alors que les premières évacuent définitivement l'individu au profit du Peuple, de la Race ou de l'Etat, le marxisme reste un humanisme en ce sens qu'il a pour but l'émancipation de l'homme, sa libération de toutes les formes d'aliénation. Mais la réalisation de ce but ultime nécessite tant de médiations — l'émancipation de la classe ouvrière toute entière, subordonnée elle-même à la dictature du prolétariat et au renforcement du Parti et de l'Etat — qu'il est perdu de vue en cours de route.

sont la condition et l'indice de la transformation de la société en une masse atomisée et homogène, niant les différences individuelles et détruisant les solidarités naturelles (95). L'ordre juridique totalitaire, fidèle à ses postulats anti-individualistes, évacue jusqu'au concept de sujet de droit : puisque l'homme n'est plus considéré en soi et pour soi mais seulement comme membre de la communauté, élément du tout, rouage d'un ordre transcendant, c'est cette communauté, ce tout, qui apparaissent désormais comme la seule unité concrète, autonome, dotée d'une volonté propre — comme le seul véritable sujet de droit (96).

La négation des droits subjectifs.

La domination totalitaire, fondée sur l'appropriation des corps et la mort du sujet autonome, exclut par-là même toute idée de droits subjectifs. Il ne s'agit pas simplement d'une restriction de la liberté, telle qu'on l'observe dans les régimes dictatoriaux ou autoritaires : si les libertés s'évanouissent, si les droits de la personne humaine sont systématiquement méconnus, c'est parce que le support nécessaire de ces droits et libertés fait désormais défaut. Avec l'évacuation du sujet de droit de la scène juridique disparaît la capacité même d'avoir des droits et de s'en prévaloir face au pouvoir : le totalitarisme est radicalement incompatible avec une quelconque référence aux droits de l'homme, à des droits subjectifs, puisque reconnaître des droits à l'individu c'est admettre qu'il est porteur d'une volonté et de pouvoirs propres, c'est accepter l'existence d'activités privées autonomes échappant à l'emprise du pouvoir, c'est remettre en cause la primauté absolue du tout sur les parties et l'homogénéité parfaite du corps social atomisé, c'est, enfin, reconnaître des limites à la puissance. En ce sens, il est juste d'affirmer que « le totalitarisme s'édifie sur la ruine des droits de l'homme » (97). Ici encore, il prend l'exact contrepied des thèses individualistes qui, dans leur formulation la plus radicale, affirment que l'homme a des droits en tant qu'homme,

(95) H. Arendt montre bien comment la domination totalitaire exige la destruction des classes et des partis, la destruction générale de la société, car elle ne peut s'ériger que sur une masse atomisée et amorphe : « les mouvements totalitaires sont des organisations massives d'individus atomisés et isolés » (*Le système totalitaire*, p. 47).

(96) Voir par exemple, à propos du fascisme italien, l'analyse de Marcel Prélot : « En faisant de l'Etat une unité concrète, vivante et autonome, conçue comme un organisme éthique, politique et économique, fin sociale et idéale de ses membres, [la statocratie] élimine simultanément l'individu de la scène juridique... L'Etat fasciste ... affirme sa souveraineté totale et complète sur la nation et ses composants individuels et sociaux identifiés à lui. Il est, à la lettre et rigoureusement, le seul sujet de droit » (« La théorie de l'Etat dans le droit fasciste », *Mélanges Carré de Malberg*, 1933).

Significatif aussi est le sort fait au contrat par la doctrine juridique nationale-socialiste : un contrat ne saurait par lui seul créer du droit, puisque le droit n'est pas à la disposition des volontés individuelles, et que celles-ci ne sauraient prévaloir contre le droit dicté par le *Volksgeist*. (Voir G. BURDEAU. *Traité de science politique*, T.1, Vol. 2, 5^e éd., 1980, p. 189, note 137).

(97) C. LEFORT, article précité, p. 11.

des droits qui sont donc antérieurs à toute vie sociale et auxquels il ne saurait renoncer en entrant dans la société; qui affirment aussi que le but de toute association politique étant « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme », les lois sont d'abord faites pour protéger ces droits; et qui, en conséquence, accordent la priorité aux droits subjectifs dont la règle de droit objective est logiquement issue.

Il est certes aisé de mettre en évidence les insuffisances théoriques et les implications idéologiques de la construction juridique édifiée à partir de ces prémisses. Ainsi, l'idée que l'homme est titulaire de droits inhérents à sa nature d'homme, qui lui appartiennent donc originairement, est une affirmation gratuite, rigoureusement indémontrable puisque d'ordre métaphysique (98) : elle postule en effet une essence humaine éternelle et immuable, saisissable antérieurement à toute vie collective, et que n'affecte pas l'évolution de la société. Enracinant le droit dans l'individu, cette approche se heurte de surcroît à la double objection que l'homme isolé est une pure abstraction, et que le droit, de son côté, est lui aussi par essence un phénomène social. Enfin, sauf à retomber dans les errements de la pensée jusnaturaliste, comment accepter l'idée d'un droit intemporel au contenu figé, transcendant à l'égard du droit positif et lui servant de référence ? Mettre les droits subjectifs au principe de toute construction juridique est logiquement indéfendable si, refusant d'assimiler les droits subjectifs aux droits naturels de l'homme, on considère que les droits et libertés n'ont pas d'existence concrète en dehors de leur reconnaissance formelle, de leur prise en compte par le droit positif. C'est la norme objective qui est logiquement première, et la prétention juridique subjective seconde, puisque c'est la norme qui confère aux individus des pouvoirs juridiques, qui habilite les sujets de droit à émettre des prétentions conformes au droit objectif (99).

(98) La critique de Duguit conserve sur ce point toute sa pertinence, même si l'on est moins convaincu par la construction qu'il propose pour faire pièce aux thèses subjectivistes. Voir par exemple *Traité de Droit constitutionnel*, T. 1, 3^e éd., 1927, pp. 208 à 213).

(99) « L'essence du droit subjectif ... consiste en ce qu'une norme juridique confère à un individu le pouvoir juridique de faire valoir par action en justice l'inexécution d'une obligation juridique », écrit Kelsen (*op. cit.*, p. 183), qui ajoute : « La théorie pure du droit ... réduit l'obligation et le droit subjectif (au sens technique) à la norme juridique qui attache une sanction à une conduite déterminée d'un individu et qui fait dépendre l'exécution de la sanction d'une demande en justice tendant à cet effet » (p. 253).

Pasukanis, il est vrai, qu'on ne saurait suspecter de sympathie pour les théories du droit naturel, dit en apparence exactement l'inverse. Fidèle au postulat que « la logique des concepts juridiques correspond à la logique des rapports sociaux d'une société de production marchande » (*op. cit.*, p. 85), il affirme que « le droit subjectif est le fait primaire, car il repose en dernière instance sur des intérêts matériels [ceux des propriétaires] qui existent indépendamment de la réglementation externe... de la vie sociale » (p. 88); de sorte que la structure juridique fondamentale correspondant à la structure économique est « la chaîne des sujets liés les uns aux autres par des prétentions réciproques » (p. 88).

Mais pour comprendre la portée exacte des affirmations de Pasukanis, il faut les replacer dans sa problématique générale. Au contraire de Kelsen qui,

Difficile à justifier théoriquement, la thèse de la primauté des droits subjectifs remplit une fonction essentiellement idéologique : elle donne d'abord une vision déformée, unilatérale, du droit, en mettant au premier plan le sujet autonome porteur de droits, et en occultant par conséquent la dimension contraignante du droit exprimée par la notion d'obligation juridique; elle implique par ailleurs — et ceci est particulièrement évident si l'on se replace dans le contexte où la doctrine individualiste des droits de l'homme s'est développée — que l'ordre juridique positif, sauf à ne plus être considéré comme un véritable ordre juridique, ne saurait remettre en cause aucun des droits subjectifs qui lui préexistent, et surtout pas le plus éminent d'entre eux, qui conditionne l'exercice de tous les autres — la propriété privée, inviolable et sacrée (100).

Ces remarques n'invalident pas la notion de droit subjectif non plus qu'elles ne rendent caduque la réflexion sur les droits de l'homme; elles s'opposent simplement à l'assimilation des droits subjectifs aux droits naturels, appuyée sur une substantification du sujet de droit supposé préexistant à l'ordre juridique, et à l'assimilation corrélatrice du droit positif au droit objectif et à lui seul. Autrement dit, rejeter l'individualisme en tant qu'il voit dans l'individu la source du droit, affirmer l'antériorité logique de la norme sur les

pour construire sa théorie pure du droit, s'efforce d'éliminer les vestiges de la doctrine individualiste et jusnaturaliste traditionnelle toute imprégnée d'idéologie, Pasukanis, estimant en marxiste conséquent que le droit n'est pas une catégorie éternelle et universelle mais un phénomène historiquement situé, lié à des structures socio-économiques déterminées, est nécessairement amené, pour saisir l'essence de la forme juridique, à l'analyser dans le cadre même de ces structures et des superstructures politiques et idéologiques qui leur correspondent. En donnant la primauté à la catégorie du sujet, « atome de la théorie juridique », en voyant dans le rapport juridique plutôt que dans la norme l'essence spécifique du droit, Pasukanis n'exprime ni une préférence théorique, ni un choix idéologique : il prétend simplement reconstituer les circonstances historiques de la naissance et du perfectionnement de la forme juridique en tant qu'elles en éclairent l'essence, sans nier qu'il revienne à l'Etat, en édictant des normes abstraites, de conférer aux actions qui s'accomplissent dans l'espace social des propriétés juridiques (cf. p. 83).

(100) « Il est facile, écrit Kelsen, d'apercevoir la fonction idéologique de toute cette conception du sujet de droit comme titulaire du droit subjectif... Il s'agit de maintenir la représentation que l'existence du sujet de droit comme porteur et titulaire du droit subjectif — c'est-à-dire de la propriété privée — est une catégorie transcendante à l'égard du droit objectif, c'est-à-dire du droit positif, créé par des hommes, modifiable par eux... L'idée d'un sujet de droit dont l'existence serait indépendante du droit objectif en tant que titulaire d'un droit subjectif qui est « le droit » ... doit servir à protéger l'institution de la propriété privée contre toute éventualité de suppression par l'ordre juridique... On veut à tout prix qu'un ordre... qui ne garantit pas le droit subjectif de propriété... ne puisse absolument pas être considéré comme un véritable ordre juridique » (*op. cit.*, pp. 227-228).

Remarquons que Kelsen et Pasukanis, partis de prémisses séparées et guidés par des préoccupations théoriques totalement différentes, se rejoignent dans l'analyse de la notion de droit subjectif, « taillée pour l'essentiel à la mesure du droit de propriété », comme l'exprime Kelsen (*op. cit.*, p. 225). Simplement, alors que le premier pour cette raison la récuse parce que trop marquée idéologiquement et donc « impure », le second lui conserve la première place, celle qu'elle occupait à l'origine, estimant illusoire et plus encore néfaste de vouloir penser le droit sans ses racines socio-économiques et coupé de ses implications idéologiques.

prétentions subjectives individuelles, ne conduit à se désintéresser ni du statut et des garanties reconnus à l'individu, ni de la place accordée aux droits subjectifs par l'ordre juridique

Les raisons qui ont conduit les uns ou les autres à tenter d'évacuer cette dernière notion de la théorie juridique, à essayer de mettre fin à cette « étrange dualité » du droit, à cette « désintégration désagréable des concepts », selon l'expression de Pasukanis, étaient sans doute honorables et légitimes (101). On peut toutefois se demander, à la lumière de l'expérience totalitaire, si la dissolution des droits subjectifs dans le droit objectif ne contenait pas un piège redoutable en permettant de légitimer par avance l'ordre juridique le plus oppressif, si l'abolition du dualisme du droit subjectif et du droit objectif, poursuivie au plan de la « théorie pure du droit », n'a pas fait oublier que ce dualisme n'était pas tant l'expression d'une contradiction théorique due à une insuffisance conceptuelle que l'expression du caractère profondément et fondamentalement contradictoire du droit lui-même (102). Peut-être aurait-on dû méditer plus longuement cette remarque de Duguit, pourtant détracteur acharné de la doctrine individualiste et subjectiviste, reconnaissant au détour d'une phrase qu'elle « a rendu aux hommes un immense service et réalisé un progrès considérable » en permettant « d'affirmer nettement, à l'époque de la Révolution, la limitation par le droit des pouvoirs de l'Etat » (103). Si ce sont les droits subjectifs qui limitent la toute-puissance de la loi, n'y eût-il là qu'autolimitation, ne risque-t-on pas, après avoir rayé d'un trait de plume la distinction de la loi et des droits et effacé la distance qui les sépare en faisant des droits subjectifs un reflet simplement éventuel et non nécessaire des normes objectives (104) —

(101) Pour Duguit, qui assimile le droit subjectif au « pouvoir propre d'une volonté de s'imposer comme telle à une autre volonté » (*op. cit.*, p. 223), de se subordonner une autre volonté, il s'agit, paradoxalement, de limiter l'Etat : en combattant les droits subjectifs en général, il vise en réalité surtout le droit subjectif de l'Etat, la notion d'un droit subjectif de puissance publique telle que la défendait la doctrine allemande.

Quant à Kelsen, sa démarche, quoique moins directement finalisée et plus nuancée, puisqu'il conserve la notion « technique » de droit subjectif, s'inspire d'une méthode plus radicale encore et assurément séduisante : en ramenant « le soi-disant droit au sens subjectif au droit au sens objectif », il se conforme à son idée première que le droit est un système de normes, un ordre à saisir dans sa globalité et sa totalité. Comment ne pas adhérer à cette conception du droit, universaliste et objectiviste, à l'opposé, dit-il, de celle des avocats qui consiste à n'envisager le droit que du point de vue de l'intérêt des parties, c'est-à-dire en considérant seulement ce qu'il signifie pour le particulier » (*op. cit.*, p. 253) ?

(102) Kelsen perçoit bien cette contradiction mais persiste à voir dans « l'antithèse entre droit au sens objectif et droit au sens subjectif... une contradiction logique de la théorie », « La plus saisissante manifestation de cette contradiction, écrit-il, est le fait qu'en son essence le droit objectif est, en tant que norme hétéronome, liaison, et même contrainte, alors que l'on explique que l'essence de la subjectivité juridique est précisément la négation de toute liaison, à savoir la liberté... » (*op. cit.*, pp. 225-226).

(103) *Op. cit.*, p. 208.

(104) Puisque toute norme objective ne fait pas nécessairement naître un droit subjectif et qu'à la limite (*voir infra*) on peut imaginer un ordre juridique excluant totalement les droits subjectifs.

ne risque-t-on pas de s'apercevoir, non seulement que la loi peut être oppressive (ce qu'à vrai dire on soupçonnait déjà), mais surtout qu'on s'est privé du moyen de dénoncer l'oppression comme illégitime dès lors qu'elle est légalement organisée ? L'ambivalence est inscrite au cœur même du droit; à vouloir à tout prix nier cette ambivalence et ramener le droit à son unité objective, on sacrifie sa dimension protectrice pour ne conserver que sa dimension autoritaire et contraignante.

Nul, mieux que Pasukanis, (qu'on ne peut soupçonner de céder aux délices de la pensée jusnaturaliste ni aux séductions de l'idéologie juridique bourgeoise) n'a mis en évidence la dualité fondamentale du droit et la dissolution de la forme juridique qui résulte de l'évacuation du sujet. Le droit, note-t-il, est simultanément sous un aspect la forme de la réglementation autoritaire externe, et sous un autre aspect la forme de l'autonomie privée subjective : dans le premier cas, il revêt le caractère de la contrainte pure et simple, de l'obligation absolue, il est le principe de l'organisation sociale; dans le second il s'analyse comme la liberté garantie et reconnue à l'intérieur de certaines limites, comme le moyen pour les individus de se « délimiter dans la société ». Et lorsque, pour supprimer le dualisme, on tend à faire de l'idée de réglementation le moment fondamental logique du droit, on aboutit à « identifier le droit à l'ordre social établi autoritairement ». A tort, puisque « la soumission inconditionnelle à une autorité normative externe n'a pas le moindre rapport avec la forme juridique » : celle-ci présuppose toujours « une personne munie de droits et faisant valoir par-là activement ses prétentions », alors que la réglementation autoritaire exclut précisément toute référence à des volontés autonomes particulières. Et il ajoute cette réflexion qui nous intéresse directement : à chaque fois que « de nombreux hommes sont subordonnés dans leurs mouvements à un ordre commun et [que] l'unique principe actif et autonome est la volonté du chef », la réglementation perd son caractère juridique (105).

Relue à la lumière de l'expérience totalitaire, cette analyse prend un relief nouveau. Le totalitarisme, on l'a dit, ne rejette pas la notion de droit; l'univers totalitaire, en apparence du moins, n'est pas un univers de non-droit, puisqu'il maintient une réglementation étoffée, plus étoffée souvent que celle qui existait auparavant. Mais cette réglementation a perdu sa dimension protectrice : l'individu n'a plus de droits, plus de facultés, plus de pouvoirs autonomes, mais seulement des devoirs, des obligations, des contraintes. Le droit, de ce fait, n'apparaît plus que sous son aspect de commandement. Dans cet ordre juridique de conception « autoritaire et rigoureusement moniste, qui s'oppose directement à la théorie dualiste et libérale », « le principe des droits subjectifs fait place au principe objectif du devoir »; l'ordre juridique totalitaire, de fait, procède d'une technique radica-

(105) *Op. cit.*, pp. 86-91.

lement objective : on n'y rencontre plus ni personnalités autonomes, ni droits subjectifs, mais seulement « des organes, des fonctions et des buts » (106). C'est là la conséquence logique du nouveau rapport qui s'instaure entre l'individu et la société : l'individu ne saurait avoir de droits à faire valoir à l'encontre de la collectivité puisque les intérêts de la collectivité priment les droits de l'individu isolé (107) ; et la notion de garantie, qui était incluse dans le droit, s'évanouit lorsqu'il est acquis que chaque situation individuelle est à tout instant modifiable en fonction des impératifs du « bien commun ». Par le même processus qui conduit l'institution totalitaire à inscrire dans son règlement des prescriptions et des interdictions impératives pour ses membres, sans jamais autoriser, ni conférer de pouvoirs propres, autonomes, l'ordre juridique des sociétés totalitaires est tout entier structuré autour des devoirs incombant aux individus pris comme les éléments d'un tout. Les « normes-devoirs », comme les appelle Zinoviev, l'emportent sur les « normes-droits » : de fait, « une société peut avoir un code de devoirs hautement développé à côté d'un code de droits faiblement développé », être pourvue de lois et pourtant privée de droits (108).

*
**

L'évacuation du sujet autonome porteur d'une volonté propre et titulaire de droits traduit finalement l'unification du corps social systématiquement poursuivie par le totalitarisme. Au lieu d'une multiplicité d'unités indépendantes et inter-agissantes il n'y a plus qu'une entité unique constituée d'éléments identiques, une masse artificiellement homogénéisée, docile, livrée à la volonté d'une instance suprême qui dicte seule, désormais, actes et conduites. Basculant tout entier du côté du droit objectif, des normes autoritairement et unilatéralement posées, le droit perd son ambivalence : de même qu'il prétend extirper les contradictions sociales, le totalitarisme élimine les contradictions de l'ordre juridique ; mais il abolit du même coup la dimension dialectique du droit.

(106) M. PRÉLOT, article précité. « Dans le système stocratique et totalitaire, ajoute-t-il, l'Etat est la source du droit et lui seul a des droits ; la notion de droits individuels disparaît et les rapports des citoyens avec l'Etat se trouvent exclusivement situés sur le plan du devoir ».

(107) Ce qui conduit A. Zinoviev à écrire qu'« une société dont le slogan est que les intérêts du peuple sont au-dessus des intérêts de l'individu est une société sans droits. Tout simplement » (*Les Hauteurs béantes*, Ed. L'Age d'homme, 1977, p. 442). C. Dumitresco écrit de même : « Là où les droits personnels seront fondus dans les droits abstraits de toute une collectivité... la liberté individuelle ne se réalisera jamais. Les droits de l'homme seront individuels et imprescriptibles ou ne seront pas » (*op. cit.*, p. 284).

(108) Et « quand on dit qu'une société est inique, on sous-entend souvent non pas l'absence d'un code de lois en général, mais celle d'un code de droits » ; car si normes-droits et normes-devoirs figurent « sous la même reliure », elles ne sont pas du même ordre qualitatif (A. ZINOVIEV, *op. cit.*, pp. 475-476).

B. — L'ABOLITION DE LA DIALECTIQUE

Toutes les sociétés totalitaires semblent, dans leur rapport au droit, suivre un itinéraire identique. Au départ, le droit apparaît comme une gêne, une entrave à la réalisation de l'ordre souhaité : si la validité des lois faites pour le reste de la société s'arrête aux portes de l'institution totalitaire, les régimes totalitaires, eux, répudient la légalité ancienne et se soucient peu d'en respecter les règles. Mais très vite le droit réapparaît, un droit qui, ayant changé de structure, va changer de fonction : une fois le sujet autonome éliminé de la scène juridique comme l'individu l'a été des rapports sociaux, le droit devient l'instrument de l'ordre nouveau. Dans l'institution totalitaire, on l'a vu, la profusion normative est le moyen de discipliner l'individu, de l'assujettir à l'ordre institutionnel; les sociétés totalitaires ne procèdent pas autrement lorsqu'elles utilisent l'enveloppe du droit pour donner vigueur aux pratiques les plus contraires aux fondements traditionnels de l'ordre libéral, et la rigueur du droit pour imposer à leurs membres des comportements conformes aux fins qu'elles poursuivent. Le droit, qui liait jusqu'à un certain point le pouvoir, n'en est plus que l'instrument pur et simple, la garantie de la puissance; modelé à l'image du nouvel ordre social il perd sa dimension protectrice et n'apparaît plus que comme l'expression d'un pouvoir de commandement exercé unilatéralement. Cette pure instrumentalité du droit jointe à l'unilatéralité du rapport juridique manifestent l'extinction de la dialectique inhérente au fonctionnement du droit, qui était de l'essence même de la forme juridique.

La pure instrumentalité du droit.

Le droit est partout et toujours un instrument au service du pouvoir et de l'ordre établi; mais, dans le même temps où il véhicule la contrainte et légitime son usage, il la canalise et la limite. C'est cet équilibre — fragile et inégal, certes, mais non complètement illusoire — qui est remis en cause lorsque le droit est utilisé pour servir les fins immédiates et exclusives de l'entreprise totalitaire. Une fois le droit désinvesti de sa fonction traditionnelle de légitimation, rien ne s'oppose plus à ce qu'il soit modelé et remodelé au gré des exigences politiques du moment : devenu un instrument malléable et commode entre les mains des dirigeants, le droit ne représente plus d'aucune façon un rempart contre l'arbitraire, mais bien plutôt la couverture juridique d'un arbitraire érigé en règle; car si le droit n'est pas abandonné, on veille à ce qu'il n'entrave pas la réalisation de l'ordre totalitaire, avant de le mettre directement à son service.

La portée purement instrumentale du droit dans les sociétés totalitaires se manifeste donc de façon variable. Sous une forme fruste,

on trouve d'abord l'affirmation que le droit n'ayant pas de valeur en soi mais seulement au regard des fins poursuivies, le respect des règles ne s'impose que si et dans la mesure où elles répondent aux intérêts (selon le cas) de la Révolution, du Peuple, de la Nation, ou du Prolétariat. Ainsi, dans la doctrine nationale-socialiste, le droit ne se définit pas comme un système de règles au contenu fixe et objectivement déterminé, mais comme ce qui sert le *Volk* : la juridicité d'une norme est uniquement fonction du profit que la communauté peut retirer de son application; le juge, en particulier, est invité à faire prévaloir sur la légalité formelle la conception du monde national-socialiste en tant qu'elle exprime les intérêts du *Volk* (109). En dernière analyse, c'est le *Führer* qui est source de tout droit : chef et juge à la fois, il est placé au-dessus des lois (110); le droit n'est plus que l'arbitraire légalisé, la mise en forme juridique de la volonté du *Führer* (111).

Si l'on excepte le cas un peu particulier de la Chine, qui n'a jamais subi l'emprise des systèmes juridiques occidentaux, on ne retrouve guère ce mépris explicite pour la légalité formelle que dans la Russie post-révolutionnaire : les Bolchéviks, au départ, voient dans le droit un obstacle à la transformation rapide et profonde de la société, et la législation existante — celle qui n'a pas été expressément abrogée — est corrigée, adaptée, infléchie en fonction des intérêts de la classe ouvrière. Dans ces conditions, les textes juridiques sont plus indicatifs que contraignants, tant pour les autorités politiques qui se déterminent au regard des exigences de la Révolution que pour les juges, invités à se guider d'après leur « sentiment socialiste de la justice » ou, mieux encore, d'après la politique générale du gouvernement des ouvriers et des paysans. Le droit apparaît ici encore comme un cadre parfaitement élastique, une coquille vide prête à accueillir n'importe quel contenu. Cet ordre juridique sans rigueur et sans rigidité mérite à peine ce qualificatif; on le conserve comme façade, en partie parce que la respectabilité internationale des sociétés étatiques est à ce prix; mais on ne s'y

(109) On lit, dans des instructions adressées aux juges : « Le fondement de la jurisprudence est la philosophie nationale-socialiste telle qu'elle s'exprime dans le programme du parti et dans les discours de notre *Führer*. [Le juge] est lié par toute parole et par toute décision du *Führer* dans la mesure où la volonté du *Führer* de dire le droit a été clairement exprimée » (cité par A. GROSSER, *L'Allemagne*, Cours I.E.P. polycopié). Voir aussi G. BURDEAU, *op. cit.*, n° 114, note 137.

(110) Voici ce qu'écrit Carl Schmitt, le théoricien de l'Etat total, en 1934 : « Le véritable chef est toujours juge en même temps... Celui qui veut séparer l'un de l'autre, ou même opposer le juge au chef, transforme le juge en anti-chef ou en instrument de l'anti-chef... L'action du *Führer*... n'est pas soumise à la justice. Elle est par définition la suprême justice... Tout droit émane du *Führer* » (cité par A. GROSSER, *eod. loc.*).

(111) Témoin ce décret du 28 février 1933 qui suspend l'application des articles de la Constitution de Weimar relatifs aux libertés individuelles et autorise les atteintes aux libertés « même au-delà des limites habituellement fixées par la loi ».

réfère que dans la mesure où une telle référence s'avère politiquement avantageuse.

Plus intéressante et plus complexe est l'hypothèse où le droit, ayant conservé ou retrouvé en apparence ses caractères habituels, est utilisé comme tel par le pouvoir. Le fascisme italien, par exemple, après s'être recommandé pendant un certain temps du droit de la révolution, s'est rangé par la suite à une conception plus classiquement légaliste, l'Etat fasciste se présentant extérieurement comme un Etat juridique (ce qui ne veut pas dire un Etat de droit) (112). L'Union soviétique a connu une évolution analogue, marquée par le passage de la « légalité révolutionnaire » à la « légalité socialiste ». Repoussant à plus tard — beaucoup plus tard — le dépérissement de l'Etat et du droit (113), les dirigeants soviétiques s'attachent à renforcer l'Etat; or un Etat fort ne peut renoncer à l'instrument traditionnel du pouvoir étatique : le droit. La légalité, rebaptisée socialiste pour rappeler que les lois expriment la volonté du Proletariat et servent ses objectifs, apparaît comme le garant de la consolidation des rapports sociaux issus de la Révolution et l'instrument de la transition vers le socialisme (114); et la soumission au droit — c'est-à-dire à l'Etat et en dernière analyse aux dirigeants du P.C.U.S. — assure la discipline nécessaire à la réalisation de la future société socialiste, à l'édification du communisme (115) : le principe de la légalité socialiste a ceci de particulier qu'il s'adresse d'abord aux citoyens, éventuellement aux agents de l'Etat, mais jamais aux gouvernants.

Malgré son apparente rigueur, le droit, dans ces hypothèses, ne limite guère la toute-puissance et la latitude d'action des dirigeants. L'unité du pouvoir, qui exclut la notion de contrepoids et *a fortiori* celle d'opposition, implique que les lois sont rédigées par ceux-là mêmes qui les interprètent et les appliquent — ou sont du moins à même de contrôler leur interprétation et leur application aux différents niveaux de la hiérarchie. Libérés de toute entrave, affranchis de tout contrôle, les détenteurs du pouvoir utilisent en revanche le langage juridique, la rigueur du droit, la portée obligatoire de la règle, pour imposer leurs fins aux membres de la collectivité.

(112) M. Prélot, se référant à la promulgation des lois fascistissimes en 1926, parle même d'une « propension à se réaliser par les voies d'un fascisme juridique » (article précité).

(113) Le développement des thèses sur le renforcement de la légalité socialiste coïncide avec l'élimination (physique) des juristes restés fidèles à l'idée du nécessaire dépérissement de l'Etat et du droit, comme Pasukanis.

(114) « La légalité socialiste est la méthode pour rendre effectives la dictature du prolétariat et la construction du socialisme »; elle est « le moyen d'action de l'Etat socialiste » (GOLUNSKY et STROGOVITCH, cité par P. LAVIGNE, « La légalité socialiste et le développement de la préoccupation juridique en Union soviétique », *Rev. d'Etudes Compar. Est-Ouest*, sept. 1980, pp. 5 à 20).

(115) « Nous parlerons du renforcement de la légalité... tant que l'Etat socialiste jouera un rôle important dans l'édification du communisme, tant que seront émises des lois soviétiques qui expriment la volonté du peuple soviétique, la politique du Parti, donc tant qu'une discipline rigoureuse est nécessaire » (STROGOVITCH, *eod. loc.*).

On exploite d'abord à fond la vertu organisatrice de la règle de droit. La profusion normative, caractéristique, on l'a vu, de l'univers totalitaire, correspond à une volonté de tout prévoir, de ne rien laisser à l'initiative autonome des individus ou des groupes, et par conséquent de programmer jusque dans le moindre détail activités, gestes et mouvements. Le droit facilite de cette façon à la fois la réorganisation de la société sur des bases nouvelles et la rupture avec l'ordre ancien, dans la mesure où l'emprise totale des règles, le réseau dense d'interdictions et de prescriptions qui enserre l'individu ne lui laissent plus d'autre choix que de se conformer aux normes de l'ordre institutionnel ou social nouveau, que de se plier — qu'il le veuille ou non — à la discipline totalitaire. Parallèlement, on se fonde sur le sentiment d'obligation qui naît de la règle de droit sous l'effet d'une conscience juridique anciennement acquise et solidement ancrée en chaque individu pour encourager l'intériorisation des fins dessinées par l'idéologie officielle : traduite en termes juridiques et en règles impératives, celle-ci acquiert « forme et force de loi » (116), et l'image de la société idéale telle que la conçoivent les dirigeants, retranscrite dans le règlement de l'institution ou la législation de la société, va servir de référence obligatoire, de modèle des comportements. Grâce au droit, « les désirs du pouvoir commencent à se conjuguer à l'impératif » (117).

L'efficacité du mécanisme tout entier n'en repose pas moins, en dernière instance, sur la répression, la menace, la crainte de la sanction. En soi, ce trait n'est pas propre aux sociétés totalitaires, puisqu'à l'horizon du droit, conditionnant pour une large part son efficacité, se profilent toujours la contrainte et la violence physique. Mais le développement de l'arsenal répressif d'un côté, la systématité des sanctions dans un univers juridique qui ne connaît que prescriptions et interdictions de l'autre, dénotent une transformation sensible de la fonction traditionnellement dévolue à la répression : il s'agit moins de sanctionner la violation des règles ou d'assurer préventivement leur respect que de terroriser la population, d'inciter à la soumission et à l'obéissance aveugle, de tuer dans l'œuf toute velléité de dissidence — puisque c'est là le danger suprême qui guette le totalitarisme. Des incriminations vagues assorties de lourdes peines, ainsi se présentent ces « lois-menaces » (118) qui, dans un système bien rôdé, doivent permettre de faire l'économie de la violence, toujours coûteuse et risquée. Si le droit, une fois débarrassé de ses scories individualistes et de ses virtualités libérales, se plie

(116) K. POMIAN, article précité, p. 35 (à propos de la Constitution polonaise de 1952 qui, dit-il, « tenait du délire idéologique ayant reçu forme et force de loi »).

(117) *Ibid.*, p. 33.

(118) K. Pomian cite comme exemple de ces « lois-menaces » en Pologne un décret du 13 juin 1946 sur les crimes particulièrement dangereux pendant la période de reconstruction de l'Etat qui, dit-il, donnait un fondement juridique à la répression des ennemis réels ou imaginaires du régime et laissait une totale liberté d'action aux services de sécurité (*ibid.*, p. 32).

si bien aux desseins du pouvoir totalitaire, pourquoi celui-ci se priverait-il d'un tel instrument ? Le besoin de droit qu'éprouvent les sociétés totalitaires n'est pas de la même nature que celui qu'éprouvent les sociétés libérales; il n'en est pas moins réel.

L'unilatéralité du rapport juridique.

Le droit est toujours instrument du pouvoir et instrument de pouvoir. Ce qui spécifie l'ordre juridique totalitaire, ce n'est donc pas en soi la dimension instrumentale du droit, mais le fait que cette instrumentalité au bénéfice du pouvoir soit ici exclusive de toute réciprocité, que le rapport juridique fonctionne toujours à sens unique, de haut en bas : en tuant le sujet autonome, on interdit par-là même à quiconque de se réclamer du droit contre le pouvoir, tout comme, en niant les droits subjectifs, on supprime la faculté de faire valoir des droits face au pouvoir. Manipulé par les détenteurs du pouvoir, le droit n'apparaît plus comme la règle du jeu objective et impartiale s'imposant à tous, et le règne de la loi n'est plus ici que le masque d'un pouvoir arbitraire, affranchi du respect des lois.

Le droit, s'il est par nature l'expression de la domination sociale et le moyen de cette domination, est aussi un terrain de confrontation entre des intérêts opposés, le lieu et l'enjeu d'une lutte entre des forces antagonistes; instrument du pouvoir, il fournit simultanément des armes pour se protéger contre ses empiètements. Le droit est porteur des mêmes contradictions que la société qu'il régit, et le fonctionnement dialectique du droit ne fait que refléter la dialectique à l'œuvre dans les rapports sociaux. Pour Pasukanis, l'antagonisme des intérêts privés est même la condition logique et nécessaire de la forme juridique : la réglementation juridique ne naît qu'à partir du moment où s'opposent les prétentions émises par des sujets autonomes poursuivant des fins différentes; elle se distingue en cela de la réglementation technique caractérisée par l'unité de but et la convergence des intérêts (119). Même si, entre ces intérêts antagonistes, entre les groupes sociaux en lutte, une instance impersonnelle s'interpose qui, disposant d'une marge d'autonomie par rapport à eux, émet des normes abstraites et objectives, le droit ne perd pas pour autant sa dimension dialectique. D'abord, ce droit objectif n'annihile pas les prétentions subjectives individuelles, auxquelles il fournit seulement un cadre contraignant pour s'exprimer : il pose la règle et laisse le jeu se dérouler librement dans les limites qu'il a fixées. Cette règle, bien sûr, n'est pas neutre : elle avantage certains groupes, les groupes dominants; mais en même temps qu'elle consacre leurs prérogatives, elle les borne, de sorte que les groupes domi-

(119) *Op. cit.*, p. 70. Et la forme juridique est condamnée à mourir, ajoute-t-il, du jour où la production et la distribution organisées et planifiées remplaceront les échanges marchands.

nés ne sont pas complètement démunis, disposant du recours de la loi pour s'opposer à d'éventuels abus. En ce sens, le droit, comme technique de régulation des litiges, de prévention ou de résolution des conflits, demeure un véritable terrain de confrontation alors même que son impartialité est un leurre et que l'égalité formelle qu'il proclame est mystificatrice.

De la même façon, le droit encadre — définit et canalise — les rapports entre le pouvoir et l'individu. Il peut bien consacrer les prérogatives du pouvoir : il en trace simultanément les limites en prévoyant les moyens juridiques qui permettront à l'individu de s'opposer aux violations des règles dans lesquelles est enfermé l'exercice de l'autorité. On reconnaît là les fondements théoriques de l'Etat de droit : les implications idéologiques de cette théorie ne sont pas niables puisque son effet le plus immédiat est de légitimer le pouvoir en attestant qu'il ne s'exerce pas arbitrairement; il reste que le pouvoir, prisonnier de sa propre rhétorique, ne peut enfreindre ouvertement les principes qui fondent sa légitimité. Mais surtout, l'idée que les individus ont des droits subjectifs et que ces droits sont opposables au pouvoir, l'idée aussi qu'il existe d'autres volontés que celle du pouvoir, les volontés d'autres sujets de droit — ces idées induisent nécessairement une certaine forme de réciprocité dans les rapports entre le pouvoir et l'individu : une réciprocité qui n'inclut plus seulement la faculté de se défendre, de s'opposer, mais aussi la capacité de contester et de revendiquer. Cette dynamique, qui tend à la consécration de nouveaux droits, témoigne de ce que le droit n'est pas figé une fois pour toutes et de ce que la dialectique du droit objectif et des droits subjectifs induit sans cesse des modifications dans les rapports des individus et des groupes au pouvoir (120).

C'est l'ensemble de ces processus dialectiques qui s'éteignent avec l'avènement de l'ordre totalitaire. Il n'y a plus place ni pour l'individu autonome porteur d'une volonté propre et titulaire de droits, ni par conséquent pour les oppositions d'intérêts : les visées individuelles se fondent dans les fins collectives, les antagonismes sociaux se dissolvent dans l'unité retrouvée de la Nation, du Peuple ou du Proletariat; le conflit entre les prérogatives du pouvoir et les droits de l'individu se résout par l'abdication totale des seconds au profit des premières. Et dans cette société unifiée qui, par définition, ne connaît plus ni contradictions, ni litiges, dans ce corps social homogène réconcilié sous l'égide d'un pouvoir tout puissant et omniprésent, que pourrait exprimer le droit sinon la volonté une et univoque des

(120) Voir, pour une analyse de la dynamique engendrée par la reconnaissance des droits de l'homme, C. LEFORT, article précité, pp. 25-29 : « A partir du moment où les droits de l'homme sont posés comme ultime référence, le droit établi est voué au questionnement. Il fait toujours plus question à mesure que des volontés collectives ou, si l'on préfère, des agents sociaux porteurs de revendications nouvelles mobilisent une force en opposition à celle qui tend à contenir les effets des droits reconnus. Or, là où le droit est en question, la société, entendons l'ordre établi, est en question ».

détenteurs de ce pouvoir tendue vers les fins qu'ils ont définies et qu'ils imposent à l'ensemble du corps social ? La réciprocité du rapport juridique s'annihile faute d'un support sur lequel prendre appui face au pouvoir et hors de son emprise.

Lorsque — cela arrive — des droits sont formellement mentionnés au profit des individus ou des groupes, les conditions auxquelles est subordonnée leur mise en œuvre sont telles qu'ils apparaissent comme des concessions toujours révocables consenties par le pouvoir, non comme une capacité autonome et inconditionnée d'agir, une faculté de se mouvoir en dehors des voies qu'il a tracées. L'individu ne peut utiliser sa « liberté », exercer ses « droits », que pour acquiescer, jamais pour s'opposer, pour dénoncer ni pour contester. Peu de régimes vont jusqu'à proclamer ouvertement, à l'instar de la Chine de Mao, que « le droit et le devoir fondamentaux de tout citoyen, c'est de soutenir la direction du Parti communiste, de soutenir le régime socialiste et de se conformer à la Constitution et aux lois de la République populaire de Chine » (121) ; la formule représente pourtant la vérité profonde de la société totalitaire, dans laquelle aucune activité ne peut se développer si elle ne coïncide pas avec les objectifs définis par le pouvoir. Lorsqu'est abolie toute possibilité d'action ou d'expression autonomes, supprimée toute voie de contestation légale, la simple revendication des libertés qu'on dit formelles, le seul combat pour le respect des droits de l'homme prennent l'allure d'une lutte d'opposition, car ils sont perçus comme une menace pour l'ordre établi (122). Proposer, revendiquer, faire entendre une voix autre que celle du pouvoir, n'est-ce pas remettre en cause le monolithisme et l'unanimité qui fondent l'ordre totalitaire, et briser l'unilatéralité des rapports de pouvoir entérinée par le droit ?

*
**

La dimension protectrice de la règle de droit, la réciprocité au moins virtuelle du rapport juridique, doivent sans doute être rapportées à la fonction idéologique du droit dans les sociétés libérales : instrument de domination, le droit ignore les phénomènes de domi-

(121) Art. 26 de la Constitution de 1975. On trouve encore, à l'article 28, après l'énumération des différentes formes de la liberté d'expression, cette phrase : « L'Etat assure aux masses populaires le droit d'y recourir pour créer une atmosphère politique où règnent à la fois le centralisme et la démocratie, la discipline et la liberté, l'unité de volonté... ».

De façon moins brutale, l'article 28 de la Constitution roumaine dispose : « La liberté de parole, la liberté de la presse, la liberté des meetings et des manifestations ne peuvent servir à des fins contraires à l'ordre social et aux intérêts des travailleurs ». Cité par C. Dumitresco, qui ajoute : « La liberté suppose l'alternative, la possibilité d'option... Une liberté qui dit toujours oui n'est qu'un euphémisme poli pour désigner la servitude » (*op. cit.*, p. 288).

(122) Mentionnons pour mémoire le sort réservé aux citoyens soviétiques qui, regroupés notamment autour de Sakharov, militant pour l'application des accords d'Helsinki, ou encore aux membres de la Charte 77 en Tchécoslovaquie qui n'ont d'autre mot d'ordre que la défense des droits de l'homme.

nation et légitime un pouvoir qu'il est censé limiter; agent de reproduction de rapports sociaux inégaux, il masque l'inégalité derrière l'égalité formelle de sujets de droit abstraits. L'idée que le droit garantit les individus contre le pouvoir est donc mystificatrice dans la mesure où elle dissimule la vraie nature du droit et du pouvoir, ainsi que leurs rapports. Mais elle n'est pas pour autant entièrement illusoire, car l'ordre libéral ne saurait, sans saper ses propres fondements et compromettre sa perpétuation, contredire trop ouvertement les postulats sur lesquels il s'est tout entier constitué : l'idéologie ne se meut pas uniquement dans la sphère des superstructures; elle interdit certaines pratiques et en induit d'autres. Et si le droit, dans les sociétés totalitaires, se mue si aisément en instrument d'une domination qui s'exerce unilatéralement et sans recours, c'est aussi parce que le totalitarisme rompt avec l'idéologie juridique et récuse les notions qu'elle véhicule, telles que l'égalité et la liberté.

C. — LA PERTE DE LA TRANSCENDANCE

Bien que le droit soit un phénomène social, le produit de la société qu'il régit, il existe toujours une distance entre l'ordre juridique et l'ordre social, impliquée par la forme juridique même. Le droit, tout d'abord, appréhende la réalité sociale concrète à travers ses propres catégories, l'organise en fonction de ses propres concepts, la retranscrit dans son propre langage, pour finalement en donner une représentation nécessairement abstraite et simplifiée.

Mais le décalage entre la vision juridique des choses et les choses elles-mêmes n'est pas simplement technique : il alimente le fonctionnement idéologique du droit. Car l'image que le droit dessine de l'ordre social n'est pas neutre : c'est une image déformée, épurée de tous ces phénomènes qui ont nom domination, inégalité, exploitation. En même temps, il est vrai, le droit nie cette distorsion en se donnant pour un discours vrai, c'est-à-dire adéquat au réel; mais en occultant le fait que l'univers juridique est toujours un univers reconstruit par la médiation d'un langage dont les termes ne sont ni neutres, ni transparents à la réalité qu'ils décrivent, il masque simplement la nature idéologique de son propre message et en accroît d'autant l'efficacité.

La distance entre le droit et la société revêt enfin — surtout — un caractère symbolique. L'idée que le droit, parole légitime, représente un ailleurs inaccessible et mythique fait partie intégrante de la fonction sociale du droit, des mécanismes par lesquels il assure sa propre effectivité : d'un côté elle garantit l'obéissance à la loi, donc renforce l'autorité de ceux qui parlent en son nom; de l'autre, pourtant, elle interdit l'appropriation pure et simple du droit par les gouvernants et pose ainsi des bornes — fussent-elles fragiles — à leur puissance. Le totalitarisme supprime cette distance symbolique

et met fin à la transcendance de l'instance juridique par rapport au pouvoir et à la société : la symbolique de la Loi s'abolit en même temps que s'efface l'extériorité de la règle. La norme juridique, réduite à sa fonction instrumentale, immanente au champ social où elle opère, perd cette opacité caractéristique de la forme juridique, à la fois mystificatrice et protectrice : le droit, confisqué par le pouvoir et transparent à l'ordre social, ne dissimule plus la violence; il ne la canalise pas non plus; il lui laisse libre cours.

Le désinvestissement symbolique de la Loi.

Ni l'institutionnalisation du pouvoir, transféré de la personne du chef ou du souverain à l'Etat, ni la rationalisation et la démocratisation de l'exercice de l'autorité, fondée sur et limitée par la loi, expression de la volonté générale, n'ont ôté toute dimension irrationnelle aux rapports de domination-sujétion. Sans doute parce qu'aucune société, aucune institution ne peut maintenir sa cohésion sans un système de symboles, sans un réseau de croyances communes à ses membres (123) : l'adhésion et l'obéissance ne s'obtiennent jamais uniquement par la contrainte ou la raison, même parasitées par l'idéologie; elles mettent en jeu des ressorts qui relèvent aussi de l'imaginaire, voire du désir. Le droit, situé au centre de tout dispositif de pouvoir, n'échappe pas à cet investissement symbolique et ne s'épuise ni dans sa fonction instrumentale, ni dans sa fonction idéologique : même laïcisé, il continue à être entouré d'un halo mystique qui en modifie la perception; institution profane, il conserve une dimension sacrée propre à susciter une crainte révérentielle, d'ordre magique ou religieux, chez ceux qui se soumettent à ses règles (124).

Car le droit se donne à voir pour autre chose que ce qu'il est : à travers ses énoncés se profile toujours une instance énonciatrice lointaine, mythique et inaccessible, qui seule leur confère poids et crédibilité et authentifie le droit comme parole autorisée, puisqu'émise par une autorité légitime. Dans les sociétés monothéistes anciennes, c'est Dieu qui figurait ce lieu mythique d'où émane le droit; c'est à lui, source et fondement de toute justice, qu'étaient rapportés, directement ou indirectement, les énoncés du droit positif (125).

(123) « Coupée de la racine des croyances et de la machinerie des symboles, toute relation au pouvoir devient incompréhensible », rappelle P. Legendre (*Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Ed. de Minuit, 1976, p. 22).

(124) « Dans l'implacable jeu des institutions, la loi suppose des idoles, auxquelles dresser l'amour sans fin ». Et « l'éternelle question à résoudre par les systèmes dogmatisés des grands ensembles institutionnels n'est pas d'obtenir l'hypothétique adhésion d'une raison humaine, détachée des croyances, mais de mobiliser l'imaginaire. Il n'y a pas d'autre fondement au droit que celui-là » (*ibid.*, pp. 13 et 49).

(125) Dans le judaïsme, le droit positif est l'émanation directe de la Loi divine, puisque les règles de vie consignées dans la *Torah* sont présentées comme des commandements de Iahvé, l'expression de sa volonté telle qu'il l'a dictée à Moïse sur le Sinaï. Dans le christianisme, en revanche, entre Dieu

La distance entre l'émetteur réel du texte et son émetteur supposé, entre l'énoncé et l'énonciation, empêchait la transparence du texte juridique et permettait le travail de l'imaginaire symbolique. Mais cette transparence n'a nullement été rétablie avec la laïcisation de l'ordre politique et juridique; simplement, le lieu mythique auquel renvoie le droit n'est plus occupé par Dieu mais par un substitut de Dieu : l'Etat, à son tour sacralisé et mythifié, et qui ne se confond pas avec les appareils chargés de mettre concrètement en œuvre la puissance étatique.

En principe, et en toute rigueur, dans une société laïque et démocratique, le droit — au moins le droit d'origine législative — est l'œuvre du Parlement, qui exprime la volonté des citoyens : rien de plus, rien de moins, et ce seul élément suffit à assurer sa légitimité. Mais dans l'esprit de ceux qui s'y soumettent, la Loi n'est sans doute pas tant ce que le Parlement a voté en leur nom qu'une manifestation de puissance du sujet anonyme qui énonce la Loi : il n'y a pas continuité mais discontinuité entre la majesté de la Loi souveraine et intouchable et le prosaïsme du débat parlementaire; et cette majesté provient de ce que la Loi est rapportée à un locuteur hypothétique et lointain, l'Etat, sur lequel s'est transféré l'investissement émotionnel et irrationnel dont étaient l'objet avant lui le pontife ou le monarque de droit divin. La Loi, émanation de l'Etat — mais encore une fois qu'un Etat mythique et mythifié, qui n'a d'autre contenu que l'indication d'une transcendance — participe de cette sacralisation, et le règne du droit, conçu sur le mode rationnel, se mue en un culte quasi-religieux de la Loi. Ce travail symbolique, fondé sur et alimentant une « mythologie de l'Absent » (126), trouve sa racine mais aussi son achèvement dans l'opacité du texte juridique, perçu comme l'émanation d'une instance insaisissable et mystérieuse, comme la parole d'un pouvoir invisible situé bien au-delà du pouvoir social effectif, du pouvoir auquel chacun est quotidiennement et immédiatement soumis (127). Si la sacralisation de l'Etat rejaillit sur la Loi, celle-ci en retour entretient « le divin mystère de l'Etat, c'est-à-dire le principe d'une autorité éternelle, hors du temps et mystifiante » (128) : ainsi s'inaugure, dans la sphère du symbolique et de l'imaginaire, un processus circulaire de légitimation et de renforcement réciproque de la Loi et de l'Etat, mais aussi du droit et du pouvoir qui en sont les manifestations temporelles et profanes. La mythification de l'instance énonciatrice du texte juridique renforce ainsi la légitimité, donc la puissance, de ceux qui tiennent

et les hommes s'interpose l'institution de l'Eglise, et c'est à son chef qu'est rapporté le droit canon; mais lorsque le souverain pontife s'exprime, il le fait comme représentant de Dieu, et sa parole est sacro-sainte puisqu'inspirée par Lui : incarnation de la Loi, le Pape profère « la parole sacrée du Père tout-puissant » (P. LEGENDRE, *L'amour du censeur*, Seuil, 1974, pp. 64-79).

(126) P. LEGENDRE, *L'amour du censeur*, p. 29.

(127) Nous développons cette analyse dans notre étude sur « Le droit, discours de pouvoir », à paraître dans les *Mélanges Léo Hamon*.

(128) P. LEGENDRE, *Jouir du pouvoir*, p. 161.

de lui leur autorité, de ceux qui sont habilités à parler au nom de la Loi : le droit projette sur les détenteurs du pouvoir « le caractère sublime et dominant de la Loi », et la légalité devient « le passeport pour le sacré » (129).

Le totalitarisme, en rétablissant la transparence du texte juridique, débarrasse le droit de sa dimension mythique : émetteur réel et énonciateur supposé se confondent dans la personne des détenteurs effectifs du pouvoir, puisque le droit n'est et ne prétend être rien d'autre que l'expression de la volonté du Chef ou du Parti (130). En abolissant la référence à un lieu qui n'est pas enfermé dans l'ici-et-maintenant, en mettant fin à la dissociation symbolique de la Loi et du droit, les systèmes totalitaires démystifient jusqu'à un certain point le droit, qui s'affiche pour ce qu'il est; mais ils effacent simultanément l'extériorité de la Loi par rapport au pouvoir, qui plaçait celle-ci hors de son atteinte et interdisait l'appropriation pure et simple du droit par les gouvernants. La perte de la transcendence de la Loi permet désormais de s'en attribuer la maîtrise intégrale et de s'affranchir de toute règle, de toute contrainte.

La confiscation du droit.

L'investissement symbolique dont la Loi est l'objet produit des effets complexes, démultipliant la puissance du pouvoir d'un côté, mais la bridant de l'autre. Car cette Loi mythique, qui ne se confond pas avec les lois réelles, concrètes, signe d'une conscience juridique transcendant le droit objectif, renferme en elle « la dimension du contraignant pour tous » (131); figurant un ailleurs, un au-delà inaccessible aux hommes, donc aux détenteurs du pouvoir, elle donne aux lois leur portée obligatoire et en impose à tous le respect : « c'est parce que la Loi échappe à tous qu'elle vaut pour tous » (132). Sans doute le pouvoir prétend-il parler au nom de la Loi — et sa légitimité est à ce prix — mais il ne prétend pas *être* la Loi, ce qui le délierait de la soumission du droit. Si l'Etat de droit n'est pas un simple leurre, une formule purement mystificatrice, si, donc, l'idée d'une limitation du pouvoir par le droit peut avoir un sens, c'est parce que le droit n'est pas tout entier contenu dans le droit

(129) *Ibid.*, pp. 65 et 191.

(130) L'affirmation paraîtra peut-être excessive appliquée aux systèmes socialistes, et notamment soviétique. Mais n'est-ce pas au Parti, en tant qu'il représente l'avant-garde consciente et organisée du Proletariat, qu'il revient de déterminer où est l'intérêt du Proletariat, de la même façon que le *Führer*, en Allemagne nazie, exprimait la conscience du peuple, le *Volksgeist* ?

(131) « La Loi ne se confond pas avec les lois. Mais les lois particulières n'ont de portée que parce qu'elles ont derrière elle cette dimension du *contraignant pour tous*, dont l'universalité autorise à parler d'une Loi. La Loi... c'est un repère sans contenu propre, la marque d'une identité, le signe de l'existence d'un ordre, et à ce titre un terme symbolique » (M. GAUCHET, « L'expérience totalitaire et la pensée de la politique », *Esprit*, 1976).

(132) *Ibid.*

posé mais inclut cette dimension de la transcendance figurée par la Loi (133).

Lorsque cette dimension est déniée au droit, lorsque la référence — fût-elle mythique — à une Loi extérieure à la société et au pouvoir disparaît, on s'aperçoit que l'essence du droit est atteinte, que la protection qu'assurait la forme juridique s'éteint. Car une fois la Loi ramenée à l'intérieur de l'espace social, le pouvoir peut s'ériger en maître de la Loi et manipuler le droit comme il l'entend pour le mettre au service de ses fins : il n'y a plus de bornes à l'exercice de sa puissance, plus de limites à l'application de la coercition (134). Or, précisément, le totalitarisme, de même qu'il abolit la distance entre la société et l'Etat, désormais consubstantiels l'un à l'autre, efface l'extériorité de la règle qui n'est plus rapportée à un principe transcendant mais demeure immanente à la société elle-même. Le droit, en effet, n'est et ne saurait être rien d'autre que l'expression des « lois » inhérentes à l'ordre social dont la politique totalitaire poursuit l'accomplissement (135). Les lois positives ne valent qu'au regard de cet objectif, ce qui rend sans objet le respect d'une légalité mesquine; la transparence de l'ordre juridique à l'ordre social doit permettre à la société d'apercevoir sa propre image, du moins l'image que les dirigeants se font de la destinée collective des hommes qui la composent (136). Selon un processus déjà écrit à propos de l'institution totalitaire, la règle juridique dégénère et se dissout finalement dans la norme sociale : elle indique moins le permis et l'interdit que le modèle auquel se conformer pour promouvoir la société idéale qui se profile à l'horizon de l'Histoire (137). Dans un tel contexte, l'obéissance au droit est plus que jamais requise, mais elle change de signification : se plier aux règles, ce n'est pas tant respecter la loi commune que réactiver sans cesse l'ordre social, accomplir la destinée collective du *Volk*, de la Nation ou du Proletariat, et,

(133) La « juridification » de la politique et l'avènement de l'Etat de Droit dans lequel le pouvoir est soumis aux lois, note B. Barret-Kriegel, supposent de distinguer le droit et la Loi, celle-ci étant conçue comme l'obligation du corps politique de se soumettre au droit (*op. cit.*, p. 98).

(134) « L'illusion totalitaire par excellence, c'est la volonté d'occuper cette extériorité radicale depuis laquelle gouverner ... en ramenant entièrement la Loi dans l'espace humain-social... Lorsque le pouvoir s'empare de la Loi, se veut la Loi, il n'y a plus de Loi » (M. GAUCHET, article précité).

(135) « Le règne totalitaire... prétend obéir rigoureusement et sans équivoque à ces lois de la Nature et de l'Histoire dont toutes les lois positives ont toujours été censées sortir », rappelle H. Arendt (*op. cit.*, p. 205).

(136) G. Burdeau souligne l'hostilité particulière du national-socialisme à l'égard des constructions juridiques, fidèle en cela à l'idée que le droit se dégage directement de la structure et de l'activité de la communauté, de la vie sociale, et ne résulte pas d'opérations rationnelles qui systématisent celle-ci en formules juridiques (*op. cit.*, pp. 187-188).

(137) « La légitimité totalitaire, dans son défi à la légalité et dans sa prétention à instaurer le règne de la justice sur la terre, accomplit la loi de l'Histoire ou de la Nature sans la traduire en normes de bien et de mal pour la conduite individuelle » (H. Arendt, *op. cit.*, p. 206).

finalement, contribuer à hâter la réalisation des lois de la Nature ou de l'Histoire (138).

Si la loi est immanente à l'ordre social, si elle jaillit de la conscience du *Volk* ou du Prolétariat désaliéné, c'est néanmoins aux détenteurs du pouvoir qu'il appartient de la dégager pour la traduire en règles positives : prétendant incarner les intérêts du corps social tout entier et connaître les lois de l'Histoire, ils s'arrogent le privilège exorbitant d'imposer comme obligatoire l'idée qu'ils se font du Bien commun sans que rien ni personne ne puisse s'opposer à cette appropriation du droit, définitivement confisqué par ceux-là mêmes qui ont la charge de l'appliquer et de le sanctionner. On n'obéit plus à la loi commune; on se soumet à la volonté du Chef ou du Parti sous le couvert d'une loi immanente dont ils s'érigent en interprètes autorisés (139).

*
**

Là où le libéralisme pose des règles pour canaliser la spontanéité des comportements, écrivions-nous plus haut, le totalitarisme dessine un ordre idéal excluant la contingence, dans lequel il prétend incirer, de force s'il le faut, les existences individuelles. Or respecter une règle qui, régissant les rapports entre les hommes, rend possible la vie collective, ou se soumettre à une loi à laquelle on ne peut échapper parce qu'on en est soi-même le vecteur comme partie intégrante d'une communauté naturelle ou sociale, de race, de classe, ou simplement institutionnelle, sont deux choses différentes, même si dans les deux cas il s'agit d'obéir à une norme. L'ambivalence de la norme, tour à tour règle et modèle, soulignée à propos de l'institution totalitaire, se vérifie encore à l'échelle des sociétés globales : la dégénérescence de la règle juridique, parasitée par le modèle qui se profile toujours à l'arrière-plan de la norme, ne laisse subsister que les signes extérieurs du droit, qui dissimule à peine la coercition directe, immédiate, à l'œuvre dans l'ensemble du champ social. L'exercice de la contrainte ne trouve plus son fondement ni sa finalité dans l'application du droit; omniprésente et multi-agissante, elle ne vise plus à sanctionner les infractions à la règle mais à prévenir et réprimer les écarts à la norme, à forcer l'adhésion au modèle. Car toute la vie sociale se déroule en fonction d'un modèle préétabli, au nom d'un objectif assigné par l'Histoire ou la Nature auquel chacun

(138) « La politique totalitaire veut transformer l'espèce humaine en un vecteur actif et infailible d'une loi à laquelle, autrement, les hommes ne seraient qu'à leur corps défendant passivement soumis » (*ibid.*, p. 206).

(139) G. Burdeau analyse ainsi ce processus, dans le cas de Hitler et du national-socialisme : « Entre la législation positive et le sentiment populaire sain et fort, source de toutes les valeurs juridiques nationales, ... le *Führer* apparaît ... comme le lien organique et vivant grâce auquel est assurée la concordance du Pouvoir avec l'idée de droit ». Parce que le *Führer* est lui-même, directement, la manifestation de l'idée de droit nationale, « le droit et la volonté du *Führer* sont une seule et même chose », selon la formule de Goering; et puisqu'il est « le droit vivant », les lois qu'il édicte sont au-dessus de toute discussion (*op. cit.*, pp. 182-185).

est censé aspirer et n'a d'autre choix que de concourir. La transcendance n'est plus dans l'intégration de la société à un ordre divin, ni dans la référence à une Loi mythique qui oblige chacun envers tous et réciproquement; elle se réalise dans la projection utopique, dans la polarisation du corps social vers un but inaccessible et néanmoins obligatoire (140) : la société trouve son sens dans « l'avenir radieux » dont elle est porteuse. Mais c'est là une transcendance fallacieuse dès lors qu'elle est imposée par ceux qui s'érigent en maîtres du sens après avoir confisqué à leur profit le droit et la force.

*
**

L'ordre juridique totalitaire est un ordre juridique dénaturé, dans lequel la profusion normative masque la dégénérescence de la forme juridique; or la forme juridique n'est pas un simple voile idéologique : au-delà de sa fonction d'occultation, elle représente la dimension protectrice du droit par laquelle il se distingue de la coercition nue. L'effacement du sujet de droit correspond à la négation de l'individu, sacrifié aux intérêts d'une entité abstraite dont il n'est plus qu'un élément anonyme et interchangeable; l'abolition de la dialectique juridique reflète l'unification autoritaire du corps social atomisé; la dévaluation de la Loi comme principe transcendant coïncide avec la confiscation du sens social par ceux-là mêmes qui détiennent la puissance et la force. Le droit, utilisé pour discipliner et normaliser, n'est plus que l'instrument d'une coercition qui, sous couvert de la réalisation d'un ordre utopique, trouve en elle-même sa propre fin. Dans sa forme achevée, au demeurant, celle qu'il poursuit sans jamais l'atteindre, le totalitarisme peut se passer du droit (comme de la force), puisqu'il vise l'intériorisation par l'individu des normes et des fins sociales, l'identification parfaite de chacun avec le tout, et finalement une transparence absolue telle qu'aucune contrainte externe n'étant plus nécessaire, la distance entre gouvernants et gouvernés s'abolit d'elle-même (141).

Les sociétés dites libérales n'échappent pas pour autant à cette dégradation du droit, concomitante d'une mutation des formes d'exercice du pouvoir. Sans doute faut-il d'ailleurs admettre que s'il n'y a pas d'ordre totalitaire parfait, toute société, toute institution contient à l'inverse des virtualités totalitaires susceptibles de se cristalliser à certains moments ou en certains lieux privilégiés. A cet égard, on peut bien dire que l'institution totalitaire figure l'envers de la

(140) C. DUMITRESCO, *op. cit.*, p. 97.

(141) Analysant le devenir du droit dans la Chine maoïste, G. Padoul note que les Chinois n'ont pas abandonné le gouvernement par le droit pour le gouvernement par la police mais par l'idéologie : on ne gouverne pas avec des lois, dit-il, mais avec des slogans. Etre bon Chinois, c'est vouloir la discipline, penser bien; les finalités doivent être perçues comme intériorisées et partagées et non comme imposées, conformément au rêve de tout gouvernement de se faire obéir sur parole : « supprimant entre dirigeants et dirigés le double écran du droit et de la police pour reprendre sans relâche la réforme des mentalités, le pouvoir tend à réaliser la transparence totalitaire parfaite » (article précité).

société libérale : elle fait néanmoins partie de son paysage. Or la présence de tels îlots au sein d'une société n'est jamais indifférente ni innocente : elle manifeste l'existence dans le corps social des germes du totalitarisme, et aucune clôture, aucune barrière ne peut garantir contre une contamination progressive de l'ensemble de ce corps social. N'assiste-t-on pas, aujourd'hui, à la propagation, bien au-delà des murs de l'institution totalitaire, de modes d'exercice du pouvoir fondés sur la normalisation plutôt que sur la sanction et l'inculcation idéologique (142) ? Il en résulte un conditionnement diffus et généralisé effaçant toute trace palpable de domination : la contrainte n'est plus localisée, en effet, en un lieu unique, mais irradie dans l'ensemble du champ social, et chaque acte individuel d'obéissance spontanée à la norme suffit à réactiver et renforcer l'ordre social tout entier.

A cette forme douce et indolore de totalitarisme qui fonctionne à la manipulation plutôt qu'à la terreur, qui procède par l'imprégnation inconsciente plutôt que par la mobilisation, à cette société unidimensionnelle plus prosaïque puisqu'elle exclut la projection utopique, mais par-là même plus vivable puisqu'elle ne cherche pas à forger de force un consensus, correspond aussi une transformation de la fonction du droit. La profusion normative reflète l'instrumentalisation de la règle et l'extension de son champ à un nombre toujours croissant d'activités et de comportements sociaux. Cette réglementation colle de si près au vécu quotidien dans le détail de ses dispositions qu'elle ne laisse plus prise au travail de l'imaginaire : le droit, déjà dévalué par l'inflation des textes et l'affaiblissement de l'impact de l'idéologie juridique, perd aussi son caractère mystérieux et sacré. Le déclin du droit est parachevé lorsqu'à la règle juridique se substitue la norme statistique objective qui normalise en douceur, sans contrainte apparente, mais sans possibilité non plus de résistance, puisqu'on y obéit sans même s'en apercevoir.

Ce que nous enseigne, en somme, l'expérience du totalitarisme, c'est que le règne du droit, tout mystificateur qu'il fût, signifiait aussi une certaine forme de liberté qui risque de disparaître avec lui.

(142) En fait, la normalisation supplée les insuffisances de la répression sans se substituer à elle ; et l'évolution récente des sociétés dites libérales témoigne plutôt d'un renforcement de la répression que de sa disparition comme mode de contrôle social.