

DU BON USAGE DE LA CONFITURE

L'Etat de droit a rarement été aussi malmené.

La poussée autoritaire que nous observons depuis le début des années 2000 et, plus encore, depuis la recrudescence de crimes qualifiés de terroristes sur notre territoire depuis 2012 est l'une des plus préoccupantes depuis la Libération, tant dans l'ampleur des atteintes portées à nos libertés que dans le renforcement de la violence sociale et politique qu'elle engendre¹. Pourtant, rares sont ceux qui osent encore rappeler que les règles obtenues de haute lutte pour nous prémunir de l'arbitraire du pouvoir répressif ne sont pas des contraintes surannées mais la condition sine qua non du caractère démocratique de notre société. Et les (ir)reponsables politiques restent plus que jamais sourds et aveugles à l'interpellation du mouvement progressiste.

Une telle évolution s'inscrit certes dans l'histoire longue d'une culture politique française qui demeure profondément marquée par l'autoritarisme bonapartiste, au prisme duquel le libéralisme pénal demeure sinon une anomalie, du moins une exception². Mais elle ne pourrait prospérer aussi facilement si la protection de la loi était plus qu'un vœu pieu pour nombre de nos concitoyens, en particulier ceux qui en ont le plus besoin. Alors que le nombre de droits proclamés n'a jamais été aussi élevé, leur application effective dépasse rarement le stade de leur inscription au journal officiel. Le droit du travail, de la consommation, de l'environnement et, d'une façon générale, le droit des personnes se trouvant dans une relation asymétrique – face aux pouvoirs publics comme aux puissances privées – souffrent aujourd'hui d'une sous-application chronique qui n'est pas sans incidence sur ce que la paresse intellectuelle invite à interpréter comme une demande de sécurité.

Une telle situation ne peut qu'interroger toutes celles et ceux qui militent pour le renforcement des libertés. D'un côté, les pétitions, manifestations, réunions publiques et autres tribunes ne font que se heurter au mur d'airain d'une classe politique ayant totalement sombrée dans le délire sécuritaire. De l'autre, les appels à la sauvegarde de l'Etat de droit sonnent creux voire faux pour toutes celles et ceux qui n'en n'ont jamais connu la réalité et qui, par résignation ou ignorance, paraissent indifférents au recul de la liberté. Le temps et l'énergie investis dans la rédaction de notes et d'argumentaires ou dans la préparation de conférences de presse, cette bien belle confiture, devons-nous vraiment continuer à la donner à ceux qui se disent nos représentants ?

C'est bien davantage sur le terrain de l'application concrète de la loi qu'il nous faut (re)situer la défense de l'Etat de droit. Plutôt que d'en appeler au sommet du gouvernement pour qu'il mette en œuvre de façon plus ou moins factice les droits fondamentaux des citoyen-n-es, permettre à ces dernier-e-s de les exercer pleinement. En un mot, privilégier une approche horizontale et ascendante à une approche verticale et descendante. Après avoir évoqué le sens et les modalités d'une telle action juridique directe (1), nous esquisserons brièvement les enjeux et difficultés qu'elle soulève (2).

¹ V. entre autres, François Sureau, *Pour la liberté, répondre au terrorisme sans perdre raison*, Taillandier, Paris, 2017.

² Vincent Sizaire, *Sortir de l'imposture sécuritaire*, La Dispute, Paris, 2016.

1) De l'action juridique progressiste

Les acteurs de terrain n'ont bien évidemment attendu l'auteur de ces lignes pour mettre en œuvre une stratégie de renforcement de l'effectivité des droits fondamentaux. Pour ne citer que ces associations, le groupement d'information et de soutien aux immigrés (GISTI) et la section française de l'observatoire international des prisons (OIP) mènent depuis plusieurs décennies une action contentieuse qui vise non seulement à appuyer les recours individuels des étrangers et des détenus mais également à faire évoluer le cadre législatif et jurisprudentiel – à tel enseigne que plusieurs arrêts de principe du Conseil d'Etat portent aujourd'hui le nom de ces organisations.

Néanmoins, on ne peut qu'être frappé par l'ampleur de la marge de progression de la démarche consistant à utiliser les armes du droit comme un élément central de l'action militante. D'abord, en assumant davantage la dimension proprement politique d'une telle démarche. Dans une société démocratique, c'est la loi qui constitue la garantie de la liberté. Militer pour son effectivité ou sa mise en conformité aux textes internationaux de protection des droits de l'homme signe donc nécessairement un engagement en faveur d'une démocratie pleine et entière. Inversement, l'état de sous-application endémique qui frappe des pans entiers de notre droit nous renseigne tristement sur l'état réel de notre société et le niveau de culture démocratique des classes dirigeantes...

Ensuite et surtout, en étendant la logique de l'action juridique démocratique bien au-delà du cercle des organisations progressistes qui se donnent pour objet l'accès au droit ou qui sont principalement animées par des juristes. Car pour les autres, le rapport principal au droit se réduit de façon symptomatique à la revendication d'une modification de la législation. Depuis la lutte contre les violences faites aux femmes jusqu'à la protection de l'environnement, c'est toujours d'une nouvelle loi dont aurions besoin. Et c'est ainsi que militants du progrès et thuriféraires de la répression libre et non faussée se retrouvent paradoxalement dans la croyance en l'effet performatif de la loi, comme s'il suffisait de prohiber un comportement dans un texte juridique pour qu'il cesse subitement d'exister.

Pourtant, l'action en faveur de la modification de la loi, qui n'est bien sûr pas illégitime en soi, constitue en réalité le dernier stade de l'action juridique démocratique. Trop souvent, on ne se pose tout simplement pas la question de l'application effective des droits existants, aussi imparfaits soient-ils. Or une telle démarche est beaucoup plus subversive que l'on croit, dès lors que l'on prend conscience que l'ordre néolibéral est fondé sur la non-application systémique des droits des personnes les plus vulnérables. Si, demain, toutes les personnes concernées demandaient l'application des prérogatives qu'elles tirent du droit du travail, de la consommation ou encore de celles qu'elles ont en théorie face à l'administration sociale – et notamment de pôle emploi – il ne faudrait guère plus de quarante-huit heures à la machine pour se bloquer.

Le deuxième stade de l'action juridique démocratique consiste à utiliser des voies de droit inattendues ou oubliées pour dépasser les limites des procédures traditionnelles. Une telle stratégie d'innovation juridique a notamment été utilisée par l'OIP pour obtenir la condamnation de l'Etat par la juridiction administrative au titre des conditions de détention ou encore par l'association Sherpa, en portant plainte pour publicité trompeuse contre les sociétés multinationales dont les filiales portent

atteinte aux droits sociaux et environnementaux des populations locales. Plus largement, on peut considérer que des outils comme l'état de nécessité sont aujourd'hui sous-employés au soutien de la défense de militants dont l'action en faveur des droits fondamentaux est trop vite réduite à une supposée désobéissance civile, alors qu'ils mettent en réalité en œuvre des normes juridiquement supérieures à une loi nationale – ou plus souvent, à une application de la loi nationale – foncièrement injuste.

La neutralisation d'une telle loi constitue ainsi la troisième forme d'action juridique démocratique. Une forme qui commence aujourd'hui à s'installer durablement dans le paysage, avec notamment l'invocation devenue presque routinière de la convention européenne des droits de l'homme et, bien entendu, l'introduction en 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité. Néanmoins, il est des textes internationaux qui mériteraient sans doute d'être bien plus régulièrement invoqués. On pense en particulier aux conventions garantissant les droits économiques et sociaux et notamment à la charte sociale européenne de 1996 du conseil de l'Europe.

En principe, ce n'est que lorsque ces différents modes d'action s'avèrent insuffisants que nous devrions en arriver à la revendication d'une modification de la législation, revendication d'autant plus fondée que nous aurions fait la preuve des limites de l'ordre juridique positif. Une forme de gradation dans l'action qui suppose, au préalable, que soient identifiées et dépassées les difficultés d'une telle démarche.

2) Les voies de l'extension de l'action juridique progressiste

Le premier défi auquel sont confrontées les personnes et organisations engagées dans l'action juridique démocratique tient au niveau d'expertise juridique qu'elles mobilisent. Plus les actions sont iconoclastes, plus elles remettent en cause les intérêts de personnes et groupes influents, plus l'analyse juridique qui les sous-tend doit être rigoureuse. Intervenant dans un environnement institutionnel ne garantissant que très relativement son indépendance, le juge doit, plus qu'ailleurs, être convaincu. Or, disposant de ressources financières limitées, faisant appel à des bénévoles à la disponibilité et à la compétence aléatoires, les associations progressistes sont bien souvent confrontées à une alternative douloureuse : si elles font le choix de d'étayer le plus solidement possible leurs actions, elles n'auront qu'une force de frappe limitée ; mais si elles tentent de démultiplier les recours, c'est au prix d'une fragilisation de leur qualité et au risque subséquent d'une perte de leur crédibilité.

Le second défi de taille que devra relever un mouvement engagé dans la promotion du droit comme outil privilégié de renforcement de la démocratie tient à ce que l'on pourrait appeler le « service après-vente » des actions entreprises, en particulier en matière contentieuse. En cas de recours victorieux, il s'agit en effet d'une part de favoriser sa démultiplication, d'autre part d'éviter autant que possible le retour de bâton institutionnel, soit par une adaptation des pratiques de l'administration, soit par une modification de la loi. Si l'on veut que le Droit soit une véritable arme au soutien du mouvement démocratique, on ne peut se satisfaire de victoires ponctuelles ou isolées.

Relever ces défis suppose avant tout de renforcer nos moyens d'action. Il ne s'agit pas ici de prétendre défendre un modèle cohérent que de suggérer quelques pistes et identifier quelques pièges. La question des moyens renvoie en effet, en tout premier lieu, à celle du financement. A cet égard, le premier écueil à surmonter est l'opinion

assez répandue selon laquelle les actions juridiques progressistes pourraient reposer à titre principal sur une démarche bénévole de quelques juristes militants et notamment d'avocats acceptant de travailler *pro bono*. Une telle approche est problématique à plus d'un titre. D'abord, elle institue une division tout à fait contestable entre les activités rémunératrices et les activités désintéressées du professionnel du droit, laissant entendre que les secondes seraient accessoires. Ensuite, elle méconnaît la réalité économique d'une profession où, sur fond de difficultés générales d'exercice, les avocats qui s'investissent dans la défense des droits des plus faibles (étrangers, détenus,...) ne connaissant pas des contentieux les plus rémunérateurs, ils ne peuvent guère consacrer de temps supplémentaire à des recours purement bénévoles. Si certains gros cabinets d'avocats, essentiellement anglo-saxons, peuvent aujourd'hui développer une activité *pro bono* non négligeable, c'est qu'ils comptent par ailleurs parmi leurs clients de grandes entreprises commerciales dont les intérêts peuvent rapidement entrer en contradiction avec une démarche volontariste de promotion des droits économiques, sociaux et environnementaux des citoyen-n-es. L'enjeu est donc de trouver un mode de financement des actions juridiques démocratiques qui garantisse leur indépendance et leur désintéressement.

Mais sans attendre, il existe des ressources que nous pouvons plus largement utiliser. D'abord, l'ensemble des organisations juridiques progressistes gagneraient à se structurer en coopérative de moyens afin de partager informations, idées et retours d'expérience. D'autre part et surtout, il existe un gisement d'expertise juridique gratuite et de qualité très largement sous-utilisé : celui qu'offre aujourd'hui la recherche universitaire. Bien sûr, plusieurs chercheurs se trouvent être, parfois de longue date, de véritables compagnons de route des associations œuvrant pour le renforcement des droits fondamentaux. Mais, il s'agit, là encore, d'une activité exercée à titre bénévole et accessoire. A l'heure où le thème des « cliniques du droit » devient à la mode au sein des facultés, il est temps de nouer des partenariats plus resserrés avec les centres de recherche en tant que tels en permettant aux organisations progressistes de leur soumettre de véritables projets de recherche. Si l'on devine la réticence de certains représentants du monde académique, celle-ci devrait cependant pouvoir être aisément surmontée. Ainsi qu'en témoignent certaines expériences novatrices³, une telle relation est de nature à donner tout sens à une recherche juridique parfois réduite à un simple commentaire de l'actualité législative et jurisprudentielle. S'il en retire une expertise juridique renforcée, le monde des activistes offre en retour au monde de la recherche des idées et de la matière et à l'Université l'occasion d'afficher une ouverture à la société un peu plus ambitieuse que le parrainage d'une chaire par quelque gros industriel.

Le renforcement matériel et symbolique des capacités d'action juridique du mouvement démocratique constitue en toutes hypothèses un enjeu de première importance. Quand l'Etat de droit cessera d'être un slogan pour devenir une réalité pour un nombre croissant de citoyens, le discours de tous ceux qui militent pour son abolition aura peut être moins d'écho.

Vincent Sizaire

³ V. par exemple, les travaux de la clinique de droit « EUCLID » de l'Université Paris Nanterre, <http://euclid.u-paris10.fr/>

