HAL
open science

Dissimuler la violence, canaliser la contestation

Danièle Lochak

To cite this version:

Danièle Lochak. Dissimuler la violence, canaliser la contestation. Gilles Darcy; Véronique Labrot; Mathieu Doat. L'office du juge, Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006, Editions du Sénat, pp. 246-260, 2009, Les colloques du Sénat. hal-01732732

HAL Id: hal-01732732

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01732732v1

Submitted on 11 Apr 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.

Dissimuler la violence, canaliser la contestation

par Danièle Lochak
Credof – Université de Paris X-Nanterre

Colloque des 29 et 30 septembre 2006 organisé par Gilles Darcy, Véronique Labrot et Mathieu Doat
sur **« L'office du juge »,**
Les colloques du Sénat, 2007, pp. 246-260

Apaiser, c'est « amener progressivement à l'état de paix », calmer [une agitation, une crainte, des discordes] (*Trésor de la Langue Française*). Ou encore, c'est « mettre la paix, faire cesser l'émotion, la colère » (*Littré*). On apaise des querelles, des souffrances, des tensions, ou encore les esprits.

Dire que le juge est là pour apaiser revient *a priori* à énoncer une banalité. Rappelons-nous les trois fonctions du juge dégagées par François Ost : le juge pacificateur, le juge arbitre, le juge entraîneur[1]. Le juge pacificateur serait par excellence la figure du juge dans la société traditionnelle, en tant qu'incarnation du droit dont la fonction est exclusivement le maintien de la paix au sein du groupe : le juge est « homme de concorde » qui doit « amener les adversaires à composer », nous dit Georges Duby (*La justice et le juge aux temps féodaux*, cité par François Ost). Mais cette fonction ne disparaît pas dans l'État moderne : le juge est un tiers impartial qui s'interpose entre les parties, son intervention doit permettre d'apaiser le conflit en lui trouvant une solution. Apaiser et trancher vont ici de pair : en tranchant un litige, le juge met fin au « contentieux » et à la situation conflictuelle. À quoi on peut ajouter, de façon plus générale, que l'institution judiciaire a été créée pour éviter que les gens ne se fassent justice à eux-mêmes en recourant à la force : elle contribue donc, par sa fonction même, à la pacification des rapports sociaux.

Ne nous laissons pas toutefois entraîner trop loin par cette évidence. Car le contentieux n'a pas toujours une vertu apaisante, loin s'en faut. Les connotations attachées au terme même de « contentieux », notamment dans des expressions comme « il existe un contentieux » ou « alimenter un contentieux », sont là pour nous rappeler que le contentieux a plus à voir avec le conflit qu'avec la paix. Saisir le juge, c'est bien souvent refuser la voie de la pacification, de l'apaisement, choisir de déclarer la guerre – donc exacerber le conflit. C'est particulièrement vrai lorsque le recours au juge apparaît comme une remise en cause de la cohésion d'un milieu en principe solidaire et soudé : le milieu professionnel, le milieu familiale. Porter devant le juge un litige qui oppose les membres d'une corporation, c'est briser les liens habituels de solidarité, c'est remettre en cause l'adage selon lequel mieux vaut « laver son linge sale en famille », c'est donner une publicité au conflit ainsi porté sur la place publique – bref, c'est tout sauf apaiser.

On pense par exemple aux conflits intra-universitaires portés devant le juge administratif – non pas tant aux recours de plus en plus nombreux des étudiants qui entendent contester les décisions qui les concernent qu'aux recours intentés entre pairs : contestation des modalités de fonctionnement d'un jury, atteinte aux prérogatives des enseignants, allégation d'usurpation de compétences par telle ou telle autorité universitaire… On pense aussi à l'école. André Legrand, dans son récent ouvrage, *L'école dans son droit*[2], analyse bien le traumatisme que représente

---

[1] Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Public. des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983.

[2] Editions Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006.

l'irruption du juge dans les affaires de l'école : il n'y a plus de « mesures d'ordre intérieur », enseignants et proviseurs s'émeuvent que les sanctions disciplinaires puissent être annulées par un juge, la « communauté éducative » n'apprécie pas que soient portées sur la place publique des affaires qu'elle considère comme relevant de son seul ressort. Le recours au juge, la voie contentieuse sont analysés comme une contestation de l'autorité hiérarchique et comme contribuant à saper cette autorité puisque, devant le juge, les parties sont réputées être à égalité. On pense enfin aux procès intentés entre membres d'une même famille : plainte contre le père ou le mari coupable d'abus sexuels ou de viol, plainte contre les parents qui ne subviennent pas aux besoins des enfants ou même, comme la presse s'en est fait l'écho pendant l'été 2008, plainte pour vol et falsification de chéquier déposée par une mère contre sa fille de 14 ans. Dans toutes ces hypothèses, il est clair que le recours au juge n'a rien d'apaisant et sonne plutôt comme une déclaration de guerre – même si les psychologues nous expliquent que, pour les victimes, le procès a une vertu thérapeutique, qu'ils en ont besoin pour guérir de leur traumatisme et avoir une chance d'accéder à la paix intérieure.

Reconnaître la dimension potentiellement belliqueuse – et non pas apaisante – du recours au juge ne signifie pas qu'il faille récuser la démarche : il peut être sain de déclarer la guerre… symboliquement. C'est tellement vrai que notre objectif, ici, est précisément de pointer les hypothèses où l'intervention du juge – qu'elle soit délibérément provoquée ou qu'elle soit l'aboutissement inéluctable d'un litige qui ne peut se dénouer autrement – a pour effet de dissimuler la violence, physique ou symbolique, de certaines entreprises du pouvoir par un mécanisme d'euphémisation ou bien de canaliser la contestation de façon à « calmer le jeu » et faire baisser la pression par un déplacement des enjeux du champ politique au champ juridique.

Il s'agit en somme de mettre l'accent sur certains effets pervers – quand ils ne sont pas délibérément recherchés – d'un apaisement qui n'est que de surface et, plus généralement, sur l'instrumentalisation politique du recours au juge.

I. Dissimuler la violence : l'effet d'euphémisation du discours juridictionnel

Le traitement juridictionnel d'un problème concourt à en donner une vision, sinon totalement paisible, du moins très euphémisée par rapport à la réalité concrète qui lui a donné naissance.

Euphémisme : « Expression atténuée d'une notion dont l'expression directe aurait quelque chose de déplaisant », dit le *Robert*. Par euphémisation, on peut alors entendre le mécanisme par lequel le formalisme juridique et juridictionnel masque le caractère dramatique – donc déplaisant – de certaines situations. J'avais dégagé cette fonction du droit à propos de la législation antisémite de Vichy[3], mais le constat est généralisable.

J'avais souligné, en étudiant les commentaires de la législation et la jurisprudence, l'effet de déréalisation et d'euphémisation que produit la conversion de la logique antisémite en logique juridique : le fait d'appréhender les mesures antijuives à travers des concepts juridiques abstraits et de les traiter comme des problèmes de droit pur empêche d'apercevoir leurs conséquences concrètes sur le sort des individus et occulte ainsi la dimension tragique des spoliations et de l'épuration. On se pose des questions juridiques auxquelles on va donner des réponses juridiques : à qui doit revenir le contentieux des mesures de spoliation – aux tribunaux judiciaires ou

[3] « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit,* Publications du CURAPP, PUF, 1989 ; « Écrire, se taire… Réflexion sur la doctrine française », Le droit antisémite de Vichy, *Le Genre Humain*, n° 30-31, Le Seuil, 1996.

aux tribunaux administratifs ? à qui doit incomber la preuve ? la qualité de juif est-elle une question d'état des personnes ou de police administrative ? puisque la race juive se transmet par trois grands parents juifs, *quid* de celui dont l'un des parents est né de père ou de mère inconnu ? Il y a euphémisation de la réalité en ce sens que les mesures d'exclusion ne sont pas cachées, elles sont dites, mais indirectement, à travers le prisme du droit, et de telle façon qu'elles perdent leur caractère brutal, choquant, déplaisant.

Il est vrai que le constat est généralisable et qu'on le retrouve dans des situations beaucoup plus banales. Ainsi, des arrêts Époux Lemonnier ou Regnault-Desroziers, on n'a retenu ni les souffrances endurées par Mme Lemonnier, ni les dizaines de morts et de blessés victimes de l'explosion du fort de Saint-Denis, mais seulement les principes qu'ils posent en matière de responsabilité publique. Le phénomène d'euphémisation n'est donc pas nécessairement, ni même le plus souvent, le fruit d'une stratégie délibérée. Reste qu'il peut dans certaines hypothèses servir les vues du pouvoir en masquant la violence de ses entreprises et en favorisant ainsi leur acceptation par l'opinion.

La guerre, par exemple, vue du prétoire, n'est pas vraiment la guerre : il n'en parvient qu'un écho très assourdi. La guerre d'Algérie – il est vrai qu'à l'époque le mot « guerre » lui-même était officiellement tabou, mais on l'utilisait dans les conversations et dans la presse – a donné lieu à un contentieux abondant devant le juge administratif. Il n'y est jamais question de tortures ni d'exécutions sommaires, bien entendu, non pas tant parce que le juge administratif serait incompétent pour connaître de ces « voies de fait » que parce que les victimes ne sont pas en mesure de saisir un juge quel qu'il soit. En revanche on y parle de saisies de journaux, d'assignations à résidence et même d'internements administratifs. Mais toujours « un ton au-dessous ». Le juge ne s'interroge à aucun moment sur la légitimité de cette privation de liberté qu'est l'internement administratif pour faire régner l'ordre, ni sur la proportionnalité des moyens employés au regard des buts poursuivis. Il se borne à vérifier, pour la forme, que la loi sur l'état d'urgence ou la loi sur les pleins pouvoirs permet bien d'y recourir – répondant, sans surprise, par l'affirmative. Il examine également la question de la qualification – mesure de police ou sanction –, optant, toujours sans surprise, pour la mesure de police qui n'a pas à être motivée et encore moins précédée du respect des droits de la défense.

Cinquante années se sont écoulées depuis lors. Les droits et libertés sont pris plus au sérieux, tant sur le plan interne que sur le plan international, et le juge fait preuve de moins de timidité dans l'exercice de son contrôle. C'est ainsi que la guerre en Tchétchénie a pu émerger devant la Cour européenne des droits de l'homme : les trois premières affaires portées devant elle ont été jugées en février 2005, après quatre ans de procédure, suivies de plusieurs autres dans lesquelles la Cour a notamment constaté la violation de l'article 2 de la Convention (droit à la vie), de l'article 3 (interdiction de la torture), de l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté) et de l'article 13 (droit à un recours effectif). On ne peut que se réjouir de ce que les victimes réussissent à obtenir la condamnation de la Russie par une instance internationale et par là la reconnaissance de la réalité des arrestations arbitraires, des opérations armées meurtrières ou des disparitions forcées. Ces victoires judiciaires laissent malgré tout un sentiment mitigé dans la mesure où les affaires portées devant la Cour représentent une larme dans l'océan des crimes et exactions commis en Tchétchénie. De sorte que l'effet d'euphémisation, là encore, joue à plein : certes, les arrêts de la Cour sont diserts sur les faits qui lui sont soumis, mais seulement sur ceux-là. Et l'appréhension des problèmes par le biais de la violation ponctuelle de telle ou telle disposition de la Convention ne permet pas de déboucher sur une remise en cause frontale d'une politique qui engendre des violations massives des droits de l'homme.

L'effet d'euphémisation peut aussi se manifester en dehors de ces contextes marqués par des circonstances exceptionnelles. Dans le champ du droit des étrangers, le juge constitutionnel et le juge administratif sont d'autant plus enclins à avaliser des mesures législatives ou réglementaires que leurs conséquences concrètes ne sont pas aperçues – quand elles ne sont pas délibérément

occultées. Ils mettent en balance, de façon désincarnée, les atteintes portées à la vie familiale avec les impératifs de la sécurité publique ou de la maîtrise des flux migratoires. On parle de « reconduite à la frontière », de « rétention », d'« interdiction du territoire français » d'une façon purement abstraite qui masque les drames de la séparation, la peur qu'engendre le maintien dans la clandestinité, la réalité de l'enfermement. Le droit, ici encore, fait écran et permet au juge de rendre ses décisions sans se préoccuper de leur incidence sur le sort des individus, et donc sans états d'âme. C'est ainsi que le Conseil d'État peut refuser d'annuler un décret qui avalise la présence d'enfants dans les centres de rétention en prévoyant un équipement particulier pour ceux qui sont « susceptibles d'accueillir des familles ». Il lui suffit de constater que « ces dispositions … visent seulement à *organiser l'accueil* des familles des étrangers placés en rétention » et non « à *permettre aux autorités préfectorales de prendre des mesures privatives de liberté* à l'encontre de ces familles des personnes placées en rétention »[4]. Ce raisonnement strictement formaliste lui évite d'examiner la question sous un autre angle : le fait de prévoir des modalités spécifiques pour l'accueil des enfants n'est-il pas une façon de reconnaître la légitimité de l'enfermement des enfants et de lever les scrupules que pourraient avoir les préfectures à placer en rétention en vue de les renvoyer des familles entières ?

Lorsque le juge est saisi de la légalité de mesures individuelles – refus de séjour, éloignement sous ses diverses formes… – on pourrait penser qu'il est plus sensible aux aspects de la situation personnelle des justiciables qui mettent en avant la séparation d'avec leur famille ou les risques qu'ils encourent dans leur pays d'origine. C'est parfois vrai – mais parfois seulement – devant les tribunaux administratifs, devant qui, généralement, les étrangers comparaissent et les avocats plaident ; ça l'est plus rarement devant le Conseil d'État qui, là encore, évalue la légalité des mesures qu'on lui soumet sur la base d'un formalisme juridique étroit qui fait peu de cas de la réalité concrète. Concernant par exemple la violation potentielle de l'article 8 CEDH par une mesure de reconduite à la frontière, le Conseil d'État va répétant que « *compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment de la durée et des conditions du séjour de l'intéressé, et eu égard aux effets d'une telle mesure* », la reconduite à la frontière n'a pas porté au droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale une atteinte disproportionnée. L'idée que la reconduite à la frontière n'a pas de conséquences durables est évidemment fausse, puisque l'intéressé n'a aucune chance d'obtenir un visa pour revenir en France ; mais le Conseil d'État fait mine de l'ignorer, ce qui lui permet, en restant à mille lieues de la réalité, de rejeter la requête en toute bonne conscience.

*

Dans les hypothèses que l'on vient d'évoquer, le recours au juge est inévitable, sinon toujours efficace : les Juifs exclus ou spoliés, les Algériens internés, les étrangers expulsés, les Tchétchènes dont la famille a été assassinée, n'ont guère d'autre alternative, pour se défendre, que de saisir le juge. La saisine du juge apparaît donc ici comme l'arme des faibles mais aussi comme une arme aux effets ambivalents : outre qu'elle ne garantit pas aux individus d'obtenir gain de cause, l'approche contentieuse reste globalement favorable au pouvoir. D'une part, comme on l'a dit, les conséquences concrètes des politiques menées sont gommées lorsqu'elles sont appréhendées par le prisme du droit et du raisonnement juridictionnel ; d'autre part, le pouvoir n'est pas mis frontalement en cause sur le plan politique, seuls certains de ses actes sont examinés et le cas échéant censurés par le juge. Dès lors qu'il est gagnant dans ce déplacement des enjeux du champ politique au champ juridique, il peut être amené à le susciter lui-même pour canaliser ou désamorcer la contestation.

---

[4] CE, 12 juin 2006, *Gisti et autres.*

II. Canaliser ou désamorcer la contestation : le déplacement des enjeux

La contestation contentieuse n'est pas forcément incompatible avec la contestation sur le terrain politique. Les deux peuvent coexister, voire se conforter mutuellement, dans la mesure où une victoire obtenue devant le juge peut faire l'objet d'une utilisation politique et renforcer la position de la partie victorieuse. Ainsi, la saisine du Conseil constitutionnel par l'opposition s'inscrit dans une stratégie de contestation politique des lois votées par la majorité à l'initiative du gouvernement. Et si le Conseil constitutionnel est censé trancher les questions qu'on lui soumet sur la base du droit – il serait plus exact de dire : sur la base de l'interprétation qu'il en donne –, sa décision n'en sera pas moins brandie par un camp ou par l'autre comme une victoire politique. De même, les associations, dans le cadre des causes qu'elles défendent, peuvent utiliser l'arme contentieuse à l'appui d'une contestation politique : faire constater par un juge l'illégalité des actes de l'Exécutif est aussi une façon de démontrer le bien fondé des critiques qu'elles adressent à la politique gouvernementale.

Reste que, dans d'autres cas, le recours au juge apparaît soit comme une forme d'évitement de la confrontation politique, soit comme le substitut d'une action politique impossible.

Exemples d'évitement, les hypothèses où le pouvoir se défausse sur le juge du soin de trancher certaines questions politiquement sensibles ou bien espère désamorcer la contestation politique en la faisant dériver vers le terrain juridique. C'est ainsi qu'en 1983 la classe politique, réticente à l'égard de l'instauration de quotas destinés à assurer une plus grande mixité des listes de candidats aux municipales, a préféré laisser au juge constitutionnel le soin d'invalider l'amendement litigieux, voté par une majorité de parlementaires.

L'attitude adoptée face à la question du foulard islamique fournit un autre exemple de cette tactique d'évitement. Lorsque, en 1989, surgit pour la première fois « l'affaire » du foulard, c'est vers le Conseil d'État que le gouvernement se tourne pour rechercher une solution. Pendant quinze ans, entre 1989 et 2004, la gestion du problème s'opère par une délocalisation du conflit, ou plutôt son fractionnement en autant de micro-conflits locaux, de contentieux individuels que les tribunaux administratifs vont trancher sur la base des principes posés par le Conseil d'État. Principes formulés de façon suffisamment vague et élastique – le but est clairement de désamorcer le conflit par une solution de compromis – pour laisser une grande latitude aux acteurs locaux et aux juges de première instance. La méthode s'est révélée politiquement efficace, permettant de naviguer entre les deux camps en présence et d'éviter ainsi la cristallisation des oppositions. Mais elle n'a pu résister à la radicalisation des esprits : avec le vote de la loi de 2004 le politique reprend la main pour imposer le retour à une laïcité inflexible, seule à même de préserver un « modèle républicain » jugé menacé.

De façon plus ponctuelle, l'avis demandé au Conseil d'État par le gouvernement, confronté à l'affaire des sans-papiers de Saint-Bernard pendant l'été 1996, illustre lui aussi la tentation du pouvoir politique de se défausser sur le juge. Mais, contrairement à l'affaire précédente, qui posait de vraies questions de droit, celle-ci n'en posait guère, ou plus exactement les questions posées avaient été tranchées depuis longtemps et les réponses, par conséquent, étaient connues d'avance. De sorte que, ici, le recours au Conseil d'État apparaît comme une simple manœuvre pour justifier une solution médiane : régulariser une partie des étrangers concernés, mais pas tous, et faire taire ainsi la contestation qui pourrait s'exprimer d'un côté ou de l'autre. La question posée revenait en substance à demander s'il existait, pour les étrangers en situation irrégu-

lière, un « droit de voir régulariser leur séjour »[5] : question juridiquement surréaliste, puisque la régularisation n'est bien évidemment jamais de droit, en dehors des hypothèses (qui n'étaient pas celles pointées par la demande d'avis) où l'intéressé peut invoquer l'article 8 de la CEDH.

Le Conseil d'État, dans son avis rendu le 22 août, ne se gênera d'ailleurs pas pour faire observer « qu'il ne peut exister un "droit à la régularisation", expression contradictoire en elle-même. La régularisation, par définition, est accordée dans l'hypothèse où le demandeur d'un titre de séjour ne bénéficie pas d'un droit, sinon il suffirait qu'il le fasse valoir ». Mais le Conseil d'État ajoute : « Au contraire, l'autorité administrative a le pouvoir d'y procéder, sauf lorsque les textes le lui interdisent expressément, ce qu'ils ne font pas dans les cas mentionnés dans la demande d'avis. Ainsi cette autorité peut prendre à titre exceptionnel, et sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une mesure gracieuse favorable à l'intéressé, justifiée par la situation particulière dans laquelle le demandeur établirait qu'il se trouve ». Cette précision était évidemment attendue par le gouvernement et précieuse pour lui, puisqu'elle lui permettait de procéder aux régularisations inévitables sans avoir l'air de céder à la pression des étrangers et de leurs soutiens.

La voie contentieuse peut aussi être utilisée, mais cette fois par les requérants, et notamment par ces requérants d'un genre particulier qui « défendent des causes » – les droits de l'homme, les droits des étrangers, les droits des consommateurs, l'écologie… –, comme substitut d'une contestation politique impossible ou vouée à l'échec.

Les stratégies utilisées par les associations et les mouvements sociaux revêtent des formes variables : tantôt ils s'adressent directement aux autorités politiques pour réclamer l'abrogation de dispositions législatives qu'ils jugent critiquables ou la mise en place de réformes, tantôt ils peuvent tenter de mobiliser l'opinion grâce aux médias, tantôt encore, si l'objet de leur contestation s'y prête, ils s'adressent aux tribunaux. Le choix est question d'opportunité, et ces différentes méthodes ne sont du reste pas exclusives les unes des autres : la mise en cause juridique peut accompagner une mise en cause politique. L'action en justice peut aussi être une façon d'alerter l'opinion, à condition qu'on réussisse à la médiatiser : on pense aux poursuites pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité intentées à l'initiative d'ONG comme Amnesty ou la FIDH, qui donnent un poids accru à la dénonciation des actions criminelles imputables à des hommes d'État ou d'anciens hommes d'État que leur puissance ou leurs appuis font bénéficier de l'impunité.

Dans cette dernière hypothèse, à vrai dire, le recours au juge est aussi dicté par la conscience de l'impossibilité ou de l'inefficacité d'une action menée sur le terrain purement politique. Il arrive que le choix de la voie contentieuse apparaisse plus nettement encore comme un choix par défaut, lorsque la voie du combat politique est barrée, faute de combattants pour le mener, ou qu'il est voué à l'échec en raison de la disproportion des forces en présence. Dans ce cas, les contestataires peuvent finalement se trouver floués, pris en quelque sorte au piège de l'« apaisement » que provoque le déplacement de la contestation du champ politique au champ juridictionnel. Ce déplacement a pour effet de désamorcer la contestation visible, de la canaliser vers des lieux moins directement offerts aux feux des medias. Si on voit bien le bénéfice que peuvent en tirer les pouvoirs publics, on voit aussi que, du point de vue des contestataires, le

[5] La demande portait, plus exactement, sur « la question de savoir si, en vertu si, en vertu de l'ensemble des règles de droit relatives à l'entrée et au séjour en France des personnes de nationalité étrangère non ressortissantes de l'Union européenne, résidant en France mais dépourvues de titre de séjour, disposent du droit de voir régulariser leur séjour du seul fait qu'elles se trouvent dans l'une ou l'autre des situations suivantes : – être parent d'un enfant né en France après le 1er janvier 1994 ; – s'être vu refuser le statut de réfugié [par l'OFPRA] ; – être conjoint ou enfant d'un étranger résidant en France ; – avoir un proche parent (autre que le conjoint ou les parents) résidant en France ; – résider sur le territoire français depuis plusieurs années ; – être entré sous le couvert d'un visa de court séjour aujourd'hui expiré ». Aucune de ces hypothèses, bien entendu, n'implique de droit au séjour

passage de la contestation politique à la contestation juridique, qui sonnait déjà comme un aveu de faiblesse, produit des effets pervers.

Pour illustrer ce cas de figure, on peut prendre l'exemple du référé contre l'état d'urgence, en 2005. Face à une classe politique apparemment unanime, dès lors que l'opposition était manifestement peu désireuse d'engager le combat contre le gouvernement, le terrain contentieux restait le seul champ ouvert à la contestation. Un premier recours accompagné d'une demande de référé-suspension est déposé par un professeur de droit isolé contre les deux décrets du 8 novembre, le premier déclarant l'état d'urgence et le second l'aggravant. Un second référé est déposé par 74 juristes demandant à ce qu'il soit enjoint au président de la République de mettre fin à l'état d'urgence avant le délai de trois mois fixé par la loi du 8 novembre 2005 intervenue dans l'intervalle. Non seulement les deux requêtes, comme il était prévisible, sont rejetées, mais la décision du juge va fournir à l'Exécutif une porte de sortie pour se tirer d'un assez mauvais pas, dès lors que l'état d'urgence ne se justifie manifestement pas – ou plus. Le juge des référés ayant fait allusion, pour rejeter la demande, à l'éventualité de la recrudescence des violences urbaines lors des rassemblements de fêtes de fin d'année, le gouvernement, une fois celles-ci passées (sans troubles au demeurant…), mettra fin par anticipation à l'état d'urgence. En définitive, la contestation contentieuse lui aura permis de retourner la situation à son profit en réussissant ce tour de force d'apparaître comme particulièrement respectueux des libertés et en désamorçant ainsi les critiques de ceux qui dénonçaient l'utilisation abusive de cette arme.

La mobilisation contre la loi du 23 février 2005 « portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés » offre, avec un déroulement chronologique différent et avec un jeu d'acteurs plus complexe, un autre exemple de recours au juge pour contourner le blocage de la voie politique. Ici, la contestation du fameux article 4 de la loi qui demandait que les programmes scolaires reconnaissent le rôle positif de la colonisation s'est d'abord manifestée par les voies classiques : tribunes dans la presse, pétition des historiens, pétition lancée par la Ligue des droits de l'Homme rassemblant des milliers de signatures, prise de position de l'association des professeurs d'histoire, multiples débats publics dès le mois d'avril qui se poursuivent après les vacances d'été… La fronde est si forte que le ministre de l'intérieur est obligé de renoncer, en décembre, à se rendre aux Antilles. Le président de la République, le 9 décembre, annonce qu'il a confié une mission au président de l'Assemblée nationale pour « évaluer l'action du parlement dans les domaines de la mémoire et de l'histoire ». Cela ne suffit pas à calmer la contestation. Face au refus réitéré de la majorité de remettre en discussion le texte litigieux, la voie contentieuse est envisagée en janvier 2006, sur le modèle du référé contre l'état d'urgence : des enseignants réclament au gouvernement l'abrogation de la disposition litigieuse, arguant qu'elle peut être « délégalisée » puisqu'elle relève en fait du pouvoir réglementaire, et annoncent qu'ils saisiront le Conseil d'État en cas de refus. Finalement, l'idée est reprise à son compte par le président de la République, qui demande au Conseil constitutionnel de confirmer que la disposition est bien du domaine réglementaire et que l'Exécutif peut donc l'abroger – ce qui sera finalement fait. C'est donc en définitive le pouvoir qui, devançant d'éventuels recours, utilise la voie juridictionnelle et instrumentalise le juge pour désamorcer la contestation.

Dernier exemple de ce jeu complexe entre contestation politique et action contentieuse : le combat de longue haleine mené contre la cristallisation des pensions des anciens combattants et anciens fonctionnaires des colonies et territoires d'outre-mer. On est ici dans une hypothèse où, au départ, l'absence totale d'enjeu politique ne laisse d'autre alternative que la voie du contentieux. Mais après des années de combat, ponctuées par de multiples rebondissements, l'action contentieuse ne débouche que sur une demi-victoire. L'affaire s'enlise dans les méandres du contentieux : c'est sa repolitisation, en l'espèce grâce à sa médiatisation, qui va la sortir de cet enlisement et qui, à défaut de donner entièrement satisfaction aux requérants, permet de faire taire la contestation.

C'est à partir de 1959 que le gouvernement français a décidé de geler les retraites des ressor-

tissants des colonies et territoires d'outre-mer qui ont perdu la nationalité française au moment de l'indépendance. Dans les années 1980, des anciens combattants entreprennent des procédures juridiques contre la France : en 1989, le Comité des droits de l'homme constate que la cristallisation viole le principe d'égalité prévu par l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques. Victoire sans suite puisque le Conseil d'État, lui, maintient sa position selon laquelle l'article 26 ne saurait s'appliquer aux droits économiques et sociaux[6]. Il faut attendre 2001 pour que le Conseil d'État, appliquant la jurisprudence *Gaygusuz* de la Cour européenne des droits de l'homme, juge que la cristallisation viole le principe de non discrimination dans la jouissance d'un droit patrimonial[7]. Le gouvernement est donc obligé d'organiser la « décristallisation » de ces pensions, mais il le fait *a minima* : la loi de finances en 2002 substitue au critère de la nationalité celui de la parité des pouvoirs d'achat et du lieu de liquidation de la pension. Le recours formé contre les décrets d'application échoue, le Conseil d'État refusant de considérer que le nouveau dispositif constitue une discrimination fondée sur l'origine nationale[8].

Dans l'intervalle, la question a fini par émerger sur la scène politique : une première fois en 2004, lors de la commémoration du 60e anniversaire du débarquement de Provence, puis en mai 2006 après la projection au festival de Cannes du film *Indigènes*, qui évoque le sujet de ces soldats oubliés par la France. Mais il faut attendre sa sortie en salles en septembre, pour que les pouvoirs publics prennent l'engagement de revaloriser la retraite du combattant et les pensions militaires d'invalidité. La loi de finances pour 2007 prévoit qu'à partir du 1er janvier 2007 le montant des pensions sera aligné sur celui des pensions versées aux ressortissants français. En apparence, les intéressés ont gagné leur combat. En réalité, la victoire est des plus limitée : outre que seule les « prestations du sang », comme on les dénomme, sont concernées par la réforme, à l'exclusion des pensions civiles et militaires de retraite, la décristallisation n'a pas d'effet rétroactif et ne vaut que pour l'avenir. Elle n'intervient, de surcroît, que sur la demande expresse des intéressés, ce qui en rend le bénéfice illusoire pour la très grande majorité d'entre eux. Les politiques ayant parlé, il ne reste plus, à nouveau, que la voie contentieuse, mais sans guère de chances de succès, compte tenu de la position adoptée par le Conseil d'État[9]. Le gouvernement, lui, à gagné : à coût limité, il a réussi à désamorcer la contestation et à faire taire les scrupules de conscience que le film *Indigènes* avait pu provoquer dans l'opinion.

Pour terminer, il faudrait aussi évoquer la tentation pour le pouvoir de « jouer la montre » en aiguillant la contestation vers le prétoire : 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 par les contestataires, c'est la preuve que ceux-ci avaient tort et le pouvoir en sort renforcé. Même en cas de condamnation, il n'est pas certain que le pouvoir en sorte affaibli car, dans l'intervalle, l'opinion aura oublié l'affaire et la décision qui l'aurait enflammée quelques mois ou, *a fortiori*, quelques années auparavant sera accueillie dans une indifférence relative.

*

Répétons-le : l'analyse qui précède ne prétend pas exprimer *toute* la vérité sur la fonction du procès, mais seulement *une partie ou un aspect* de cette vérité. Dans ces limites, elle conduit à constater que le recours au juge remplit des fonctions complexes qui ne se laisse pas résumer dans l'alternative simple : déclaration de guerre ou chemin vers la paix, exacerbation du conflit

---

[6] CE, Avis, 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, *RFDA* 1996, p. 808, concl. Ph. Marin.

[7] CE, Ass. 30 nov. 2001, *M. de la Défense et M. de l'Économie, des finances et de l'industrie c/ Diop*. *Rec. CE ; AJDA* 2001, p.1039.

[8] CE, 18 juillet 2006, *Gisti*.

[9] La Halde, elle, a bien constaté la persistance, dans le nouveau dispositif, de discriminations fondées sur l'origine ou la nationalité (Délib. n° 2007-44 du 5 mars 2007), mais ses avis n'ont pas de portée contraignante.

ou pacification des esprits. Elle met aussi en lumière l'ambivalence de l'arme contentieuse : arme des faibles, qui comptent sur le juge pour rétablir l'équilibre face à plus puissants qu'eux, elle s'émousse aisément quand elle ne se révèle pas plus gravement encore à double tranchant.