



HAL
open science

“ Révolutions ” intellectuelles dans le droit

Martine Kaluszynski

► **To cite this version:**

Martine Kaluszynski. “ Révolutions ” intellectuelles dans le droit. Christophe Charle; Laurent Jeanpierre. La vie intellectuelle en France. Tome 2: De 1914 à nos jours, Le Seuil, pp.622-627, 2016, 978-2-02-108143-5. hal-01563155v2

HAL Id: hal-01563155

<https://hal.science/hal-01563155v2>

Submitted on 20 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Révolutions » intellectuelles dans le droit

Le régime de Vichy a marqué une rupture dans la relation motrice et dynamique qui s'était instaurée depuis la Révolution entre le droit et le pouvoir politique, plaçant le premier en position ancillaire par rapport au second : le souci de légitimation par la justice que manifestait l'État français passait par la mise sous contrôle du pouvoir judiciaire, comme le montre le rétablissement des cours martiales. Une partie de cet arsenal répressif s'est maintenue après 1945 et la guerre d'Algérie illustre son usage par la République. Les conceptions gaulliennes de la justice témoignent pour leur part d'une ambivalence à l'égard de l'indépendance du pouvoir judiciaire, et les assignations restrictives qu'elles préconisent à son égard sont gravées dans le marbre de notre Constitution depuis 1958. À partir des années 1970 une nouvelle césure apparaît où se conjuguent une demande de pouvoir des juges, l'émergence d'une nouvelle autorité judiciaire qui ne correspond pas à son statut constitutionnel et un sursaut intellectuel autour de questions de droit, dont les enjeux sont débattus dans l'espace public. S'intéresser au droit et à ses « révolutions » permet donc de souligner les rapports entre le droit, les juristes et le pouvoir politique¹. Les interrogations sur le droit, sur les formes d'exercice de la justice² et sur les fondements du droit de punir sont toujours des interrogations sur l'État et sur le politique. Mais parler des « révolutions » intellectuelles dans le droit et autour du droit depuis les événements de Mai 68, c'est aussi voir de quelle façon le droit a pu devenir un objet de sciences sociales.

1. Pierre Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, p. 3-19.

2. Jacques Commaille et Martine Kaluszynski (dir.), *La Fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007.

Critiques du droit et nouveaux savoirs juridiques

Au cours des années 1970, les professionnels du droit – avocats, magistrats, enseignants – se mobilisent, s’interrogent, contestent ou revendiquent. Ainsi, le mouvement « Critique du droit » réunit des juristes et des politologues (venus de Lyon, Montpellier, Nice, Saint-Étienne, Toulouse, Paris) qui ont défini un projet scientifique et pédagogique en rupture avec les recherches et enseignements pratiqués jusqu’alors dans les facultés spécialisées¹. Le milieu juridique, perméable aux idées de Mai 68 et traversé par les débats sur la matière juridique au sein du marxisme (Antonio Gramsci, Louis Althusser, Nicos Poulantzas, Evgueni Pashukanis), sort alors de son isolement. « Critique du droit », comme on l’appelle, constitue un mouvement de pensée parmi les juristes qui refusent le positivisme dominant et qui revendiquent une dimension critique dans l’étude du droit sur la base d’une analyse dite alors matérialiste. La revue *Procès*, avec les bulletins, les séminaires, la collection d’ouvrages qui y sont associés, forme l’armature du mouvement. Elle constitue une réflexion avant tout centrée sur la réforme de l’enseignement du droit. Tandis que « Critique du droit » se développe, des professionnels du droit se syndiquent (c’est la naissance, entre autres, du Syndicat de la magistrature et du Syndicat des avocats de France) ou rejoignent des mouvements comme le Groupement puis Mouvement d’action judiciaire ou le Groupe d’information sur les prisons (GIP), inspiré notamment par Michel Foucault, qui développent une critique « en acte » du droit. Tous ces collectifs mènent une réflexion critique sur les institutions judiciaires ou administratives. À la même période naît la revue *Actes* qui présente, elle aussi, un point de vue critique sur le droit, de même que ce qu’on appelle alors les « boutiques de droit », offrant des consultations et une aide juridiques aux publics généralement privés d’un accès aux ressources de l’expertise juridique.

Les années 1970 sont donc des années où la justice et le droit deviennent un terrain politique et de politisation. Dans ce contexte général, « Critique du droit » a eu une destinée mitigée. Son influence actuelle s’observe avant tout par la création de centres de recherche et dans les contacts que le mouvement a établis avec l’étranger, avec un succès bien plus important en Amérique latine et aux États-Unis qu’en Europe. En France, une pensée critique s’est toutefois ancrée, qui semble avoir un certain écho jusqu’à aujourd’hui chez de jeunes chercheurs, comme en témoigne par exemple la création de la revue *Jurisprudence* en 2010. Le moment des années 1960-1970, favorable à la critique du droit, n’est en tout cas pas limité à la France. Au même moment émerge un courant intellectuel américain appelé *critical legal studies*, très influent à l’époque, dont l’un des représentants est Duncan Kennedy. En 1965 est créée la Law

1. Maurice Bourjol, Philippe Dujardin, Jean-Jacques Gleizal, Antoine Jeammaud, Michel Jeantin, Michel Miaille et Jacques Michel, *Pour une critique du droit*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble/Paris, Maspero, 1978.

and Society Association, portée par la *Law and Society Review*. Aujourd'hui, de nombreux travaux nourrissent cette thématique, entre autres ceux de Patricia Ewick et Susan S. Silbey ou ceux d'Alec Stone Sweet.

S'il n'a pas été le moteur d'une révolution politique de l'institution juridique, le mouvement « Critique du droit » qui s'est déployé en France a tout de même transformé la pensée juridique. Il a par exemple contribué à ce que les sciences sociales revisitent leurs grandes figures fondatrices pour qui le droit constituait une entrée privilégiée pour analyser la société. La relecture de l'œuvre de Max Weber paraît ici déterminante¹, sans oublier celles de Durkheim et d'Auguste Comte. En France, la création de laboratoires de sociologie juridique (autour de Jean Carbonnier) ou d'études pénales et criminologiques (autour de Philippe Robert) restructure en profondeur la connaissance du droit et des institutions pénales. En 1977, la revue *Déviance et société* est fondée, puis en 1979 le « réseau européen Droit et société » (REDS). Dans ce sillage, la revue *Droit et société*, lancée entre autres par Jacques Commaille et André-Jean Arnaud, voit aussi le jour en 1985. Des analyses nouvelles sur le droit sont promues par ces réseaux ainsi que par plusieurs professeurs agrégés de droit et de science politique comme Jacques Caillosse ou Jacques Chevallier². Le droit est ainsi devenu, depuis quelques décennies, un objet important pour la sociologie et, plus largement, pour les sciences sociales. Les usages de la pensée de Michel Foucault prennent place dans cette dynamique, dans la mesure où ils permettent souvent d'articuler une posture militante avec un positionnement de recherche fondé théoriquement. Pierre Lascoumes, figure stimulante et inventive, a travaillé dans cet esprit la pensée juridique en conduisant un ensemble de travaux en sociologie ou en science politique. Au terme de plusieurs décennies d'institutionnalisation et de transformation de la critique du droit des années 1970, le droit est ainsi devenu, dans les études politiques, un élément central de l'analyse des institutions et des politiques publiques.

Judiciarisation et nouvelle conception des rapports entre droit et politique

Tous ces développements sont parfois reliés au fait que le droit joue en réalité un rôle de plus en plus important dans les démocraties libérales. Dans les réflexions des sciences sociales sur la justice, il est en effet de plus en plus question d'un phénomène de judiciarisation. Ce terme désigne à la fois la multiplication des recours à l'arbitrage judiciaire par les acteurs sociaux, les sollicitations croissantes dont la justice ferait l'objet pour traiter de problèmes

1. Pierre Lascoumes et Évelyne Serverin, « Le droit comme activité sociale. Pour une approche webérienne des activités juridiques », *Droit et société*, n° 9, 1988, p. 171-193.

2. *Le Droit en procès*, Paris, PUF, « CURAPP », 1983 ; *Les Usages sociaux du droit*, Paris, PUF, « CURAPP », 1989 ; *Droit et politique*, Paris, PUF, « CURAPP », 1993 ; Liora Israël, Guillaume Sacriste, Antoine Vauchez et Laurent Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, PUF, « CURAPP », 2005.

clés de la société et le déplacement de plus en plus fréquent du traitement d'affaires de l'arène politique vers l'arène judiciaire. Certains ont pu voir l'origine de cette judiciarisation dans la création de l'École nationale de la magistrature (1958), qui aurait favorisé la formation d'un esprit de corps chez les magistrats. Il reste que la dynamique propre de la justice se conjugue ici avec l'accroissement d'une demande de justice de la part des citoyens dans un contexte d'internationalisation de la judiciarisation du politique, dont l'Italie constitue, depuis les années 1970, un cas exemplaire. Le renforcement, au tournant des années 1970, du Conseil constitutionnel français comme acteur à part entière du système politique, tout comme le développement plus récent du contrôle de constitutionnalité dans de nombreux régimes parlementaires ont non seulement accru les contrepoids face aux pouvoirs exécutif et législatif, mais ils ont aussi placé les juridictions et le droit constitutionnels dans une position d'autorité et de suprématie.

Face à cette évolution rapide, il reste toutefois des points de repère institutionnels. Ainsi, dans notre pays, du Conseil d'État, dont certains des membres ont été conduits à jouer un rôle crucial de formulation des normes dans plusieurs affaires. Le Conseil d'État est devenu un acteur plus important dans l'encadrement et l'orientation de l'action publique. Son influence est allée croissant, en amont du processus de production du droit, notamment par une extension de sa fonction consultative sur des sujets de société tels que la bioéthique, l'exploitation et l'usage des données sur Internet et d'autres. Il reste que la tradition française impute la production de la norme juridique à un législateur qui a sans doute toujours été plus ou moins mythique. Le dispositif juridique est en réalité un instrument du pouvoir politique. À ce titre, il définit et vise à mettre en œuvre une certaine conception de l'ordre social qu'il convient de décrypter, en revenant notamment à sa fabrique, à son processus de production.

On observe alors une ambivalence fondamentale du droit. Celui-ci peut en effet être un vecteur de conservation sociale et de répression autant qu'une ressource dans les luttes contestataires. Pour plusieurs analystes, le droit est devenu, au fil des années, un élément d'un répertoire de l'action collective, dont les acteurs sociaux peuvent se saisir, en particulier lors de conflits : il renforce la légitimité des arguments échangés. Les engagements dans les luttes pour les droits des minorités ethniques et dans les combats féministes, ultérieurement dans la défense des droits en matière d'orientation sexuelle, constituent une illustration exemplaire de cette conception du droit. Le *cause lawyering*, concept développé par Austin Sarat et Stuart Scheingold, désigne un courant intellectuel qui rassemble les analyses sur le rôle des professionnels du droit dans les mobilisations sociales. On observe aussi un usage protestataire du droit qui aboutit même parfois à sa coproduction, comme dans les mouvements sociaux dits des « sans » (sans-papiers, sans-logement, chômeurs, détenus, etc.) apparus depuis les années 1980. Cela explique que l'intérêt savant pour les usages ordinaires du droit se développe aussi, à travers l'importation du courant américain du *legal consciousness*. Dans cette perspective, le droit

est appréhendé comme un phénomène social ordinaire et général plutôt que comme une sphère autonome.

Au cours des dernières décennies, le procès devient plus que jamais une tribune politique, un mécanisme de politisation, même si ce phénomène peut être compris dans la lignée d'une tradition dont Voltaire est à l'origine avec l'affaire Calas. Cette phase contemporaine de judiciarisation est marquée par un « désir de droit » dont le développement paraît consubstantiel à une longue évolution au cours de laquelle les individus ont pris une distance croissante par rapport aux structures sociales qui, de manière pluriséculaire, les avaient encadrés. Contestées et parfois affaiblies, les institutions comme l'État, la famille, les partis politiques, les syndicats, l'école auraient progressivement laissé place à une individualisation inhérente au libéralisme. Les droits des individus prime-raient donc désormais sur celui des institutions, ainsi que le montrent les travaux de juristes comme Olivier Cayla ou Yan Thomas. Ici, la justice peut apparaître comme un espace public neutre où tout citoyen pourrait faire valoir ses droits et interpellier les gouvernants. « L'humilité nouvelle du politique », dont parle à ce sujet Jacques Chevallier, se caractérise alors par le développement du rôle des juges, du recours aux experts, de l'appel aux sages, de la mise en place d'instances de régulation indépendantes.

On assiste aussi à une interpénétration croissante des champs de la justice et de l'histoire. En témoigne l'entrée du passé dans le prétoire avec les grands procès historiques. Parallèlement, le juge est amené à se prononcer sur la recherche historique par le biais du contentieux sur la responsabilité des historiens. Émerge de la sorte une sorte de « droit de l'histoire ». Dans la même dynamique liée au choc de la Seconde Guerre mondiale, avec le procès de Nuremberg et la création du chef d'accusation de crime contre l'humanité, la montée de la victime sur la scène pénale souligne le rôle réparateur de la justice. Une série de juridictions pénales internationales, diverses dans leur forme, leur composition et leurs compétences, ont ainsi été institutionnalisées pour traiter les crimes de guerre depuis les années 1970. Le Tribunal pénal international (TPI) pour l'ex-Yougoslavie apparaît en 1993, celui pour le Rwanda en 1994. Une juridiction permanente, la Cour pénale internationale, est créée en 1998. Pour le Cambodge ou le Liban, ce sont des juridictions mixtes internationalisées qui ont vu le jour. La notion de compétence universelle portée par plusieurs pays donne par ailleurs aux juridictions nationales la capacité de se saisir des faits relevant de crimes contre l'humanité commis en dehors du territoire national. En parallèle, on assiste à une européanisation du droit depuis les années 1950, avec la création de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), devenue, après le traité de Lisbonne, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Cette internationalisation du droit et de la justice suggère l'idée forte d'un droit pénal international comme « arme de dissuasion » contre les crimes de guerre avec une logique des droits de l'homme qui surplombe l'ensemble de ces décisions.

Ainsi les démocraties semblent-elles se judiciariser de plusieurs manières et au terme d'une évolution pluriséculaire qui aura permis de montrer, par la

structure des rapports de force mouvants entre la justice et le politique, que le processus de co-construction à l'œuvre de deux acteurs primordiaux de la régulation sociale ne peut échapper à des difficultés, à des malentendus, et qu'il contribue à la production du changement social. Le recours au(x) droit(s) témoigne toujours d'ambivalences. Parce que la « démocratie d'opinion » pose certainement des problèmes inédits, un des enjeux des recherches actuelles sur le droit est de saisir la façon dont le juridique et le politique s'articulent et se transforment mutuellement dans la promotion de nouvelles conceptions et pratiques de la démocratie.

Martine Kaluszynski

POUR ALLER PLUS LOIN

Jacques COMMAILLE, *L'Esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris, PUF, 1994.

Jacques Commaille, Laurence Dumoulin et Cécile Robert (dir.), *La Juridicisation du politique*, Paris, LGDJ-Lextenso, « Droit et société Classics », 2010.

Thierry Delpeuch, Laurence Dumoulin et Claire de Galembert, *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, « U », 2014.

Xavier Dupré de Boulois et Martine Kaluszynski (dir.), *Le Droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 2011.

Liora Israël, *L'Arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, « Contester », 2010.