



HAL
open science

Les juristes dans l'espace public

Jacques Chevallier, Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier, Danièle Lochak. Les juristes dans l'espace public. *Droit et Société: Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 2016, 93, pp. 359-374. hal-01648808

HAL Id: hal-01648808

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01648808v1>

Submitted on 13 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 JURISTES DANS L'ESPACE PUBLIC

Jacques Chevallier,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) CERSA-CNRS

Danièle Lochak,

Professeur émérite de l'Université Paris Ouest - Nanterre La Défense, CREDOF

Droit et société, n° 93/2016

Le recours, après les attentats du 13 novembre 2015, à l'état d'urgence et l'annonce d'une révision constitutionnelle visant à inscrire celui-ci, ainsi que la déchéance de nationalité, dans la Constitution ont suscité une exceptionnelle mobilisation du milieu juridique. Cette mobilisation évoque une forme singulière de participation des juristes à la vie de la Cité : celle par laquelle ils sont appelés à intervenir, en tant que tels, dans les grands débats de société, en s'efforçant d'orienter les choix collectifs et de peser sur le contenu des décisions politiques. Il s'agira ici de s'interroger sur la présence des juristes au sein de « l'espace public », au sens donné à ce terme par Jürgen Habermas¹, à savoir le lieu où les choix collectifs sont soumis à l'épreuve de la discussion, où s'engage un « débat public » allant au-delà du cercle étroit des professionnels de la politique et basé sur une confrontation élargie d'opinions.

Cette intervention dans l'espace public n'est, bien évidemment, pas le seul vecteur d'influence dont disposent les intéressés. La représentation des juristes comme simples techniciens, dont le travail consisterait seulement à mettre en œuvre, à actionner, le droit en vigueur, en s'abstenant de tout jugement de valeur sur son contenu et en faisant abstraction des convictions philosophiques ou politiques qu'il peut avoir en tant que citoyen apparaît en effet illusoire : le juriste est toujours amené à adopter un point de vue sur les règles qu'il étudie ou qu'il est chargé d'appliquer ; par l'interprétation des énoncés juridiques auquel il se livre, il est bel et bien partie prenante au processus de production des normes juridiques. S'il a bien un impact social et politique, cet engagement sous-jacent à l'ensemble de la production académique (manuels, articles, commentaires de jurisprudence) reste cependant indissociable du travail juridique lui-même et sa visibilité reste généralement faible en dehors du champ juridique. L'engagement peut prendre des formes plus explicites et plus visibles à partir du moment où le juriste sort de son champ d'activité professionnel pour pénétrer sur le terrain des luttes sociales et politiques : qu'il réponde aux sollicitations des gouvernants pour contribuer en tant qu'expert à la fabrication du droit², qu'il soit investi de fonctions de conseil auprès des décideurs ou de responsabilités administratives, ou encore qu'il ait franchi le pas en entrant en politique³, le juriste devient alors un acteur directement impliqué dans le jeu politique ; il convient aussi de prendre en compte la figure du « juriste militant », s'engageant aux côtés d'associations et mettant la compétence professionnelle qu'il a acquise au service de « causes » (*cause lawyering*)⁴, au prix de tensions d'ordre éthique⁵.

¹ *L'espace public*, 1962, Payot, 1978.

² Relève de cette configuration le projet de « Déclaration des droits du travail » publié le 17 juin 2015 par Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen, projet prolongé par le rapport de la commission présidée par Robert Badinter sur la réforme du droit du travail (26 janvier 2016), qui servira de support à l'avant-projet de loi dévoilé le 17 février.

³ Voir Marc Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public. Contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, Thèse Paris 2, 2000 (ronéo).

⁴ Liora Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* » *Droit et Société*, n° 49, 2001, pp. 793 sq.

⁵ Jacques Chevallier, « Juriste engagée(e) ? », in Véronique Champeil-Desplats, Nathalie Ferré (dir.), *Frontières du droit, critique des droits*, LGDJ, Coll. Droit et Société, 2007, pp. 305 sq. Le problème ne se pose pas seulement pour les juristes : conscient que l'engagement des sociologues pouvait être considéré comme « un dangereux manquement à la fameuse neutralité axiologique », Pierre Bourdieu n'en estimait pas moins qu'il fallait « faire

Si elle s'inscrit dans cette perspective, l'intervention des juristes dans l'espace public, dont on prendra ici quelques exemples récents, présente des caractéristiques singulières par rapport à ces formes d'engagement. D'abord par son destinataire : il s'agit de faire pression sur les gouvernants à partir d'une position d'extériorité, en s'adressant à l'« opinion publique ». Ensuite par sa visibilité : les médias sont mobilisés pour assurer la diffusion des points de vue des intéressés. Enfin par son cadre : s'inscrivant dans un « espace public » concurrentiel, les juristes s'appuient sur les compétences qui sont les leurs pour faire valoir leur opinion. En intervenant ainsi dans le débat public, ils entendent dépasser leur statut de professionnels du droit pour se poser en « intellectuels », habilités à peser sur les choix collectifs. Une telle prétention n'est pas nouvelle : la position sociale dominante qui a été pendant longtemps celle des juristes⁶ les prédisposait tout naturellement à occuper une place essentielle dans les débats de société ; et cette hégémonie idéologique a perduré tout au long de la Troisième République, y compris encore dans l'entre-deux guerres. L'érosion de leur position sociale, consécutive à la transformation du rôle de l'État et à la promotion de nouvelles élites, s'est traduite par un recul de leur influence idéologique et du rôle qu'ils jouaient dans le processus de production des idées. La réactivation de leur présence dans l'espace public témoigne dès lors d'une importance nouvelle accordée au droit dans le fonctionnement des démocraties contemporaines.

Cette présence des juristes dans l'espace public doit être située à sa juste place : variant selon le type de débats et la nature des ressources dont disposent les intéressés (I), elle passe par des voies et revêt des formes spécifiques (II) mais son impact reste en fin de compte limité (III).

I. UNE PARTICIPATION SELECTIVE

L'accès des juristes à l'espace public repose sur un double principe de sélectivité, matériel et personnel. D'une part, il s'agit d'un accès à éclipses : tous les débats publics ne retiennent pas de la même façon l'attention et l'intérêt des juristes ; ceux-ci n'interviendront que dans certains types de débats, en fonction de paramètres qu'il convient de cerner. D'autre part, cet accès n'est pas général mais dépend de la réunion d'un ensemble de conditions : tous les juristes ne disposent pas de la même aptitude à s'exprimer ; pour être habilités à le faire, ils sont tenus de présenter certains attributs, de posséder certaines ressources. Ces deux principes de sélectivité se combinent : la qualité des intervenants variera selon la nature du débat ; épisodique, la présence des juristes dans l'espace public est ainsi à géométrie variable, ce qui limite d'autant le pouvoir intellectuel dont ils pourraient être investis.

A) *Les types de débats*

L'intervention des juristes dans les débats publics présuppose que les questions sensibles et controversées sur lesquelles portent les débats comportent des enjeux et des implications juridiques : c'est toujours en se prévalant de leur qualité de juristes que les intéressés s'estiment fondés à intervenir, en s'efforçant de peser sur le processus de décision politique. Néanmoins, les clivages internes au champ juridique se traduisent par des points de vue divergents ainsi que par l'existence de mobilisations contradictoires au sein de ce champ : les juristes importent dans les débats auxquels ils participent les lignes de partage qui les opposent.

Les prises de position des juristes dans l'espace public sont souvent liées à la remise en cause de principes juridiques que certains d'entre eux jugent fondamentaux. Cette remise en cause peut être due à une jurisprudence nouvelle. L'affaire Perruche en est une bonne illustration : l'arrêt Perruche, rendu le 17 novembre 2000 par la Cour de Cassation, admettant que l'enfant né avec un grave handicap pouvait demander réparation du préjudice résultant de ce handicap en raison des fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exercice du diagnostic prénatal, sus-

sortir les savoirs hors de la cité savante ou, plus difficile, faire intervenir les chercheurs dans l'univers politique » (*Contre-feux 2*, Raisons d'agir, 2001).

⁶ André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société. Du XIX^{ème} siècle à nos jours*, PUF, 1975.

citera les critiques virulentes d'une partie des juristes⁷ qui reprochent à la Cour d'avoir consacré le « droit de ne pas naître » ; aux « anti-perruchistes » s'opposent les « perruchistes »⁸, avant que l'intervention du législateur ne mette fin au débat. L'affaire Dieudonné en janvier 2014 sera source de controverses comparables : dénoncé par les uns comme une atteinte à la fois grave et inédite à la liberté d'expression⁹, l'ordonnance du Conseil d'État du 9 janvier 2014 sera en revanche considérée par d'autres comme s'inscrivant dans la continuité logique de la jurisprudence antérieure¹⁰.

Les projets de réforme sont un terrain propice à ces mobilisations contradictoires du milieu juridique. En matière constitutionnelle, les juristes, souvent présents dans les cercles de préparation des réformes, n'hésitent pas à prendre parallèlement parti publiquement sur les différents projets¹¹. Le référendum du 29 mai 2005 portant sur l'adoption du Traité constitutionnel européen sera l'occasion d'un engagement explicite et ouvertement contradictoire des juristes, les uns favorables, les autres hostiles au Traité : d'un côté la pétition de cinq cents « Juristes pour l'Europe » (18 avril 2005), donnant « dix raisons de voter oui » à un Traité qui rend « possible la poursuite d'une entreprise historique sans précédent », de l'autre l'« appel des 23 » par lequel un groupe d'universitaires, de juristes et de politistes, prend position pour le non au motif notamment que « les peuples des États d'Europe perdent leur souveraineté au profit d'instances technocratiques ». La question du recours à l'état d'urgence pour faire face aux troubles dans les banlieues avait été déjà posée en 2005 par un certain nombre de juristes¹². Son utilisation à nouveau en novembre 2015 a suscité des réactions d'autant plus fortes parmi eux que ce recours¹³ a été assorti d'un projet de constitutionnalisation s'étendant aussi à la déchéance de nationalité : les multiples prises de position, individuelles et collectives¹⁴, redoutant que l'exception devienne la règle et dénonçant une entorse aux principes républicains, ont été doublées de très nombreux colloques et réunions publiques, dans lesquels l'expertise juridique a été sollicitée.

Concernant les politiques publiques, les prises de position des juristes sont la règle pour les réformes pénales, discutées « en arène ouverte », sous le regard du public : la discussion du projet de loi « Sécurité et liberté » en 1980 avait déjà été marquée par une exceptionnelle mobilisation du milieu juridique¹⁵ ; et les multiples réformes qui se sont succédé à partir de 2002 ont suscité de vives controverses entre les partisans d'une ligne sécuritaire et ceux attachés à la problé-

⁷ L'article signé par Catherine Labrusse-Riou et Bertrand Mathieu (« La vie humaine comme préjudice ? », *Le Monde*, 24 novembre 2000) est présenté comme ayant reçu la signature de vingt-huit professeurs et chercheurs des facultés de droit..

⁸ Olivier Cayla, Yann Thomas soulignent que « contre la décision du juge suprême, la levée de boucliers doctrinale a été [...] d'une vigueur inédite et d'un rare acharnement » (*Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, 2002, p. 8).

⁹ Voir notamment les blogs de Roselyne Letteron, « Triste journée pour la liberté d'expression », 29 décembre 2013, et Serge Sur, « Jour de deuil pour la liberté », 10 janvier 2014.

¹⁰ Denis de Béchillon, *Le Monde*, 10 janvier 2014, Anne Levade, Fondation Jean Jaurès, 27 janvier 2014.

¹¹ A titre d'exemple, à propos de la réforme du quinquennat : Philippe Ardant, « La mauvaise solution d'un faux problème », *Le Monde*, 21-22 mai 2000 et, en sens inverse, Guy Carcassonne, Olivier Duhamel, Yves Mény, Hugues Portelli, Georges Vedel, « Enfin le quinquennat ! », *Le Monde*, 7 juin 2000. Louis Favoreu, de son côté, fait régulièrement paraître dans la presse ses analyses sur les réformes constitutionnelles.

¹² Un recours avait été déposé en vain devant le Conseil d'État (14 novembre 2005, *Rolin*), contre le décret déclarant l'état d'urgence. Le 9 décembre, 74 professeurs réclameront sans plus de succès, la fin de celui-ci.

¹³ Introduit par trois décrets du 14 novembre 2015, le dispositif a été prorogé par le Parlement, d'abord pour six mois (loi du 20 novembre 2015), puis pour trois mois.

¹⁴ « Refuser un état d'exception permanent » (*Le Monde*, 22 décembre 2015), signé par onze juristes et « Contre la constitutionnalisation de la frénésie sécuritaire », signé par plusieurs dizaines d'entre eux.

¹⁵ Alors que les prises de position individuelles se multiplient dans la presse, huit juristes connus invitent le Parlement, dans un appel publié par *Le Monde* le 21 mai 1980, à repousser le texte. Une mobilisation assez comparable du milieu juridique se produira à l'occasion de l'élaboration de la loi Perben II du 9 mars 2004 (M. Milet, *Parlements, Revue d'histoire politique*, n° 11, janv.-fév. 2009, pp. 53-66).

matique de la « défense sociale nouvelle »¹⁶. On constate encore la présence des juristes dans les débats concernant l'immigration, dès la discussion de la loi Bonnet (1980), puis à l'occasion des lois ultérieures. Ils ont été de même constamment présents dans les débats sur la bioéthique, prenant parti sur l'opportunité de légiférer¹⁷ puis sur le contenu des lois successives (1994, 2004, 2011). Les fortes réserves formulées par une bonne partie des juristes lors de l'adoption du pacte civil de solidarité (Pacs) (loi du 15 novembre 1999)¹⁸ prendront, à l'occasion de l'élaboration de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, une dimension nouvelle : cent soixante-dix professeurs et maîtres de conférences en droit invitent en mars 2013 le Sénat à faire échec au projet de loi déjà adopté par l'Assemblée¹⁹ en tant qu'il remettrait en cause des principes fondamentaux du mariage et de la filiation, suscitant en retour la réponse d'autres juristes²⁰. Si les juristes ont été plus réservés concernant l'interdiction du foulard à l'école (loi du 15 mars 2004), le débat ayant surtout mis aux prises intellectuels, sociologues et philosophes²¹, les constitutionnalistes interviendront de manière répétée dans les médias tout au long du débat concernant la dissimulation du visage dans l'espace public (loi du 11 octobre 2010), en s'efforçant de dégager à l'intention du politique une solution juridiquement acceptable²². Quant à l'appel des juristes du 29 novembre 2006 demandant l'abrogation des lois mémorielles, il se présente comme un rappel à l'ordre d'un législateur face à des lois qui violent selon eux la constitution.

C'est donc la perception d'un enjeu politique touchant aux principes fondamentaux sous-jacents à l'ordre juridique qui incitera les juristes à entrer dans l'arène du débat public. Mais cette entrée suppose la mobilisation d'une série de ressources.

B) Les ressources mobilisées

Si l'expertise juridique est fréquemment sollicitée par les gouvernants en vue d'améliorer la qualité des textes, il s'agit ici de tenter de peser sur les arbitrages politiques et de faire prévaloir certaines orientations en s'adressant à l'opinion publique ; alors même qu'ils s'expriment en tant que professionnels du droit, les juristes n'en deviennent pas moins d'authentiques acteurs politiques.

Cette entrée dans l'espace public passe par le filtre des médias : elle suppose que les intéressés, non seulement acceptent de se plier à la logique de fonctionnement du système médiatique, mais encore disposent des ressources nécessaires pour y accéder. La position dominante occupée dans le champ juridique constitue en apparence un atout essentiel : attestée par divers indicateurs et signes de reconnaissance (titres universitaires, importance des publications, fonctions de res-

¹⁶ Voir les très nombreux textes sous la plume de Mireillaurent Delmas-Marty. Pourfendeur de ces réformes, Robert Badinter intervient lui aussi souvent, moins en tant qu'homme politique et ancien Garde des Sceaux, qu'en qualité de juriste (avocat et professeur de droit).

¹⁷ Voir l'écho donné à ces controverses dans « Bioéthique », *Pouvoirs*, n° 56, 1991 et n° 59, 1991.

¹⁸ Voir Laurent Aynès, « Le véritable enjeu du Pacs », *Le Monde*, 9 octobre 1998 et aussi Nicole Catala, « Petits arrangements contre la société ». En sens contraire, Evelyne Pisier « Pacs et Parité : du même et de l'autre », *Le Monde*, 20 octobre 1998, Daniel Borrillo, Eric Fassin, Marcela Iacub, « Au-delà du PACS : pour l'égalité des sexualités », *Le Monde*, 16 février 1998. Voir, sur l'ensemble de la controverse, Daniel Borrillo, Pierre Lascombes, *Amours égales ?*, La Découverte, 2002.

¹⁹ <http://lamanifdesjuristes.free.fr/Lettreauxsenateurspar170profdsdroit.pdf>. Voir aussi Pierre Delvolvé, « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro*, 8 novembre 2012.

²⁰ Eric Millard, Pierre Brunet, Stéphanie Hennette-Vauchez, Véronique Champeil-Desplats, Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! <http://www.raison-publique.fr/article601.htm> ; Xavier Dupré de Boulois, Diane Roman, « Le mariage, Napoléon et la Constitution », *Le Figaro*, 18 novembre 2012.

²¹ Voir cependant Roger Errera, « Une loi inutile et nuisible » et Louis Favoreu, « Une loi ! Le respect de la Constitution l'exige », *Le Monde*, 6 décembre 2003.

²² Claire de Galembert, « Forcer le droit à parler contre la burqa. Une *judicial politics* à la française ? », *Revue française de science politique*, n° 4, 2014, p. 647.

ponsabilité...), l'« autorité » reconnue à certains juristes par leurs pairs²³ leur confère, à première vue, tous les titres requis pour être habilités à s'exprimer dans les médias ; de « grands juristes »²⁴ n'hésiteront pas, en se prévalant du statut qui est le leur, de l'*aura* qui les entoure, à répondre à l'appel des médias. Le capital d'autorité conquis sur le terrain juridique devient dès lors un vecteur d'influence politique et le savoir juridique un vecteur d'accès au pouvoir intellectuel.

Cependant, la conversion des ressources académiques en ressources politiques ne va pas de soi : ceux qui disposent de cette autorité doctrinale peuvent s'abstenir, au nom d'un strict respect des exigences de l'activité scientifique, de s'aventurer sur le terrain des controverses politiques²⁵ ; et si le prestige académique a longtemps prévalu, entraînant la colonisation des médias par quelques grands noms²⁶, les transformations du modèle universitaire et la diversification croissante du paysage médiatique ont entraîné, dans une large mesure, son obsolescence. Le « droit d'entrée » que les juristes sont tenus d'acquitter pour accéder aux médias s'est abaissé : l'autorité doctrinale n'apparaît plus comme une ressource suffisante, ni même indispensable ; d'autres facteurs, tels que les relations personnelles entretenues avec les organes de presse, l'engagement politique parallèle à l'engagement universitaire, voire la maîtrise de l'outil médiatique, doivent être pris en compte. Certains juristes, intronisés par les médias comme « experts » de certains domaines, ont ainsi acquis « une notoriété dont on ne sait plus trop ce qu'elle doit à la consécration médiatique et à la réputation auprès des pairs »²⁷.

L'intervention des juristes dans l'espace public passe encore, et de manière préférentielle, par la mobilisation de ressources collectives : il semble que les juristes ont davantage besoin, pour asseoir leur position dans les débats publics, de se prévaloir d'une large adhésion du milieu juridique aux points de vue qu'ils défendent ; ils s'efforcent donc, à partir d'initiatives individuelles, éventuellement appuyées par des associations représentatives des milieux professionnels concernés ou par des groupes militants, d'obtenir un nombre significatif de signatures au bas d'appels ou de pétitions. Plusieurs des débats précités ont été, on l'a vu, le théâtre de telles mobilisations collectives dans un milieu pourtant marqué par un fort individualisme.

La présence des juristes dans l'espace public n'a donc rien d'un phénomène structurel : le milieu juridique s'investit de manière variable dans les débats publics, selon la nature des enjeux ; et la configuration des mobilisations est elle-même différente selon les cas. Par ailleurs cette présence comporte d'évidents éléments de singularité.

II / UNE PRESENCE SPECIFIQUE

La question de la légitimité de la présence des juristes dans l'espace public ne peut manquer de se poser, tant au regard de leur identité professionnelle que de leur position sociale : en inter-

²³ L'autorité doctrinale suppose « la reconnaissance d'un droit à parler du droit », la lutte pour la conquête de cette autorité passant par « la gestion de ressources accumulées » (A. Bernard, Y. Poirmeur, « Doctrine civiliste et production normative », in CURAPP, *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 129).

²⁴ Laurelyne Fontaine, *Qu'est-ce qu'un "grand" juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso Editions, 2012.

²⁵ Comme le souligne Laurelyne Fontaine, nombre des « grands juristes » ignorent, voire refusent, un statut d'intellectuel qui les porterait à « s'inscrire dans l'espace social pour sortir de l'espace technique » dans lequel ils se cantonnent.

²⁶ Tels ceux de Georges Vedel ou Maurice Duverger pour le droit constitutionnel, Jean-Jacques Dupeyroux pour le droit du travail et les questions sociales, (celui-ci publiera de 1971 à 1998 plus d'une centaine d'articles dans *Le Monde*...) ou encore Jacques Robert pour les libertés publiques.

²⁷ Pour Pierre Bourdieu, la télévision agirait par « la logique du cheval de Troie, c'est-à-dire en introduisant dans les univers autonomes, des producteurs hétéronomes qui, avec l'appui des forces externes, recevront une consécration qu'ils ne peuvent pas recevoir de leurs pairs » (*Sur la télévision*, Liber, Raisons d'agir, 1996, p. 69).

venant dans les débats publics, n'enfreignent-ils pas leur éthique professionnelle²⁸ ? Et en quoi leur statut de juriste les autorise-t-il à prendre parti sur les questions de société ? Les juristes sont ainsi conduits à asseoir la légitimité de cette intervention en adoptant un registre d'argumentation et des formes d'intervention qui témoignent de la singularité de leur position dans l'espace public.

A. Le registre utilisé

Les juristes, surtout s'ils appartiennent à l'université, sont soumis aux contraintes liées au positivisme formellement dominant dans les facultés de droit : ils sont censés décrire, commenter et interpréter le droit en vigueur sans faire prévaloir leurs propres opinions philosophiques ou politiques. Lorsqu'ils s'expriment dans l'espace public, ils s'efforcent donc de mettre en avant leur compétence technique et de rester autant que possible sur le terrain de l'argumentation juridique. Tous ne réussissent pas, toutefois, en dépit de leurs professions de foi positivistes, à se débarrasser d'un jusnaturalisme latent – ou parfois assumé²⁹ –, en particulier lorsqu'ils interviennent dans des domaines fortement imprégnés du poids de la morale traditionnelle, comme les relations familiales ou la sexualité³⁰. Abandonnant la posture doctrinale comme la posture scientifique³¹, ils sont amenés à examiner la conformité de la législation en vigueur ou des projets de réforme à la lumière de certains principes jugés supérieurs ou, plus prosaïquement, à approuver ou dénoncer les orientations d'un texte en fonction de leurs préférences politiques.

Mais, conscients de devoir justifier leur légitimité à prendre parti dans les questions de société, les juristes auront tendance à « draper l'arbitraire de [leurs] opinions dans l'autorité du droit »³². Les partis pris idéologiques sont dissimulés sous une argumentation formellement juridique, l'invocation du droit naturel est camouflée par une référence savante aux « fondements anthropologiques du droit ». Parfois, c'est la virulence de la dénonciation qui indique qu'on a quitté le registre technique, que la « leçon de droit »³³ n'est là que pour masquer les préférences de celui qui s'exprime.

Ainsi, dans le débat particulièrement virulent auquel a donné lieu l'affaire Perruche³⁴, les deux camps se sont affrontés à coup de notions techniques et de théories juridiques : la causalité, le principe du préjudice, la nature du préjudice, l'effet relatif du contrat, la notion de personne. L'arrêt ne répondrait pas aux exigences du droit de la responsabilité en raison de l'absence de lien de causalité entre l'acte et le dommage et de ce que le préjudice n'est pas susceptible d'évaluation, ont fait valoir les uns³⁵. La Cour de cassation a appliqué une règle constante selon laquelle, si la violation d'un contrat porte préjudice à un tiers, ce dernier a aussi droit à réparation, a-t-on répliqué³⁶. Les détracteurs du Pacs se sont efforcés de mettre en lumière les inconvé-

²⁸ La pensée juridique ne valant que par son « indépendance », « le temps de la science ne serait pas celui de l'action » (Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 176).

²⁹ « Par vocation, écrit par exemple Alain Sériaux, le juriste dit le droit. Il n'est lié par la loi que dans la mesure où il estime qu'elle dit ce qui est juste (ou droit) » (« Être ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile », *Jurisclasseur famille*, mars 1998).

³⁰ Danièle Lochak, « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica 2006, p. 621.

³¹ Jacques Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 103.

³² Alain Supiot, « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Cahiers du droit*, sept. 2001, p. 595.

³³ *Ibid.*

³⁴ Catherine Labrusse-Riou et Bertrand Mathieu, précité ; Denis de Béchillon, Olivier Cayla et Yann Thomas, « L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire », *Le Monde*, 21 décembre 2000 ; Laurent Aynès, « Malheur et préjudice », *Le Monde*, 31 janvier 2001 ; Olivier Cayla, interview dans *Libération*, 20 janvier 2002 ; Michèle Gobert, interview dans *Le Monde*, 10 janvier 2002 et « Handicap et démocratie. De l'arrêt à la loi Perruche », *Commentaire*, printemps 2002, n° 97.

³⁵ Catherine Labrusse-Riou et Bertrand Mathieu, précité.

³⁶ Michèle Gobert, précité.

nients du système sur le plan juridique et de montrer que le pacte n'apporterait aucun avantage aux concubins³⁷, tandis que dans les débats autour du « mariage pour tous » un des arguments mis en avant a consisté à présenter le caractère hétérosexué du mariage comme un « principe fondamental reconnu par la République » dont la remise en cause supposait nécessairement une réforme de la Constitution³⁸. C'est encore le respect de la Constitution qui a été invoqué pour réclamer qu'une loi vienne régir le port du foulard dans les établissements scolaires³⁹. Quant aux juristes auditionnés par la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, ils ont pris soin de raisonner exclusivement en termes juridiques, en examinant tour à tour les fondements – la laïcité, l'égalité des sexes, l'ordre public – et les modalités possibles d'une interdiction qui pourraient la faire échapper à la censure de la Cour de Strasbourg et du Conseil constitutionnel⁴⁰. Les signataires de l'appel contre les lois mémorielles invoquaient eux aussi la Constitution, faisant grief à ces lois, entre autres, de ne pas être « normatives », d'être trop imprécises, de violer la liberté d'expression et la liberté de la recherche. Les appréciations divergentes portées sur l'ordonnance du Conseil d'État validant l'interdiction du spectacle de Dieudonné étaient de la même façon indexées sur la réponse à une question juridique : remettait-elle en cause la jurisprudence libérale traditionnelle incarnée par l'arrêt Benjamin ou s'inscrivait-elle dans la continuité de cette jurisprudence ?

Mais il n'est pas difficile de déceler, sous les arguments et la conceptualisation juridiques, l'existence d'autres enjeux. On a ainsi fait remarquer que les « anti-perruchistes », lorsqu'ils accusaient la Cour de cassation d'avoir « violé le droit », ne visaient pas ici le droit positif, par hypothèse muet sur la question, mais un « droit naturel » ou idéal, conforme à leur vœux⁴¹. Le terme « droit naturel » n'est toutefois pas prononcé : les intéressés se présentent simplement comme des « juristes soucieux de la fonction anthropologique et éthique du droit », de façon à justifier leur intervention dans le débat. Les « 170 juristes » qui demandent aux sénateurs de faire obstacle au texte ouvrant le mariage aux couples de même sexe se prévalent eux aussi de leur qualité de professeurs de droit pour dénoncer un projet qui « implique un bouleversement profond du Droit, du mariage et surtout de la parenté », autrement dit qui remet en cause des principes auxquels on ne pourrait toucher sous peine de porter atteinte aux fondements mêmes du droit. Ces fondements, les juristes sont les mieux placés pour les connaître, ce qui légitime leur réaction ; mais même si on évite là encore d'invoquer explicitement le droit naturel, il est clair que les principes prétendument menacés ne font pas partie du droit positif et qu'ils sont l'expression de préférences morales⁴². À propos du Pacs, on met en avant le risque de marginaliser l'institution du mariage, pourtant indispensable à la solidité du tissu social, d'officialiser l'instabilité du couple au détriment de l'intérêt des enfants⁴³ : ici, les notations sociologiques dispensent d'afficher trop clairement un refus plus idéologique de l'officialisation des unions homosexuelles.

Les deux appels invitant à dire « oui » ou « non » au traité constitutionnel prennent apparemment appui sur l'analyse du texte ; mais ils l'interprètent en fonction des positions respectives de leurs signataires à l'égard de l'Europe selon une ligne de partage assez claire entre « pro-européens » et « souverainistes ». Le fait même que des juristes puissent, en excipant de cette qualité, prendre des positions diamétralement opposées montre bien que le véritable enjeu

³⁷ Laurent Aynès, « Le véritable enjeu du Pacs », précité ; Nicole Catala, « Petits arrangements contre la société », *Le Monde*, 7 octobre 1998.

³⁸ Pierre Delvolvé, précité.

³⁹ Louis Favoreu, « Une loi ! Le respect de la constitution l'exige », précité.

⁴⁰ Claire de Galembert, précité.

⁴¹ Olivier Cayla, Yann Thomas, *op. cit.*, notamment p. 11-14.

⁴² Michel Troper, « Les topographes du droit. A propos de l'argumentation anti-mariage gay : que savent les professeurs de droit ? », *Grief*, n° 1, 2014, p. 64.

⁴³ Laurent Aynès, « Le véritable enjeu du Pacs », précité ; N. Catala, précité.

n'est pas juridique et que l'expertise juridique intervient comme une forme d'argument d'autorité pour donner plus de poids à des prises de position politiques.

Un autre indice de l'abandon de la posture du juriste technicien et « objectif » au profit d'un engagement plus direct dans le débat politique, parfois même dans la polémique, est la virulence des accusations portées contre les textes ou la jurisprudence : on agite le spectre de l'eugénisme et on parle de « droit à l'euthanasie prénatale » pour disqualifier l'arrêt Perruche⁴⁴, on évoque le prix que la société devra payer, si la réforme du Pacs est adoptée, en termes « de détresses individuelles » et de « violence exacerbée de sa jeunesse »⁴⁵, on reproche au « mariage pour tous » d'organiser un marché des enfants et l'esclavage moderne des femmes. Les pétitionnaires contre les lois mémorielles, prenant comme modèle les « historiens [qui] se sont légitimement *insurgés* contre de tels textes » proclament qu'il est aussi du devoir des juristes de s'élever contre cet *abus de pouvoir* du législateur » [souligné par nous]. De même, les juristes ne se contentent pas de critiquer la décision du Conseil d'État dans l'affaire Dieudonné : ils dénoncent une décision « liberticide », parlent d'un « jour de deuil pour les libertés », d'une « triste journée pour la liberté d'expression », stigmatisent la « désinvolture » du juge.

Cette diversité des registres argumentaires est indissociable des supports de communication utilisés.

B. Les formes d'intervention

La spécificité de la présence des juristes dans l'espace public ne réside pas seulement dans le registre argumentaire utilisé, mais encore dans les modes d'intervention qu'ils utilisent pour tenter de peser sur les choix collectifs.

D'abord, cette intervention prend la forme de prises de position individuelles et/ou collectives, à travers manifestes et pétitions : dans le premier cas, s'expriment ceux des juristes disposant de ressources qui leur assurent un accès personnel et privilégié aux médias ; dans l'autre, la parole est donnée aux organisations représentatives du champ juridique ou à des collectifs mobilisés pour la défense d'une cause. Ces deux formes d'expression, loin d'être exclusives l'une de l'autre, sont souvent associées et combinées, montrant que, s'ils entendent se poser en tant qu'intellectuels, les juristes se réclament aussi de leur appartenance à une communauté professionnelle dont les membres partagent un ensemble de références et peuvent se retrouver autour de valeurs communes.

Ensuite, la participation active aux débats n'exclut pas le recours à d'autres formes de mobilisation, donnant aux juristes une plus forte visibilité dans l'espace public : la manifestation précitée du 27 mai 1980, par laquelle des juristes opposés au projet de loi « Sécurité et liberté », avaient défilé en robe dans les rues de Paris⁴⁶ en est l'illustration emblématique, les intéressés entendant témoigner par là de la mobilisation du monde juridique contre le projet ; si de telles manifestations propres au milieu juridique restent exceptionnelles, en revanche des juristes n'hésiteront pas à soutenir, voire à participer en tant que tels, à des manifestations plus larges, comme celle contre le mariage pour tous.

Enfin, et surtout, les prises de position publiques des juristes sont doublées souvent d'une participation directe aux processus décisionnels, en tant qu'experts : les juristes occupent une place de choix dans toutes les commissions chargées de réfléchir à la réforme des institutions, dont ils assurent parfois la présidence⁴⁷, on les a vus aussi siéger dans les commissions mises en place

⁴⁴ Catherine Labrusse-Riou et Bertrand Mathieu, précité.

⁴⁵ Nicole Catala, précité.

⁴⁶ Jacques Chevallier, « Les juristes face au projet "Sécurité et liberté" », *Léviathan*, n° 6-7, 1981).

⁴⁷ De la commission Vedel (2 décembre 1992) à la commission Balladur (18 juillet 2007), en passant par la commission Avril de réflexion sur le statut pénal du chef de l'État (5 juillet 2002).

sur la question de la laïcité⁴⁸ ou les droits de l'homme en général⁴⁹ ou la réforme du code du travail⁵⁰ ; et leur audition par les missions ou commissions parlementaires en charge des réformes leur permet, comme on l'a vu concernant la question du port du voile intégral dans les lieux publics⁵¹, de peser fortement sur les choix politiques. Les interventions dans l'espace public font ainsi écho aux avis formulés dans le cadre d'une expertise juridique sollicitée par les gouvernants, soit pour les appuyer, soit pour en prendre le contrepied. Cela ne signifie pas pour autant que la position des juristes dans l'espace public rejoigne par là celle occupée par le Conseil d'État : si celui-ci intervient bien lui aussi dans les débats publics, à travers les rapports qu'il produit, soit de sa propre initiative, soit à la demande des gouvernants⁵², et s'il est parfois chargé de cadrer les réflexions préparatoires à un projet de loi, comme en matière de bioéthique⁵³, c'est à partir du statut qui est le sien au cœur de l'État et qui donne à ses discours une force toute particulière⁵⁴ ; même lorsqu'ils accèdent au statut d'expert, les juristes ne bénéficient pas de cette onction institutionnelle et leurs discours restent marqués du sceau de la diversité.

Les formes d'intervention des juristes dans les débats publics tendent à se démultiplier, en raison des mutations structurelles qui affectent la configuration de l'espace public. D'une part, le développement d'Internet a entraîné l'apparition de nouveaux vecteurs d'expression publique : l'essor des sites et blogs juridiques a élargi le cercle des intervenants, en abaissant le coût d'entrée dans le débat public⁵⁵ ; l'affaire Dieudonné a ainsi suscité de nombreuses prises de position de juristes, par blogs interposés, voire sous forme de *tweets*. Cette prolifération des points de vue n'est cependant pas synonyme d'indifférenciation, le moyen de communication utilisé étant source et indice de hiérarchisation. D'autre part, la frontière entre le champ juridique et l'espace public est devenue poreuse : les juristes utilisent en effet non seulement les médias mais aussi les revues juridiques pour exprimer leur point de vue et, si le registre utilisé n'est pas identique, la différence de tonalité tend à s'estomper ; par ailleurs, les revues juridiques s'efforcent elles-mêmes de prendre pied dans le débat public, par la création de blogs (*Dalloz*) ou la publication d'éditoriaux (*Actualité juridique*) conçus comme lieux de libre expression, dans lesquels les positions exprimées sont plus affirmées, parfois même radicales. Ce double mouvement d'élargissement et de décloisonnement transforme les conditions de présence des juristes dans l'espace public.

La position singulière occupée par les juristes dans l'espace public ne saurait manquer d'influer aussi bien sur le déroulement des processus politiques que sur le champ juridique lui-même.

⁴⁸ Commission Stasi sur l'application du principe de laïcité dans la République (3 juillet 2003) et commission Machelon sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics (21 octobre 2005).

⁴⁹ La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), comporte la présence de nombreux juristes désignées au titre des "personnalités qualifiées", dont l'actuelle présidente.

⁵⁰ Rapport de la commission Badinter du 26 janvier 2016.

⁵¹ Les huit juristes auditionnés le 16 janvier 2010 par la mission parlementaire mettront en évidence les obstacles s'opposant à l'adoption d'une mesure d'interdiction générale.

⁵² Le Conseil d'État se saisira ainsi de la question de la laïcité à la fois à la demande du gouvernement, en ce qui concerne le port du foulard (avis du 27 novembre 1989 ou du 23 décembre 2013) puis de manière générale dans le cadre de son rapport annuel (2004).

⁵³ L'appel adressé à la section du rapport et des études pour la préparation des premières lois bioéthiques de 1994 sera à nouveau adopté pour les lois suivantes.

⁵⁴ Pascal Mbongo, Olivier Renaudie (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Cujas, Coll. Actes et Etudes, 2010.

⁵⁵ « Sur les sites et blogs indépendants, chacun, n'importe qui, peut faire part de ses propres conceptions et perceptions du droit en dehors de tout contrôle » (Geneviève Koubi, « Blogs juridiques et libres lectures du droit », *Mélanges Julien-Laferrrière*, Bruylant, 2011, pp. 311 sq.)

III / UN IMPACT LIMITE

La présence des juristes dans l'espace public ne relève pas de l'évidence : en prenant ouvertement parti dans les débats politiques, le juriste paraît, non seulement transgresser l'éthique professionnelle qui est la sienne, mais encore s'immiscer dans un domaine qui ne relève pas de sa sphère propre de compétence ; la ligne traditionnelle de démarcation tracée entre le champ juridique et le champ politique, régis par des logiques et des principes de fonctionnement différents, tend ainsi à se brouiller, voire à s'estomper. Néanmoins, si cet engagement a bien un impact, tant sur les processus de décision politique que sur la configuration du milieu juridique, sa portée ne doit pas être surestimée.

A) *L'impact politique*

Si les juristes sont appelés à occuper une place singulière dans l'espace public, ils ne sont pas seuls en lice : l'espace public se présente comme un espace pluriel et concurrentiel, au sein duquel s'affrontent un ensemble d'acteurs, mobilisant des ressources de nature très diverse pour peser sur les choix collectifs ; les arguments avancés par les juristes, même s'ils sont relayés par ceux d'entre eux qui sont associés plus directement aux processus décisionnels, ne sont qu'un des éléments du débat, faisant écho aux points de vue d'autres intervenants.

L'impact des positions prises par les juristes sur les choix politiques dépend de deux paramètres essentiels. D'une part, le degré de juridicisation/politisation des questions en cause : dès l'instant où celles-ci présentent une forte technicité, les juristes bénéficient d'une écoute attentive de la part des gouvernants ; au contraire, la prédominance des enjeux politiques tend, même s'ils s'attachent à les traduire en termes juridiques, à les cantonner dans un rôle de simple expertise. D'autre part, le degré de consensus/dissensus dans le milieu juridique : un accord ou une large adhésion des juristes sur certains principes leur permet de faire entendre plus aisément la voix du droit ; l'opposition des points de vue réduit en revanche l'importance donnée à l'argumentation juridique dans le débat.

Les débats évoqués illustrent bien le croisement de ces paramètres. Les juristes ont été au coeur du débat suscité par l'arrêt Perruche : s'ils sont partagés sur la décision, la forte mobilisation de ceux qui y sont radicalement hostiles aura un large écho social et politique, aboutissant à la remise en cause par la législature de la solution adoptée par la Cour de cassation (loi du 4 mai 2002) ; de même la « pétition Catala », signée par 237 juristes concernant une proposition de loi relative au conjoint survivant aboutira à la loi du 3 décembre 2001. Même en cas de débat élargi, comme pour la bioéthique, les fortes implications juridiques du problème ont autorisé dès le départ⁵⁶ les juristes à peser d'un poids très lourd dans le processus décisionnel, en faisant prévaloir certains principes qu'ils aident à formuler en termes juridiques comme l'inviolabilité et la non patrimonialité du corps humain.

Les vives controverses qui agitent le milieu des juristes concernant certains projets de textes, tels ceux sur le PACS ou le mariage pour tous, contribuent en revanche à réduire l'importance donnée aux arguments juridiques qui passent au second plan derrière certains choix de société. Face au projet de Traité constitutionnel européen les pétitions opposées des juristes auront peu de poids, le débat portant, aux yeux mêmes des intéressés, sur les implications politiques de la construction européenne. Avec le débat sur la burqa, on en revient encore à une situation plus classique dans laquelle les juristes sont appelés à trouver une solution juridiquement acceptable à une question politiquement sensible⁵⁷.

⁵⁶ Voir Dominique Memmi, « Savants et maîtres à penser : la fabrication d'une morale de la procréation artificielle », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 76-77, mars 1989, p. 82 ou « Biologie, personne et droits », *Droits*, n° 13, 1991.

⁵⁷ « L'inventivité juridique » de Guy Carcassonne ayant ouvert à la Mission une « passe constitutionnelle » (Claire de Galember, précité).

Avant que de peser sur les choix politiques, la participation des juristes aux débats remplit surtout, en fin de compte, une double fonction : fournir aux acteurs sociaux et politiques une batterie d'arguments juridiques pour étayer leurs prétentions, fussent-elles opposées ; légitimer le processus de décision politique, en offrant la caution d'un examen attentif, et éventuellement contradictoire, par les spécialistes du droit⁵⁸. Cette participation n'est cependant pas dépourvue d'implications sur le champ juridique lui-même.

B) L'impact juridique

Les formes nouvelles de la présence des juristes dans l'espace public semblent attester d'une revalorisation de leur position, indissociable de la place toujours plus grande prise par le droit dans les relations sociales et politiques : les juristes sont désormais appelés à prendre une part active aux débats de société et à intervenir dans les processus de décision politiques ; au nom du savoir qui est le leur, ils prétendent exercer une sorte de « magistère moral »⁵⁹, en se posant en gardiens d'un ensemble de valeurs et en pesant sur les choix collectifs. Dans la mesure où tous ne possèdent pas des ressources suffisantes pour y accéder, la présence dans l'espace public constitue un élément de différenciation : tantôt consacrant, tantôt concurrençant l'autorité doctrinale, elle crée une hiérarchie parallèle des positions occupées dans le champ juridique ; néanmoins, le profit tiré de cette présence reste limité, l'onction médiatique ne suffisant, à elle seule, ni à assurer l'autorité doctrinale, ne à permettre d'accéder au statut d'intellectuel.

La participation des juristes aux débats publics contribue bien en revanche à infléchir la perception des rapports entre droit et politique. En n'hésitant pas à prendre position sur le terrain politique, ils montrent que le droit est indissolublement lié au politique⁶⁰ : s'il est structuré autour d'enjeux communs et spécifiques, le champ juridique ne dispose que d'une autonomie relative ; et les luttes qui se déroulent en son sein, les oppositions et les conflits qui le traversent ont bel et bien une dimension politique. Ce n'est pas le fait du hasard si les débats qui se déroulent au sein de l'espace public sont retranscrits dans le champ juridique sous la forme de controverses entre juristes⁶¹ : la forme juridique de ces controverses ne saurait, on l'a vu, faire illusion ; c'est bien de politique dont il est question et les mobilisations collectives des juristes seront dès lors un bon indicateur de cette politisation.

La présence des juristes dans l'espace public présente un ensemble de caractéristiques singulières, qui excluent toute possibilité de banalisation : si les juristes interviennent dans les débats publics, c'est d'abord en raison de leur qualité et en jouant sur leur statut de juriste ; leur participation repose ainsi sur un principe de sélection, à la fois des sujets et des intervenants, passe par des registres et de formes d'intervention qui leur sont propres et dispose d'un impact irréductible à tout autre. Cependant, cette présence atteste dans le même temps de la relativité de la ligne de démarcation traditionnellement tracée entre champ juridique et champ politique, par le jeu d'un double mouvement convergent de juridicisation des enjeux politiques et de politisation des enjeux juridiques.

⁵⁸ Comme le disent Philippe Jestaz et Christophe Jamin (*op. cit.*, p. 246), « Que les auteurs approuvent ou désapprouvent, qu'ils soient ou non suivis, quel que soit le résultat de ce passage au crible, le seul fait qu'il ait eu lieu...a pour conséquence inévitable que le droit positif dans son ensemble sort légitime de l'examen subi devant l'instance doctrinale ».

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ CURAPP, *Droit et politique*, PUF, 1993.

⁶¹ La constitutionnalisation de l'état d'urgence sera ainsi controversée (*Le Monde*, 2 février 2016).