



Les usages militants du droit

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Les usages militants du droit. La Revue des Droits de l'Homme, CTAD-CREDOF (Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux) 2016, 10.4000/revdh.2178. hal-01647284

HAL Id: hal-01647284

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01647284>

Submitted on 2 Jan 2018

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.

Les usages militants du droit¹

par Danièle Lochak

Professeuse émérite de l'université de Paris Ouest – Nanterre (CREDOF)

in *Revue des droits de l'Homme*, n° 10/2016, en ligne : <https://revdh.revues.org/2178>

Résumé : À partir de l'observation des pratiques des associations de défense des droits de l'Homme dans le contexte français, on entend rendre compte de la place qu'occupe le droit dans les combats militants : quelles formes revêt l'utilisation de cette arme et plus particulièrement de l'arme contentieuse ? comment et à quelles conditions permet-elle de faire aboutir des revendications politiques ? quelles sont les limites de son efficacité et les pièges éventuels qu'elle comporte ?

Mots clés : droit – contentieux – droits de l'Homme - militantisme – associations

Par usages militants du droit, on entendra ici l'utilisation du droit comme instrument, comme arme au service d'une cause. Ces usages militants sont donc en général le fait d'associations, d'ONG qui cherchent à faire prévaloir les objectifs qu'elles se sont assignés : la défense d'un groupe, d'une catégorie d'individus, d'un principe éthique...

Parce que l'outil juridique est de plus en plus souvent utilisé par les militants, la sociologie du droit en est venue à s'intéresser au militantisme associatif. Les questionnements qui en découlent recoupent en partie les interrogations suscitées par le *cause lawyering* sans toutefois se confondre avec elles². Au départ, ce dernier courant s'est intéressé aux avocats prenant en charge la cause des exclus ou des groupes défavorisés pour analyser la façon dont ils concilient pratique professionnelle et engagements militants. Élargissant le champ d'investigation, il en est venu à étudier le rôle des juristes dans la traduction d'enjeux militants en questions de droit, puis à s'interroger sur la manière dont les mouvements sociaux se saisissent du droit : la sociologie de l'activisme juridique croise ici la sociologie du militantisme³. Mais, chemin faisant, la question s'est en quelque sorte inversée par rapport à la question initiale : elle est moins de savoir pourquoi et comment des juristes professionnels entrent en militantisme que, en sens inverse, pourquoi et comment des militants qui ne sont pas nécessairement des juristes se saisissent du droit et l'intègrent à leur répertoire d'action.

Quelle place occupe le droit dans les combats militants ? Quelles formes revêt l'utilisation de l'arme juridique et en particulier de l'arme contentieuse ? Quelles sont les conditions de son efficacité ? Comment s'articule-t-elle avec le combat plus directement politique ? Pour tenter de répondre à ces questions nous centrerons notre analyse sur le champ associatif français⁴ et, à l'intérieur de ce champ, sur les associations de défense des droits de l'Homme⁵.

¹ Ce texte est issu d'une intervention faite sous le même intitulé dans le cadre du colloque organisé à Toulouse en octobre 2012, sous l'égide du Laboratoire des Sciences sociales du Politique, sur le thème : « Science juridique et politique. Consensus & dissensus disciplinaires et intellectuels ».

² Sur le *cause lawyering*, voir, par exemple : Liora Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit et société*, 2001/3, n° 49, p. 793-823 ; Brigitte Gaiti et Liora Israël, « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix*, n° 62, 2003, p. 17-30.

³ *Ibid.*, p. 25.

⁴ Concernant les Etats-unis, on peut se reporter à Leïla Kavar, « Défendre la cause des étrangers en justice aux Etats-Unis », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 4 | 2013, <http://revdh.revues.org/341> et, pour une analyse comparée, à l'ouvrage du même auteur : *Contesting Immigration Policy in Court. Legal Activism and Its Radiating Effects in the United States and France*, Cambridge University Press, 2015.

Le caractère récent de ces interrogations du côté des chercheurs ne veut pas dire que le phénomène est en lui-même totalement nouveau. Il n'est pas inutile à cet égard, en guise de prologue et d'introduction tout à la fois, de prendre un peu de recul historique et de remonter à la fin du 19^e siècle qui voit la création de la plus ancienne association de défense des droits : la Ligue des droits de l'Homme.

Il semble possible de dégager schématiquement trois moments d'une évolution –qu'il faut lire plutôt comme un mouvement dialectique que comme une périodisation chronologique. Le premier moment est celui de la « montée en généralité », qu'on illustrera par l'expérience de la Ligue des droits de l'Homme : l'affaire Dreyfus est le point de départ d'un engagement plus global pour la cause des droits de l'Homme et finalement pour la défense des institutions républicaines et de la démocratie. Le deuxième moment est celui où la centralité progressivement acquise par les droits de l'Homme, après la Seconde Guerre mondiale, et plus nettement à partir des années 1970, favorise le réinvestissement sur *le* droit et *les* droits. Le troisième moment – celui où, tout en perfectionnant l'arme juridique et judiciaire, on veille à ce qu'elle ne soit pas déconnectée du combat politique – nous amène au cœur de notre sujet : les usages militants du droit.

Prologue : l'inscription dans la durée

*L'expérience de la Ligue des droits de l'Homme : de la défense d'un innocent injustement condamné à l'engagement politique*⁶

À l'origine de la création de la Ligue, il y a une erreur judiciaire. C'est pour éviter la répétition de telles erreurs que le Manifeste qui accompagne sa création en 1898 proclame : « À partir de ce jour, toute personne dont la liberté serait menacée ou dont le droit serait violé est assurée de trouver auprès de nous aide et assistance ». La LDH met alors en place, pour assister les personnes victimes d'une injustice, un service juridique très actif, qui traite plusieurs centaines de dossiers par an⁷.

Dès l'origine, donc, les préoccupations de la LDH dépassent le cas de l'officier Dreyfus injustement et illégalement condamné ; mais elles dépassent aussi le cas individuel des personnes qui sollicitent son aide et son assistance : aux termes de l'article 1^{er} de ses statuts la Ligue défend « les principes de liberté, d'égalité, de fraternité et de justice énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ». Une double dynamique est ainsi enclenchée qui

⁵ Qu'il s'agisse des droits de l'Homme en général ou des droits de personnes particulièrement vulnérables comme les étrangers, les prisonniers ou les malades. En revanche, nous n'évoquerons qu'incidemment le cas des grandes ONG internationales comme la FIDH ou Amnesty International, d'un côté, des associations de défense de l'environnement ou des consommateurs, de l'autre. Non pas qu'il n'y ait pas d'enseignements à tirer de leur étude pour éclairer « les usages militants du droit », mais parce qu'il fallait bien, pour des raisons de faisabilité, borner le périmètre de la recherche. Pour une approche plus d'ensemble plus théorique et moins franco-centrée, on se reportera avec profit à Eric Arikoliansky, « Les usages protestataires du droit », in E. Agrikoliansky, O. Fillieule, I. Sommier (dir.), *Penser les mouvements sociaux*, La Découverte, Coll. Recherches, 2010, p. 225-243.

⁶ Sur l'histoire de la Ligue de sa création à 1940, on peut se reporter à la thèse de Emmanuel Naquet, *La Ligue des Droits de l'Homme : une association en politique (1898-1940)*, Thèse d'histoire, IEP Paris, 2005 et, pour la période plus récente, à la thèse d'Eric Agrikoliansky, publiée sous le titre : *La Ligue française des droits de l'homme et du citoyen depuis 1945. Sociologie d'un engagement civique*, L'Harmattan, 2002.

⁷ Eric Agrikoliansky consacre de longs développements, dans sa thèse précitée, à l'activité de ce service juridique : très actif tout au long de la III^e République, son rôle décline après la guerre, avant de connaître un nouvel essor à partir des années 1970. Ces développements sont repris, sous une forme plus synthétique dans « Usages choisis du droit : le service juridique de la Ligue des droits de l'homme (1970-1990) entre politique et raison humanitaire », in *Sociétés contemporaines* (2003), n° 52, p. 61-84.

l'amène à se battre sur le terrain politique : pour faire prévaloir les principes de la Révolution française, il faut défendre la République ; et dans la mesure où les cas individuels dont la Ligue est saisie sont des révélateurs de problèmes politiques et sociaux plus globaux, il faut aussi s'atteler à la solution de ces problèmes. Selon la formule de Francis de Pressensé qui l'a présidée de 1903 à 1914, « la LDH ne se borne pas à prendre en charge la portion de justice inscrite dans la loi ; elle veut inscrire dans la loi la totalité de la justice... ». Autrement dit, au-delà de la justice « juridique », il y a la justice sociale, et pour la réaliser il ne suffit pas de réclamer le respect des règles en vigueur, il faut parallèlement œuvrer pour leur transformation.

Le constat qu'on ne peut défendre *les* droits en restant sur le seul terrain *du* droit est généralisable à bien des terrains sur lesquels la Ligue s'engage : qu'il s'agisse de la situation des peuples colonisés, de l'antisémitisme, de la condition des étrangers, des violences policières, de la justice militaire, de la peine de mort, des droits des femmes, du droit du travail, de la liberté de la presse, des fusillés pour l'exemple, de la laïcité... la LDH ne se borne pas à déplorer la violation des droits garantis par les textes mais s'attache aussi à dénoncer les situations qui engendrent ces violations puis à revendiquer des droits nouveaux : la séparation des Églises et de l'État, la suppression des conseils de guerre, un statut et le droit syndical pour les fonctionnaires, l'égalité entre les hommes et les femmes, la reconnaissance des droits économiques et sociaux, etc. Toute l'histoire de la Ligue – dont le nom complet, rappelons-le, est « Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen » – montre qu'elle n'a pas hésité, lorsque était en jeu le sort des libertés ou de la démocratie, à prendre directement parti dans les controverses institutionnelles ou dans le débat politique.

L'expérience de la LDH témoigne à la fois du caractère intrinsèquement politique de la défense des principes d'égalité et de respect des droits fondamentaux et, corrélativement, de l'inéluctable politisation de revendications formulées sur le terrain du droit.

Le changement de contexte : centralité des droits de l'Homme et confiance dans l'Etat de droit

En 1945 les droits de l'Homme ont été placés officiellement au centre des préoccupations des Nations unies. La Déclaration universelle en 1948 a été le point de départ du développement de la protection internationale des droits de l'homme. De nombreuses conventions ont été adoptées et des instances de contrôles mises en place. Le droit international pénal, destiné à punir les « crimes internationaux » : le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, qui avait été inauguré avec le Tribunal de Nuremberg mais était tombé en sommeil pendant la guerre froide, a été réactivé à partir des années 1990, avec la création de juridictions *ad hoc* comme le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou pour le Rwanda puis de la Cour pénale internationale permanente en 1998.

La même évolution s'est progressivement fait jour dans l'ordre interne : les droits de l'Homme ont été inscrits au fronton des nouvelles constitutions, devenant ainsi une norme théoriquement contraignante pour les législateurs dont le respect peut être assuré par les mécanismes propres à l'État de droit et notamment les mécanismes juridictionnels.

Ces évolutions ont induit des changements dans la façon de concevoir et de pratiquer la défense des individus contre le pouvoir, d'autant que le contexte idéologique s'est lui aussi transformé : les droits de l'Homme ont pris la place d'autres référents dont on a appris à se

méfier – la Révolution, le Grand Soir – et c’est l’État de droit, plus encore que la démocratie, qui représente la figure centrale des sociétés libres⁸. Pour contester des pratiques attentatoires aux droits et libertés on peut se référer non plus seulement à des valeurs ou au droit naturel mais se fonder sur des textes de droit positif. Ce qu’on dénonçait sur le terrain moral ou politique, au nom de principes supérieurs « d’humanité » peut désormais l’être sur le terrain juridique. La torture, les violations massives des droits de l’homme, le génocide, mais aussi les atteintes à la liberté d’expression ou de religion sont interdites par les textes internationaux, des recours existent devant les juridictions internes ou devant les instances internationales. La violation des droits de la défense, les dysfonctionnements de la justice peuvent être dénoncés sur le fondement de l’article 6 de la CEDH qui garantit le droit à un procès équitable, les atteintes à la dignité des détenus sur le fondement de l’article 3 de la même Convention qui prohibe les traitements inhumains et dégradants, etc.

Parallèlement, l’incrimination pénale de certaines atteintes aux droits de l’Homme comme la discrimination, les propos racistes ou haineux, la négation des crimes contre l’humanité, avec de surcroît la possibilité pour les associations de se porter partie civile aux côtés des victimes, offre des armes nouvelles sur le terrain judiciaire. De même, au niveau international, l’existence de juridictions pénales, d’un côté, le principe de la compétence universelle pour poursuivre les crimes contre l’humanité, de l’autre, permettent à de grandes ONG comme Human Rights Watch, la FIDH ou Amnesty international de mener des actions transnationales pour contester les atteintes les plus graves aux droits de l’Homme⁹.

Pour autant la remarque faite par Francis de Pressensé il y a un siècle n’a rien perdu de son actualité ni de sa pertinence : elle nous rappelle les limites d’une revendication exclusivement centrée sur le respect du droit – et des droits – inscrits dans les textes. Les mécanismes de l’État de droit permettent de protéger les droits existants ; ils ne permettent pas d’élargir le champ des libertés ni de faire émerger de nouveaux droits.

L’arme juridique doit donc être combinée avec l’arme politique et utilisée à l’appui des combats politiques, non comme une alternative à ces combats. Telle est la condition pour qu’on puisse parler d’usages « militants » du droit¹⁰.

La pluralité des usages du droit

La retranscription des revendications politiques dans le langage du droit et des droits de l’homme

⁸ Sur la façon dont les libertés sont devenues, en France, un enjeu politique dans les années 1970 et dont le thème de la défense des libertés publiques et de l’Etat de droit s’est progressivement installé au coeur du discours des partis de gauche, voir Eric Agrikoliansky, « “Liberté, liberté chérie...” : la gauche et la protection des libertés publiques dans les années 1970. Hypothèses sur la résurgence de la notion d’Etat de droit », in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez et L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit*, Curapp-PUF, 2005, p. 325-339. L’auteur pointe notamment comment “la mobilisation autour du droit et des droits [est] permise par le développement dans l’espace juridique d’une parole contestataire, qui met justement en cause le “pouvoir” sur la question du non-respect des libertés”.

⁹ Liora Israël, *L’arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009, p. 114 et s.

¹⁰ Cette restriction vaut pour les pays démocratiques, auxquels nous nous limitons ici. Il est clair que, dans les régimes autoritaires, *a fortiori* dictatoriaux, le recours au droit et à la justice représente par lui-même une forme de contestation du régime de la part des militants des droits de l’Homme et c’est bien ainsi également que les autorités l’interprètent. Voir par exemple Andy Wong, « Pékin veut priver les militants des droits de l’homme de l’arme judiciaire, en dépit d’un discours officiel en faveur de l’Etat de droit », *Le Monde*, 24 octobre 2013.

Il y a plusieurs façons de parler le langage des droits de l'Homme et de l'utiliser pour la défense d'une cause. On peut d'abord s'assigner comme but de les faire respecter ; cet objectif apparemment modeste est susceptible de revêtir une dimension contestataire, parfois même transgressive, non seulement dans les régimes dictatoriaux mais même dans les démocraties, dès lors que le but n'est pas d'obtenir réparation pour la violation ponctuelle d'un droit mais de faire reconnaître que des pratiques habituelles ou des réglementations couramment appliquées sont contraires aux principes supérieurs garantis par les normes constitutionnelles ou conventionnelles.

Le langage des droits de l'Homme sert aussi à exprimer et retranscrire des revendications politiques. Beaucoup de mouvements contestataires de l'ordre établi – mouvements féministes, chômeurs, homosexuels, objecteurs de conscience, écologistes... – mettent en avant des revendications dont la finalité ou l'aboutissement logique est l'inscription dans la loi de nouveaux droits, plaçant ainsi leurs luttes sur le terrain du droit.

Mais cette tendance à l'« l'indexation des causes autour de la création, de l'affirmation et du respect des droits »¹¹ n'a pas gagné tous les mouvements au même rythme. Ceux qui, tout en accordant la priorité à un problème précis – l'environnement, le statut des femmes, la consommation –, défendaient une vision alternative de la société ont pendant longtemps affiché une méfiance particulière vis-à-vis de toute prise en charge par l'État et le droit¹². Pourtant, à partir du moment où ils ont voulu faire pression sur les centres de décision, ils ont été amenés à s'adresser à l'État sous la forme d'une demande de droit tendant à l'abrogation ou à la modification de lois existantes, voire à l'adoption de lois nouvelles. Les franges les plus contestataires des mouvements féministes ou écologistes ont ainsi fini par rejoindre les franges plus réformistes dans le constat que le succès d'une revendication passe souvent par sa formulation juridique. Car, comme le relève Eric Agrikoliansky, « le droit est potentiellement une puissante grammaire pour penser les injustices, construire des griefs et exprimer des revendications »¹³.

Les ONG réunies dans le mouvement « altermondialiste » en sont elles aussi venues à emprunter non plus seulement le langage de l'économie ou de la politique mais aussi le langage du droit : le modèle néo-libéral d'une régulation exclusive par le marché est jugé et critiqué à l'aune du respect des droits de l'homme – des droits civils et politiques comme des droits économiques, sociaux et culturels : le droit à un travail et à un salaire décent, le droit à l'alimentation ou à l'éducation, le droit à la santé.

Les organisations humanitaires¹⁴, guidées par la volonté de venir en aide à ceux qui souffrent et par la compassion à l'égard des victimes, en arrivent à parler le langage des droits de l'Homme lorsqu'elles réclament l'inscription dans la loi de nouveaux droits, comme le droit à un minimum de revenu ou le droit au logement. En dépit d'une forte tradition de neutralité et d'apolitisme elles font donc à leur tour leur apparition sur la scène politique. Au niveau international de même, des ONG nées sur le terrain de l'humanitaire ont fait des droits de

¹¹ Brigitte Gaïti et Liora Israël, « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », précité, p. 27.

¹² Voir Calliope Spanou, *Le droit instrument de la contestation sociale ? Les nouveaux mouvements sociaux face au droit*, in (Coll.), *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1990, p. 32-43.

¹³ Eric Agrikoliansky, « Les usages protestataires du droit », *op. cit.*

¹⁴ Pour une comparaison entre deux formes de militantisme : celui des organisations « humanitaires » et celui des organisations de défense des droits de l'Homme, voir Danièle Lochak, « Vous avez dit "humanitaire" ? », *Le droit figure du politique. Etudes offertes au professeur Michel Miaille*, Université de Montpellier, 2008, T. II, p. 117-140.

l'Homme le soutien de leurs mobilisations. En concourant à la production de nouvelles normes juridiques : droit d'ingérence humanitaire, juridictions pénales internationales, traité sur les mines antipersonnel, certaines sont devenues des acteurs politiques à part entière sur la scène internationale.

Combat par le droit et combat politique : l'articulation des logiques

Parallèlement à la retranscription des revendications dans le langage des droits de l'homme, le recours au droit et au juge s'est généralisé comme arme dans les combats militants.

Surgit toutefois ici la question de l'articulation entre plusieurs logiques qui correspondent à autant de façons de se servir du droit : la logique purement juridique, dont l'archétype est la défense du client par l'avocat qui va évaluer la solidité de son dossier ; la logique humanitaire, où le droit est mis au service d'une victime qui demande assistance ; la logique politique, enfin, lorsque, au-delà du dossier et de la personne, on vise à faire progresser l'état du droit et de la jurisprudence – et finalement la cause qu'on défend¹⁵.

Certes, les frontières ne sont pas étanches : ces différentes logiques ne sont pas nécessairement incompatibles ou exclusives l'une de l'autre. La défense d'une personne ou d'un dossier peut aussi servir une cause et, inversement, on ne peut pas, au motif qu'on se préoccupe de faire avancer une cause, se désintéresser des situations individuelles non plus que de la rigueur juridique du dossier que l'on a constitué puisqu'elle conditionne les chances de gagner. L'accumulation de cas où la loi a été violée ou de cas où l'application même correcte des textes débouche sur des situations humainement intolérables permet d'alimenter une critique plus générale de la législation et des pratiques ou de nourrir des « Livres noirs » qui ont une petite chance de susciter l'intérêt des médias.

Mais les différentes démarches n'en restent pas moins délicates à articuler concrètement. Eric Agrikoliansky, s'appuyant sur l'exemple de la Ligue des droits de l'Homme, souligne le fait que, dans les requêtes adressées à l'administration par les personnes qui assurent des permanences juridiques, l'argumentation est toujours centrée sur la mauvaise application du droit ou sur des considérations humanitaires liées au cas particulier dont il est question, sans référence à une critique générale des pratiques de l'administration ou de la législation en vigueur¹⁶. Mais ce constat est généralisable et n'est pas propre à la LDH car il est intrinsèquement lié à l'activité de soutien juridique : l'objectif, ici, est d'être efficace, la logique juridique est donc prédominante car elle conditionne la réussite de la démarche. Ce qui n'empêche pas la LDH, parallèlement, de dénoncer publiquement et fortement des lois et des pratiques attentatoires aux droits fondamentaux et aux principes démocratiques.

Faire de l'accompagnement individuel peut, de ce fait, placer les associations – notamment celles qui défendent les droits des étrangers à une époque où ils sont particulièrement malmenés – devant une forme de dilemme. Tout en récusant globalement une législation incompatible avec leur vision de l'universalité des droits de l'Homme, elles n'en sont pas moins amenées, comme on vient de le rappeler, dans la prise en charge des cas individuels, et pour des raisons d'efficacité, à s'adapter aux normes implicites de l'administration, à utiliser les argu-

¹⁵ Nous reprenons ici, avec quelques infidélités, la typologie proposée par Jérôme Drahy pour analyser le rapport au droit de la Cimade. Voir *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la Cimade*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2004, p. 283.

¹⁶ Eric Agrikoliansky, "Usages choisis du droit...", *op. cit.*

ments qu'elles savent recevables par elle et, le cas échéant, par le juge, et finalement à sélectionner les dossiers en fonction de leurs chances de succès. Mais ce travail de sélection, qui implique de se couler dans la logique de l'administration et du juge, n'est-il pas une façon de cautionner la réglementation existante et l'arbitraire des pratiques administratives ? Renoncer à la tentation de vouloir sauver à tout prix quelques individus en se résignant au sacrifice des autres, ne serait-ce pas en définitive la meilleure façon de faire apparaître en pleine lumière les conséquences inhumaines de la législation et d'obtenir sa révision ?¹⁷ Peut-être. Mais en attendant ce jour hypothétique, il reste « humainement » malaisé de refuser, au nom des principes, de porter assistance à ceux qu'on peut aider : la ligne pure et dure d'une logique strictement politique, à la manière de l'avocat qui pratique la « défense de rupture », est difficile à tenir.

Reste que, si le droit peut constituer un instrument de contestation sociale, c'est à condition de ne pas se laisser enfermer dans une logique d'assistance au « cas par cas » et de l'inscrire dans une perspective stratégique.

Telle est la conviction qui a animé le Gisti depuis sa création au début des années 1970. Sa dénomination : « Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés » consonne avec celle des autres groupes créés à la même époque – le Groupe d'information sur les prisons, le Groupe d'information santé, le Groupe d'information sur les asiles – avec qui « il partage la posture de ceux que Foucault désignera comme des “intellectuels spécifiques” »¹⁸. L'intellectuel spécifique ne se prétend pas représentant de l'universel mais tente, à partir des problèmes qu'il rencontre dans des secteurs déterminés, liés à sa profession, d'articuler pour les faire déboucher sur des mobilisations politiques différentes formes de savoir : la compétence des uns et l'expérience des autres¹⁹.

Émerge ici, plus précisément, la figure du « militant expert » : celui qui met son capital d'expertise – en l'espèce, le droit – au service de son engagement militant. Créé à l'initiative de jeunes énarques, d'avocats, de magistrats mais aussi de travailleurs sociaux et de militants de terrain, le Gisti s'assigne pour objet « – de réunir toutes informations sur la situation économique et sociale des travailleurs immigrés ; – d'informer ces derniers des conditions réelles d'exercice et de protection de leurs droits ; – de soutenir leur action en vue de la reconnaissance et de l'établissement des droits que leur confère leur situation de travailleur et d'obtenir le respect. »

Ce positionnement mérite d'autant plus d'être relevé qu'à l'époque on cultive plutôt, dans les milieux d'extrême gauche, la méfiance vis-à-vis du droit, stigmatisé comme un instrument

¹⁷ Richard Weisberg, analysant la législation antisémite de Vichy, tient ce raisonnement pour montrer les effets pervers des efforts faits pour proposer une interprétation plus « libérale » du statut des Juifs en matière de preuve de la non appartenance à la « race » juive : même si une telle interprétation pouvait permettre à une personne de prouver qu'elle n'était pas « juive », dit-il, elle entérinerait la condamnation de milliers d'autres qui ne pouvaient apporter cette preuve, même alléguée. Il eût donc mieux valu résister à la tentation de tracer une ligne quelconque, dit Weisberg, ce qui aurait permis de stopper le fonctionnement du système. Si cette éventualité paraît assez peu réaliste, il n'en reste pas moins qu'en acceptant de raisonner à l'intérieur des cadres et avec les concepts de la législation antisémite les juristes ont contribué à asseoir la légitimité de cette législation. Voir « Legal Rhetoric Under Stress : The Example of Vichy », in *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, New York, 1992, p. 172

¹⁸ Philippe Artières, « 1972 : naissance de l'intellectuel spécifique », in *Plein droit, la revue du Gisti*, n° 53-54, mars 2002, consultable en ligne : <www.gisti.org/doc/plein-droit/53-54/naissance.html#6>

¹⁹ Michel Foucault, « La fonction politique de l'intellectuel », *Politique-Hebdo*, 29 novembre-5 décembre 1976, repris in *Dits et écrits*, Tome II, Gallimard, Coll. Quarto, 2001, pp. 109-114.

d'oppression entre les mains de la classe dominante. Il vaut la peine, à cet égard, de relire la présentation du *Petit livre juridique des travailleurs immigrés* que le Gisti publie aux Éditions Maspero en 1974 dans laquelle le Gisti justifie l'utilisation militante du droit tout en montrant les limites²⁰.

Après avoir rappelé que les textes visent à cantonner « les immigrés dans un rôle de force de travail adaptable aux besoins de l'économie [...] capitaliste », qu'ils cherchent à rendre la main-d'œuvre immigrée docile et la poussent à travailler clandestinement, qu'ils sont cause de division de la classe ouvrière, le Gisti s'attache à définir une position médiane entre deux visions extrêmes et également contestables à ses yeux : la vision de ceux qui font confiance au droit et la vision de ceux qui estiment que les militants perdent leur temps à lutter sur le terrain juridique puisque la législation traduit le rapport de force favorable aux classes dominantes. Pour le Gisti, « le droit actuel, si inégalitaire soit-il, est un terrain de lutte ». Il est une arme parmi d'autres qui peut être utile « notamment en raison des contradictions internes des sociétés capitalistes ». Il faut donc utiliser les ressources du droit pour en tirer dans chaque cas l'avantage « maximal ». Mais ces actions au cas par cas sont sans portée si elles ne s'insèrent pas dans une lutte collective, car si « résoudre des cas individuels n'est jamais inutile », « l'assistance sociale et les vœux humanitaires ne changent pas la condition des immigrés ».

Si le Gisti a abandonné ce langage imprégné du marxisme dominant au début des années 1970, il défend plus que jamais l'idée qu'il ne suffit pas de revendiquer une application correcte du droit et que le traitement de dossiers individuels ne saurait remplacer le combat politique pour transformer radicalement la situation des immigrés.

À l'époque, donc, le Gisti se démarque donc assez sensiblement, dans son rapport au droit, du reste de la mouvance gauchiste²¹. La différence de culture est particulièrement nette quand on compare son positionnement à celui d'autres mouvements nés à la même époque, et notamment à celui du mouvement anticarcéral. Elle s'est par la suite atténuée, et aujourd'hui les stratégies contentieuses utilisées pour défendre la cause des détenus ont beaucoup de points communs avec celles qu'utilise depuis quarante ans le Gisti pour défendre les immigrés.

Le militantisme anticarcéral radical qui a émergé après 1968, accompagnant les mouvements de révolte des prisonniers eux-mêmes, a en effet un rapport ambivalent au droit. Le Groupe d'information sur les prisons²² puis le Comité d'action des prisonniers stigmatisent l'arbitraire qui règne en prison et revendiquent pour les détenus les droits dont ils sont privés mais ils restent sceptiques vis-à-vis des réponses juridiques et contentieuses – que la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur condamne du reste à l'échec²³. Mais surtout, le mili-

²⁰ Voir sur ce point Liora Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant ou l'histoire paradoxale des premières années du Gisti », *Politix*, n° 32, p. 115 et s.

²¹ Il faut toutefois nuancer cette affirmation dans la mesure où, à l'intérieur de cette mouvance et à la même époque, d'autres organisations créées par des professionnels du droit mettent elles aussi le droit au centre de leurs préoccupations : le Mouvement d'action judiciaire (MAJ), le Syndicat des avocats de France ou le Syndicat de la magistrature ont en commun la volonté de désenclaver le savoir juridique et de le mettre au service d'actions militantes. Voir Liora Israël, « Un droit de gauche ? Rénovation des pratiques professionnelles et nouvelles formes de militantisme des juristes engagés dans les années 1970 », *Sociétés contemporaines*, n° 73/2009, Presses de Sciences Po, n°73, p. 47-72. Eric Agrikoliansky fait l'hypothèse que le développement dans l'espace juridique d'une parole contestataire qui met en cause le pouvoir sur le terrain du non respect des libertés est un des facteurs qui a rendu possible la mobilisation des partis de gauche autour du droit et des droits (voir *supra*, note 6).

²² Sur le GIP, voir Audrey Kiéfer, *Michel Foucault, le GIP, l'histoire et l'action*, Thèse de Philosophie, Université de Picardie-Jules Verne, 2006.

²³ Le Conseil d'État considère que les mesures disciplinaires frappant les détenus sont des « mesures d'ordre

tantisme anticarcéral repose moins « sur la dénonciation de droits bafoués » que sur la dénonciation de la prison comme « comme outil de la domination de classe » ; les luttes sont menées « non pas au nom de la sauvegarde des Droits de l'homme [...], mais au nom de la solidarité des opprimés »²⁴. Prétendre faire de la prison un espace de droit, n'est-ce pas de surcroît entériner l'enfermement carcéral, par lui-même antinomique avec les droits de l'Homme ?

En sens inverse, toutefois – et tel est le dilemme qu'ont à affronter à leur tour les militants de la cause des prisonniers²⁵ –, refuser toute réforme de la prison, c'est renoncer à améliorer la condition des détenus et à leur conférer un minimum de garanties contre l'arbitraire. Or les détenus revendiquent cette amélioration. Le CAP en prend acte en énonçant, en janvier 1973, les « onze premiers points du CAP », parmi lesquels le droit à un salaire minimum égal au SMIC, le droit au parloir et à la correspondance libres, le droit à des soins médicaux corrects, le droit de recours et de défense devant l'administration pénitentiaire, le droit d'association. Atteste aussi de ce début d'évolution un recours déposé en 1975 par le CAP, le SM, le SAF et le Mouvement d'action judiciaire contre le décret du 23 mai 1975 pris après les révoltes de 1974. Ils font notamment grief au texte de restreindre les pouvoirs des juges de l'application des peines et de rompre l'égalité de traitement entre les condamnés. Le Conseil d'État, au bout de quatre ans, rejettera la quasi-totalité des moyens – résultat qui n'est pas de nature à conforter la propension à faire du contentieux.

La création de l'OIP-Section française, en 1996, marque un tournant dans l'histoire du mouvement anticarcéral. Ses statuts, qui rappellent à certains égards ceux dont le Gisti s'était doté vingt-cinq ans auparavant, lui confèrent comme objet « la défense des droits fondamentaux et des libertés individuelles des personnes détenues » et énumèrent ses moyens d'action qui sont notamment les suivants : « informer les personnes détenues de leurs droits, soutenir leurs démarches pour les faire valoir », « favoriser [...] l'adoption de lois, règlements et autres mesures propres à garantir la défense de la personne et le respect des droits des détenus », « utiliser son droit d'ester en justice pour la sauvegarde des intérêts essentiels de la personne détenue et l'application des dispositions légales et réglementaires ». Il faut toutefois attendre les années 2000 pour que l'Observatoire entreprenne d'utiliser de façon plus systématique l'arme contentieuse, abandonnant ainsi une tradition de méfiance à l'égard du droit. Cette évolution est concomitante de la mobilisation du droit par les détenus les plus activistes, ceux qui sont à la pointe des actions de résistance (rébellion, protestation, pétitions...) dans les prisons et qui entreprennent de se défendre contre une administration pénitentiaire qui les opprime en utilisant la voie du contentieux²⁶.

Des stratégies contentieuses diversifiées

Parmi les usages du droit, le recours au juge, l'arme contentieuse, fait aujourd'hui partie des répertoires d'action utilisés par les associations et les mouvements sociaux.

intérieure » contre lesquelles aucun recours n'est possible. Cette jurisprudence ne sera – partiellement - abandonnée qu'en 1995.

²⁴ Grégory Salle et Gilles Chantraine, « Le droit emprisonné ? », *Politix* 3/2009 (n° 87), p. 93-117.

²⁵ Y. Cartuyvels, « Réformer ou supprimer : le dilemme des prisons », in O. De Schutter, D. Kaminski (Eds.), *L'institution du droit pénitentiaire* Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, La pensée juridique, 2002, p. 113-132.

²⁶ Voir les propos de Hugues de Suremain cités par Gilles Chantraine et Dan Kaminski, « La politique des droits en prison », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Séminaire Innovations Pénales, mis en ligne le 27 septembre 2007, <http://champpenal.revues.org/2581>.

Dès l'origine, le Gisti a créé une permanence pour conseiller les étrangers et les guider le cas échéant pour tenter des actions en justice²⁷. Son exemple a été suivi et de nombreuses associations, aujourd'hui, dans le champ de l'immigration, tiennent des permanences juridiques souvent très actives – tandis que le Gisti, lui, a plutôt eu tendance à se désengager de ce qui avait constitué à l'origine le cœur de son activité. Si ce « recours routinier au droit » est aujourd'hui largement répandu – l'aide juridique est un service qu'offrent les syndicats, les associations de défense des consommateurs, les mouvements antiracistes, entre autres²⁸ – on ne saurait l'assimiler sans nuances à un « usage militant du droit » dès lors qu'il ne s'inscrit pas dans une démarche revendicative ou collective mais dans la seule perspective de trouver des solutions à des problèmes individuels.

La nécessité de « monter en généralité » si l'on veut que l'action contentieuse ait un débouché politique est au demeurant d'autant plus nécessaire que les victoires, même répétées, obtenues dans des contentieux individuels n'entraînent pas nécessairement une modification des pratiques que le juge a reconnues comme illégales : d'où l'impression qu'ont parfois les militants d'une guérilla sans fin où l'on gagne des batailles mais jamais la guerre. Au regard de la masse des illégalités commises, il est au demeurant impossible de prendre la défense de toutes les personnes dont les droits sont bafoués.

Pour défendre la cause des étrangers, le Gisti a dès le départ privilégié la voie consistant à attaquer des mesures réglementaires – décrets, circulaires, arrêtés ministériels... – devant le Conseil d'État. Celui-ci, entre 1975 et 2013, a rendu une centaine de décisions à la requête de l'association, agissant seule mais aussi, de plus en plus souvent, conjointement avec d'autres partenaires associatifs ou syndicaux²⁹. L'association intervient aussi, mais de façon moins systématique, à l'appui de requêtes individuelles devant les tribunaux administratifs ou judiciaires lorsqu'elles soulèvent des questions de principe. Il reste que la saisine du Conseil d'État représente non seulement la partie la plus visible et la plus importante quantitativement de l'activité contentieuse de l'association, mais aussi celle dont l'impact est le plus directement politique, puisqu'elle vise à obtenir l'annulation des décrets et circulaires par lesquels le pouvoir met en œuvre sa politique d'immigration³⁰.

D'autres associations ont fait un choix différent. Ainsi, pour obtenir la condamnation des pratiques les plus critiquables d'une politique pénitentiaire tout entière axée sur le renforcement de la sécurité – fouilles, rotations de sécurité, placement à l'isolement... –, l'OIP s'est plutôt appuyé au départ sur des cas individuels en accompagnant les actions entamées par les prisonniers. Mais depuis quelques années une évolution est perceptible car l'association a multiplié les recours dirigés contre des décrets ou des circulaires ou encore contre des instruc-

²⁷ Rappelons, comme on l'a mentionné plus haut, que la Ligue des droits de l'homme a mis en place dès sa création, en 1898, un service juridique pour défendre les individus victimes d'une injustice.

²⁸ Voir Eric Agrikoliansky, « Usages choisis du droit... », *op. cit.*

²⁹ Les partenaires habituels du Gisti ont été, au début, les syndicats. Par la suite, les requêtes collectives – qui représentent sur la totalité de la période un peu plus d'un tiers de l'ensemble, sachant que leur proportion a nettement augmenté au cours des dernières années – ont été déposées avec des associations généralistes comme la LDH (une vingtaine de recours) ou le MRAP, avec des associations œuvrant dans le champ de l'immigration et du droit d'asile comme la FASTI, la Cimade, France terre d'asile, Forum réfugiés et, plus récemment, Amnesty, avec des associations spécialisées dans le champ de la santé comme Médecins du monde ou Aides, ou encore avec le Syndicat des avocats de France ou le Syndicat de la magistrature.

³⁰ On trouvera une présentation de la diversité des modes d'intervention du Gisti devant la justice, des succès obtenus et des obstacles rencontrés dans l'ouvrage *Défendre la cause des étrangers en justice*, (coll.), Gisti-Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009.

tions propres à chaque établissement³¹.

En sens inverse, les associations qui œuvrent dans le champ de l'immigration sont amenées de plus en plus souvent à constituer des dossiers à partir des cas individuels soumis préalablement aux juridictions nationales si elles veulent faire remonter une question jusqu'à Strasbourg : la Cour européenne des droits de l'Homme n'accepte en effet d'être saisie que par les « victimes » directes d'une violation des droits garantis par la Convention, les ONG pouvant seulement intervenir par la voie d'une « intervention volontaire » ou *amicus curiae* – une voie qu'elles utilisent du reste de plus en plus fréquemment. Or la saisine de la Cour représente aujourd'hui une ressource importante pour les défenseurs des droits de l'Homme, en particulier pour ceux qui défendent les droits des étrangers, les droits des homosexuels ou, plus nettement encore peut-être, les droits des détenus. Obtenir la condamnation d'une réglementation ou de pratiques récurrentes par la Cour permet, dans le meilleur des cas, d'obtenir l'abrogation de cette réglementation ou bien de faire reconnaître, à défaut de les faire cesser, l'illégitimité des pratiques que l'on dénonce. Elle permet ainsi de donner à la cause que l'on défend un surcroît de crédibilité dans le rapport de force engagé avec le pouvoir.

L'arme du droit pénal peut elle aussi être utilisée. Elle l'est, en routine, par les associations antiracistes pour faire condamner des agissements discriminatoires ou des propos racistes. Mais il arrive qu'elle s'inscrive dans une démarche directement politique. C'est le cas lorsqu'on dépose plainte contre des représentants de l'État - hommes politiques ou hauts fonctionnaires. On peut citer à titre d'exemple la plainte pour discrimination raciale et attentat à la liberté individuelle déposée en septembre 2010 par la LDH et le Gisti contre Brice Hortefeux, alors ministre de l'intérieur, en tant qu'auteur d'une circulaire prise pendant l'été ordonnant l'évacuation des campements illicites et qui pointait à plusieurs reprises de façon spécifiques les « campements des Roms »³².

Le contentieux est politique

La stratégie judiciaire devient donc un mode d'action parmi d'autres, qui s'inscrit dans une démarche politique en ce sens qu'elle n'est pas dissociée du registre de la revendication et de la dénonciation. Selon les cas, les mouvements militants choisiront de mettre directement en cause les autorités politiques pour critiquer des pratiques ou revendiquer des réformes ; ou bien ils tenteront de mobiliser l'opinion, le plus souvent par l'intermédiaire des médias ; enfin, si l'objet de leur contestation s'y prête, ils s'adresseront aux tribunaux. Tout est question d'opportunité. Ces différentes méthodes, au demeurant, ne sont pas exclusives l'une de l'autre et peuvent se recouper.

En effet, la mise en cause devant les tribunaux peut s'analyser indirectement comme une mise en cause politique : faire constater par un juge l'illégalité de pratiques administratives ou d'actes de l'exécutif ou encore, désormais, par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité, l'inconstitutionnalité d'une loi, c'est une façon de démontrer le bien fondé des critiques adressées à la politique gouvernementale. La victoire obtenue devant le juge peut être exploitée politiquement et renforcer la cause que l'on défend. À titre d'exemple, le premier

³¹ Pour une analyse des différents aspects de l'action contentieuse de l'OIP, on se reportera à l'ensemble des contributions très riches réunies dans les Actes du colloque organisé en 2013 : *Défendre en justice la cause des personnes détenues*, La Documentation Française, 2014.

³² L'action, comme il était prévisible, n'a pas débouché. S'agissant d'une plainte visant un ministre en exercice, elle relevait de la Cour de justice de la République que seul le procureur général près la Cour de cassation, sur avis conforme de la Commission des requêtes, avait le pouvoir de saisir.

des « grands arrêts Gisti », rendu en 1978, a représenté à l'évidence une grande victoire, à un double titre : parce qu'il reconnaissait l'existence d'un droit fondamental, le droit pour les étrangers comme pour les nationaux de mener une vie familiale normale, et parce que, dans le contexte de l'époque, il sonnait comme un clair désaveu de la politique gouvernementale en annulant le décret qui restreignait le regroupement familial.

Dans le contexte américain, on a pointé des cas où l'action en justice – ou la menace d'aller en justice – était utilisée comme un moyen de pression sur les élus pour faire avancer des revendications qui, parce qu'elles concernent des catégories stigmatisées comme les étrangers, les homosexuels ou les usagers de drogue, ne disposent pas d'un soutien populaire suffisant³³. Pour que l'hypothèse se réalise, il faut des juges suffisamment sûrs de leur légitimité pour tenir tête au pouvoir législatif et exécutif et aller à l'encontre de l'opinion dominante. Nos juges sont rarement aussi courageux, et quand ils le sont il est encore plus rare qu'ils ne soient pas désavoués en appel ou en cassation. La Cour européenne des droits de l'homme pourrait correspondre à ce portrait ; mais si on a rappelé plus haut l'exploitation qui peut être faite en aval des condamnations qu'elle prononce, la procédure est si longue et si complexe que la simple menace de la saisir peut difficilement faire impression sur la classe politique.

Un recours peut aussi être intenté pour des raisons de visibilité politique, pour alerter l'opinion, alors même qu'on a conscience que l'espoir de le gagner est faible. Ainsi, les poursuites pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité intentées à l'initiative d'ONG comme Amnesty ou la FIDH, bien qu'elles aient peu de chances d'aboutir, donnent un poids accru à la dénonciation des violations massives des droits de l'homme imputables à des hommes d'État ou d'anciens hommes d'État que leur puissance ou leurs appuis font bénéficier de l'impunité. On peut aussi mentionner la plainte contre X pour non-assistance à personne en danger déposée en avril 2012 par un collectif d'ONG françaises, européennes et internationales visant en fait l'armée française, accusée d'avoir délibérément omis de porter secours à des migrants à la dérive qui cherchaient à fuir la Libye pendant l'opération militaire menée en mars et avril 2011 sous l'égide de l'OTAN, cette omission ayant entraîné la mort de 63 personnes³⁴. Dans ces exemples, comme dans celui mentionné plus haut de la plainte pour discrimination raciale visant un ministre en exercice, le choix de l'arme du droit pénal permet de solenniser la dénonciation des comportements que l'on désigne comme criminels et non comme simplement illégaux.

Dans les différentes hypothèses que l'on vient d'évoquer, où la visibilité et la vigueur de la dénonciation importent plus que le succès ultérieur – et hypothétique – de l'action en justice, les associations doivent se préoccuper d'assurer un impact médiatique suffisant à l'action contentieuse engagée. D'une façon générale, le relais des médias apparaît aujourd'hui non seulement comme un atout mais comme un appui quasiment indispensable si l'on veut faire prendre conscience à « l'opinion » du caractère intolérable – et le cas échéant illégal – des situations qu'on dénonce. Si on réussit à leur assurer cette médiatisation, les actions en justice sont donc aussi une façon d'alerter le grand public.

³³ Voir « Un civisme radical », entretien avec Anthony Romero, directeur exécutif d'ACLU (*American Civil Liberties Union*), *Vacarme* n° 34, hiver 2006, p. 33 : la menace d'aller en justice pour faire respecter leurs droits apparaîtrait alors « comme un gros bâton qu'on maintient au-dessus de la tête des élus, qui souvent ont trop peur de prendre l'initiative pour faire respecter des droits constitutionnels contre l'opinion »

³⁴ Au début de l'année 2016, cette affaire dite du « left-to-die boat » était toujours pendante devant la justice pénale française. On trouvera le résumé de l'affaire et le texte de la plainte sur le site du Gisti : <http://www.gisti.org/spip.php?article2710>.

Le référé engagé – et gagné - par l'OIP en décembre 2012, devant le tribunal administratif de Marseille et en appel devant le Conseil d'État, qui a permis de faire constater par le juge que les conditions de détention régnant à la prison des Baumettes étaient attentatoires à la dignité des détenus et constituaient une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui prohibe les traitements inhumains et dégradants, fournit l'exemple d'une médiatisation réussie³⁵. La même méthode a été utilisée en 2015 par deux grandes ONG, le Secours catholique et Médecins du monde : elles ont obtenu, par la voie d'un référé-liberté déposé devant le tribunal administratif de Lille et confirmé par le Conseil d'État, qu'il soit enjoint à l'administration de prendre d'urgence les mesures propres à faire cesser les violations graves des droits fondamentaux des migrants dans les « jungles » de Calais. Là encore, cette action en justice et son succès relatif ont suscité l'intérêt de journalistes qui ont multiplié les enquêtes sur place. Mais les cas de ce type sont rares et, outre que les victoires ainsi obtenues devant le juge sont en réalité limitées et éphémères, l'indignation est elle aussi de courte durée.

Pièges et limites de l'action contentieuse

Dans certaines configurations, le choix de la voie contentieuse apparaît comme un choix par défaut : parce que la voie du combat politique est barrée, faute de combattants en nombre suffisant et suffisamment convaincus pour le mener, ou parce qu'on a conscience qu'il est voué à l'échec en raison de la disproportion des forces en présence. Le recours au juge devient ici le substitut de l'action politique.

Or l'action contentieuse perd de sa force lorsqu'elle est déconnectée du combat politique. Le gouvernement et l'administration ont en effet souvent à gagner du passage de la contestation politique à la contestation juridique, du déplacement de la contestation du champ politique au champ juridictionnel. D'abord, ce déplacement a pour effet de désamorcer la contestation visible et de la canaliser vers des lieux moins directement offerts aux feux des médias. La saisine du juge va par ailleurs dans le sens de ce que souhaite *a priori* le pouvoir : « jouer la montre », même si le recours de plus en plus fréquent, depuis 2000, à la procédure du référé, d'une part, le raccourcissement sensible des délais de jugement devant le Conseil d'État, d'autre part, ont sensiblement changé la donne à cet égard³⁶. Sous cette réserve, le temps du procès, sorte de moratoire forcé, est toujours du temps gagné. Si le juge refuse de condamner les autorités publiques mises en cause, c'est la preuve que les contestataires avaient tort. Même s'il y a condamnation, il n'est pas certain que la position du pouvoir en soit affaiblie car, dans l'intervalle, l'opinion aura oublié l'affaire et la décision qui l'aurait peut-être enflammée quelques mois ou, *a fortiori*, quelques années auparavant sera accueillie dans l'indifférence – totale ou relative.

Ensuite, la technicité inévitable des argumentations échangées contribue à masquer les enjeux politiques de la controverse. Le formalisme juridique inhérent au traitement juridictionnel d'un problème concourt de surcroît à en donner une vision très euphémisée par rapport à

³⁵ La presse a en effet accordé une très large couverture à cette affaire, ce qui a donné l'occasion de faire connaître à l'opinion les véritables conditions de vie des détenus. Voir par exemple Franck Johannès, « Le Conseil d'État ordonne la dératification des Baumettes », 22 décembre 2012. Le journaliste y évoque une « déroute pour l'administration » et une « victoire exemplaire » pour l'OIP et les organisations qui s'étaient jointes à lui.

³⁶ On peut illustrer cette évolution, même si ces exemples sortent du champ de notre problématique, en rappelant le contraste entre l'affaire Benjamin, où le juge annule en 1933 l'interdiction d'une réunion qui aurait dû se tenir en 1930, et l'affaire Dieudonné où le juge de première instance et le juge d'appel statuent le jour même où le spectacle doit se tenir.

la réalité qui lui a donné naissance, à gommer la gravité des conséquences concrètes sur les victimes de l'acte ou de la pratique contestée. On ne peut pas, enfin, entièrement écarter l'éventualité que les défaites subies devant le juge, lorsqu'elles se répètent, soient interprétées comme des défaites politiques et qu'elles renforcent aux yeux de l'opinion la croyance en la légitimité des textes et des pratiques et dans le bien-fondé de la politique gouvernementale.

D'autant que les victoires elles-mêmes sont rarement entièrement totales³⁷. Les vraies victoires existent, mais bien plus fréquentes sont les demi victoires – qui sont donc aussi des semi-défaites – ou les petites victoires qui portent sur des questions ponctuelles ou secondaires, ou bien se soldent par des annulations partielles laissant subsister l'essentiel des dispositions contestées, ou encore sont obtenues sur des moyens de vices de forme ou de procédure qui font seulement gagner un peu de temps. Et puis il y a les fausses ou vaines victoires : celles où l'éclat de la victoire au plan des principes masque ses retombées concrètes décevantes quand le principe se décline concrètement dans les contentieux individuels – tel le principe du droit de mener une vie familiale normale, reconnu solennellement par l'arrêt Gisti de 1978, et qui n'a pas empêché par la suite le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État d'entériner les restrictions de plus en plus sévères apportées à l'exercice de ce droit ; celles qui n'entraînent pas de modifications des pratiques parce que l'administration n'en tient pas compte ; celles qui sont contrecarrées par l'intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire ; celles qui interviennent trop tardivement pour être d'une quelconque utilité...

On voit ainsi l'ambivalence de l'arme contentieuse : dans certains contextes elle apparaît comme l'arme des faibles, qui comptent sur le juge pour rétablir l'équilibre face à plus puissants qu'eux ; mais c'est une arme qui s'émousse aisément, quand elle ne se révèle pas, plus gravement encore, comme une arme à double tranchant.

*

Pour éviter les effets potentiellement pervers de la mobilisation du droit, il faut donc constamment faire retour au politique. À l'instar des fondateurs de la LDH qui ont très vite pris conscience que la défense des droits de l'homme ne pouvait s'accommoder d'une démarche purement défensive mais devait nécessairement s'appuyer aussi sur des revendications politiques, d'autres associations ont, sur des terrains plus spécifiques, fait la même expérience. Dans le champ de l'immigration, en particulier, il est certes toujours aussi nécessaire d'apporter aux étrangers, qui représentent une population vulnérable et mal armée pour se défendre, « aide et assistance », pour reprendre la formule du premier Manifeste de la LDH. Mais dès lors que la réglementation qui leur est appliquée est de moins en moins respectueuse de leurs droits fondamentaux, on est nécessairement amené, si l'on prend au sérieux la défense de ces droits, à contester non seulement la législation mais aussi la politique dont elle est l'expression et l'instrument.

On peut d'autant moins compter sur la seule action contentieuse que, dans un contexte globalement défavorable aux étrangers, le juge n'est pas en mesure, à lui seul, de contenir une évolution législative qui paraît faire consensus au sein de la classe politique comme dans de larges fractions de la population. Ce juge, au demeurant, ne vit pas dans une tour d'ivoire et semble lui aussi convaincu de la nécessité de « maîtriser les flux migratoires », même au prix

³⁷ Danièle Lochak, « Le Gisti au Conseil d'État. De la défense des étrangers à la défense de la légalité », in *Le dialogue des juges. Mélanges Genevois*, Dalloz, 2009, p. 673 et s. ; « Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz-Gisti, 2009, p. 673 et s. ; Nathalie Ferré, « Victoires volées », *ibid.*, p. 227 et s.

de restrictions aux droits des étrangers. Ce constat vaut pour d'autres champs : de la même façon que le juge a fait siennes les préoccupations des pouvoirs publics en matière d'immigration, il se laisse aisément persuader que l'exercice de leurs droits par les détenus est de nature à menacer l'impératif de sécurité devant lequel « tout droit subjectif doit céder le pas »³⁸.

Les pièges que recèle le recours au droit et à la justice pour défendre des « causes » n'invalident pas l'arme en elle-même : il faut en revanche avoir conscience de ces pièges si l'on veut l'utiliser à bon escient et qu'elle conserve son efficacité.

³⁸ Gilles Chantraine et Dan Kaminski, « La politique des droits en prison », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Séminaire Innovations Pénales, mis en ligne le 27 septembre 2007, <http://champpenal.revues.org/2581>