

La fonction politique de la justice. Regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation

Martine Kaluszynski

▶ **To cite this version:**

Martine Kaluszynski. La fonction politique de la justice. Regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation. Jacques Commaille et Martine Kaluszynski. La fonction politique de la justice, La Découverte, pp.9-23, 2007, collection Recherches/Territoires du politique. halshs-00161182

HAL Id: halshs-00161182
https://shs.hal.science/halshs-00161182

Submitted on 30 Nov 2008

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.

La fonction politique de la justice : regards historiques
Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation

Martine Kaluszynski
Chargée de recherche, CNRS,
PACTE-IEP Grenoble

La justice jouerait un rôle de plus en plus important dans le traitement des questions de société et se retrouverait ainsi très fortement au cœur de la gestion des rapports sociaux et de la régulation du politique. Ce qui est ainsi généralement qualifié de *judiciarisation* désignerait principalement à la fois la multiplication des recours à l'arbitrage judiciaire par les acteurs sociaux, les sollicitations croissantes dont la justice ferait l'objet pour traiter de problèmes-clefs de la société, et le déplacement de plus en plus fréquent du traitement d'affaires de l'arène politique vers l'arène judiciaire. La réalité du phénomène fait débat. Mais nous n'aborderons pas cet aspect dans notre introduction. Nous verrons que cela est traité dans le corps de la présente publication. En référence à l'objectif que nous nous sommes fixés dans cet ouvrage de traiter plus spécifiquement de la fonction politique de la justice, la question que nous nous autoriserons à poser en préalable est celle de savoir si les types de relations qui s'établissent dans la période actuelle entre justice et politique obéissent à une constante dans le temps ou s'ils relèvent bien de ce phénomène de judiciarisation lequel suggère un accroissement dans la période contemporaine de la place du judiciaire par rapport au politique. Le recours à l'histoire s'avère nécessaire pour situer cette économie des relations entre justice et politique et prendre l'exacte mesure de ce que pourraient être les changements actuels en la matière.

De l'historicité à l'historicisation

De ce point de vue, l'apport socio historique n'est pas là pour étayer de façon anecdotique la réflexion et/ ou d'aller chercher dans l'histoire des épisodes, des moments qui serviront habilement une démonstration, qui viendraient en quelque sorte donner une légitimité à un propos ancré sur le contemporain. Il s'agit de réintroduire la multiplicité des expériences, la diversité des laboratoires historiques à disposition, pour interroger, percevoir, saisir ou esquisser les formes que revêt le dispositif étatique selon les périodes ou les aires géographiques. L'historicisation permet l' élargissement des cadres de référence pour l'analyse trop souvent cantonnée à un seul contexte précis et qui à présenter des schémas éprouvés comme solution innovante, occulte les laboratoires historiques disponibles et pertinents, pour réfléchir aujourd'hui sur le sens des projets ou processus politiques. .Il s'agit donc d'historiciser les objets ou plutôt de rompre avec l'a-historicité des objets étudiés [Nisbet,1969]. La notion de processus, particulièrement féconde dans une telle perspective socio-historique, évoque tout d'abord comme il a été dit auparavant une idée de temps, temps historique de reformulation de la question. L'histoire ne se répétant jamais, cette curiosité se confie à un raisonnement socio-

logique fait du constant va-et-vient entre contextualisation historique et raisonnement expérimental [Passeron, 1991].

L'histoire est donc moins à investir comme une méthode que comme une culture qui invite à excentrer les interrogations, à produire plus de connexions entre les différentes manières d'aborder l'objet politique [Laborier, Trom, 2003] et ainsi à mieux assumer la pluridisciplinarité du champ, et finalement à mieux décloisonner les différentes manières de travailler au sein de ce champ [Kaluszynski, Wahnich, 1998].

La judiciarisation , un phénomène historicisé ?

Le mouvement de judiciarisation n'est pas sans susciter des tensions entre le monde judiciaire, le monde politique et celui de l'Histoire. C'est pourquoi il convient d'interroger les rapports entre justice, politique et histoire, trois champs distincts munis de leurs prérogatives propres. Rechercher une linéarité paraît peu évident, pas tant pour la juridicisation [Commaille, Dumoulin, Robert, 2000], qui se caractérise par une logique de cumul, et donc progresse irrésistiblement (au moins en termes de production écrite, l'application effective du droit relevant d'une autre problématique), que pour la judiciarisation, tributaire de l'évolution de la perception et de l'usage du droit dans des cadres spatiaux-temporels définis.

L'idée n'est pas de proposer une histoire de la fonction politique de justice, mais de tenter de structurer les différentes étapes de la judiciarisation du politique dans le temps, à partir de moments forts choisis forcément arbitrairement. mais qui conduisent *a posteriori* à s'y attarder. A bien des égards, la Révolution française fut précisément une période fondatrice dans le long processus de construction du pouvoir judiciaire des sociétés modernes. A 1789 correspond une véritable explosion de justice, après une gestation pluriséculaire développée essentiellement au travers du processus de prise de conscience de la nation par elle-même, et de la lutte des Parlements contre le pouvoir royal absolutiste, du moins autoritaire. Les velléités de la noblesse, de robe en particulier, de s'ériger en un contre-pouvoir consistant à l'image de la Grande Bretagne s'étant heurtées à l'absolutisme de Louis XIV (échec de la Fronde et, à sa suite, domestication des nobles par la centralisation à Versailles puis suppression des Parlements jusqu'à Louis XVI) ne furent point exception à la règle. De manière générale, dans les suites idéologiques d'un Etat unifié (puis, ensuite, d'une République constitutionnellement *une et indivisible*), les hommes politiques, quelle que fut leur position dans l'échiquier partisan et dans le temps (révolutionnaires, bonapartistes, gaullistes), héritèrent de la prétention royale de maintenir la justice dans le giron étatique. Relativement frappée par la corruption et l'immobilisme, la III^{e} République, surnommée *« République des juristes »* [Gaudemet, 1970] structurera durablement et »investira » dans le champ judiciaire, sans l'affranchir de tous soupçons. La période vichyste témoigna d'une volonté de légitimation par la justice, mais en plaçant celle-ci sous contrôle étatique plus qu'en favorisant l'émergence d'un contre-pouvoir réel. Il y aurait beaucoup à dire sur les conceptions gaulliennes de la justice, et des assignations restrictives du pouvoir judiciaire qu'elles préconisent, d'autant que ces conceptions sont, gravées dans le marbre de notre Constitution depuis 1958. Ce simple, bref, et lapidaire regard historique tentera de le saisir : il existe entre la justice et le pouvoir politique des enjeux fondamentaux dans les façonnements par les pratiques et les idées qui ont fait advenir notre dé-

mocratie ce qu'elle est aujourd'hui. Sans prétendre à analyser où même simplement à brosser l'évolution de ces enjeux, nous tenterons ici au mieux de les caractériser dans une perspective historique en faisant observer que c'est par une judiciarisation croissante du politique que peuvent se lire les évolutions des deux champs politiques et judiciaires et que s'amorce, peut-être, une nouvelle phase dans l'histoire et le développement de nos régimes politiques, que guiderait le désir de droit, ses effets directs, mais aussi induits. Il s'agira de tenter de voir comment s'effectue la judiciarisation du politique au travers d'une évolution historique qui se caractérise par l'avènement de valeurs (1789), bientôt traduite par des normes (codification, institutionnalisation) qui permettront à leur tour une captation concrète des problèmes par le pouvoir judiciaire, depuis l'affaire Dreyfus jusqu'à celle du sang contaminé, captation qui montre l'emprise grandissante de la justice sur la vie collective et qui ne saurait s'infléchir dans les années à venir.

Le XIX^{e} siècle et la structuration du pouvoir judiciaire

Dans une perspective historique qui va du XVIII^{e} au XX^{e} siècle Jean-Pierre Royer indique que la judiciarisation peut être interprétée, d'une part, comme une demande de pouvoir de la part des juges, d'autre part, comme une demande de justice de la part du public [Royer, 1979]. Ainsi la société d'Ancien Régime se judiciarise comme conséquence d'une volonté de pouvoir de la part des Parlements qui sont des organes de justice, organes à la fois judiciaires et politiques. La judiciarisation est ici subie par le pouvoir politique qui voudrait la rejeter au nom du principe que le pouvoir est dans les mains du Roi. La Justice fonctionne bien ici comme contre-pouvoir. Parallèlement, s'observe une demande de justice de la part du public, une demande de justice plus juste, notamment dans le domaine pénal, ceci en référence à la barbarie de la justice pénale dans l'ancienne France [Lorgnier, Royer, Martinage, 1993]. Cette demande s'accompagne d'une exigence qui s'exprime dans les Cahiers de doléances, de simplification du droit et de la justice et d'une plus grande proximité de cette dernière. Dans ce contexte, les juges se font passer pour les défenseurs du peuple. Cette période historique témoigne ainsi d'une judiciarisation forte venant du justiciable et du juge [Royer, 2001]

L'avant 1789 se caractérise par une conception de la justice qui n'a d'autre ultime ressort que le roi. Aussi il ne peut-y avoir de judiciarisation du politique, en ce sens que politique et justice sont consubstantiels. Pour autant, on ne saurait parler de judiciarisation dans un contexte où le pouvoir de droit divin, sacré, adossé à la détention d'une intercession divine, rend obsolète et illusoire l'exercice d'une quelconque magistrature qui viendrait réguler le pouvoir politique, voire le concurrencer ; car c'est ce pouvoir politique qui, en dernière instance, juge. Non sans ruptures ou discontinuités. La période révolutionnaire de la Terreur, dans sa négation du droit et l'arbitraire de ses instances judiciaires, montre une forte inflexion dans le processus de judiciarisation accéléré par l'avènement d'une société nouvelle. Elle souligne en même temps toutes les contradictions présentes dans la conception révolutionnaire de la représentation, et de la difficulté d'en ériger un contrôle politique. C'est pourquoi l'avènement d'un pouvoir judiciaire n'a pu se faire d'emblée de manière univoque et consensuelle, mais au contraire au travers de conflits normatifs ayant vu apparaître une nouvelle «

intuition normative de justice » [Wahnich, 2000] notamment marquée par des transformations sémantiques, qui consacra le droit du peuple, qu'il soit d'usage prescriptif ou positif Ces hésitations dans la construction de nouvelles normes, bientôt incarnées par un contre-pouvoir que la Révolution a initié, annonçaient en fait des tensions futures dont l'enjeu peut se lire dans la question d'une autonomisation de la justice vis-à-vis d'un pouvoir politique dont la régulation passe en priorité par elle. La Révolution Française inaugure une véritable inversion dans ce processus de judiciarisation. Elle établit une grande méfiance à l'égard de la justice qui s'exprime dans l'idée que tout citoyen peut être juge, qu'être juge n'est plus un métier, que c'est un devoir. Il reste que le thème de l'élection des juges va être abandonné au profit de leur nomination, ce qui signifie que le pouvoir garde la main sur la justice et qu'il introduit la notion fondamentale de hiérarchisation. Finalement, le pouvoir judiciaire n'est plus qu'un leurre et ce qu'il faut bien considérer comme un processus de déjudiciarisation va se prolonger pendant un siècle et demi.

Il convient toutefois de faire preuve d'une certaine précaution méthodologique en n'établissant pas *a posteriori* une datation précise et manifeste de l'amorce du mouvement de judiciarisation de la société et du pouvoir, ce mouvement étant un processus extrêmement long dont il est vrai que les philosophies des Lumières et l'effondrement des monarchies absolutistes modernes ont accéléré la marche. D'autres formes de judiciarisation ont précédé ou pré-construit les sources du mouvement, replaçant celui-ci dans une perspective bien plus large d'évolution civilisationnelle. « le processus de civilisation des mœurs » décrit par Norbert Elias fait sans doute un peu trop confiance à la nature humaine : il ne voit intervenir aucun agent concret de coercition ou de surveillance. Pourtant, la justice criminelle joue un tel rôle sous l'Ancien Régime. Crime, justice et société forment réellement un tout indissociable, animé de mouvements complexes d'échanges réciproques. La lente criminalisation de l'homme moderne illustre l'intensité de ces relations : après l'émergence d'une construction judiciaire théorique et la naissance d'une police des marges au XVIème, la loi opère, au cours du XVII^{e} et du XVIII^{e}siècle, une forte poussée vers la cœur de la société, mais à des vitesses très différentes selon les groupes concernés. » [Muchembled, 1994, p.128].

Le XIX^{e} siècle et les tentatives d'autonomisation du pouvoir judiciaire : le magistrat et le politique comme fondations républicaines

L'évolution globale amorcée par l'année 1789 se manifeste donc, tout au long du XIXe siècle. Le XIXe siècle voit se constituer un véritable ordre judiciaire, et apparaître la nécessité absolue de garantir l'indépendance des magistrats. Ainsi fut proclamée la règle d'inamovibilité des juges, où le parquet trouvait son visage actuel, celui d'un corps hiérarchisé, obéissant aux directives du ministre de la justice et représentant la société. Mais derrière les apparences, Napoléon a en réalité renforcé l'influence du pouvoir politique sur le juge et les magistrats, et à sa suite, les gouvernants du XIXe ont bien compris l'utilité politique de rester maîtres du recrutement et du déroulement des carrières des magistrats ; le XIXe vit donc se réaliser, en marge de l'affirmation du judiciaire comme un pouvoir essentiel et irréversible dans l'opinion, des pratiques de favoritisme et de népotisme dans lesquelles le politi-

que à façonné sa propre magistrature. En conséquence, les Révolutions de 1830 et de 1848 procédèrent à de vastes changements dans les Parquets· S'ajoute la pratique, alors répandue, du cumul des mandats judiciaires et politiques, qui contribua aussi à entraver l'autonomisation du pouvoir judiciaire en soumettant un certain nombre d'hommes de loi aux logiques partisanes et électives, les contraignant à se dessaisir d'une posture neutre et apolitique. Le XIXe siècle voit croître le rôle politique spécifique et indépendant du judiciaire, en ce sens que juger est un acte politique par lequel des juges peuvent s'affranchir en donnant au pouvoir des leçons de morale La Troisième République fut, par la suite, interrogée sur le rôle du magistrat et son rapport à la loi. Magnaud, juge de Château-Thierry, fut illustre pour s'être arrogé en tant que juge une fonction politique en transformant ses jugements en réquisitoires contre la société, en remontrances au pouvoir politique, passant notamment par une interprétation de la loi contextuelle et humanisée [Leyret, 1900 ; Gervier, 1994] On voit s'impulser une nouvelle étape dans la judiciarisation du politique mais de façon, cette fois, plus qualitative, les structures institutionnelles étant déjà en place et le corps administratif bien constitué. La justice a joué le rôle de contrepoids auquel pouvait légitimement prétendre une institution garante du droit, et ne s'est pas tant pliée aux exigences du pouvoir [Farcy, 1996 ; Farcy, 2001]. On peut voir la magistrature comme l'un des principaux artisans de la victoire de la République et de sa démocratisation au début du XXe siècle, sans pour autant occulter les tentatives de mainmise du pouvoir politique sur la justice [Association française pour l'histoire de la justice, 1994 ; Martinage,1982]. Après l'assassinat de Sadi Carnot, les lois « scélérates » visant tous les actes de propagande, des articles de presse aux conversations privées posèrent la question des crimes politiques, et en filigrane, celle d'une justice indépendante mais néanmoins contrainte de faire appliquer des mesures conjoncturelles éminemment politisées, des mesures propres à bâillonner l'ensemble de l'opposition en la privant de ses principaux moyens de diffusion.

Le tournant : l'Affaire Dreyfus et la judiciarisation qualitative du politique

Le pouvoir politique peut-il tolérer la justice ou ne peut-il accepter que sa justice ? Les hommes d'Etat peuvent-ils ne pas confondre le service de l'Etat et celui du gouvernement en place ? Toujours est-il que par deux fois sous la Troisième République, les juges de la Cour de Cassation s'opposèrent au pouvoir politique et aux tribunaux militaires en cassant le jugement du procès Zola pour vice de forme, en 1898, et en promulguant l'arrêt du 12 juillet 1906 qui réhabilitait Dreyfus [Baruch, Duclert, 2002] affirmant la primauté de la personne sur la raison d'Etat. Par cet arrêt, la Cour de Cassation érigeait le juge en une sorte de conscience morale de la République, la plaçant sous une forme de « surveillance civique ». Il y a en fait ici une véritable judiciarisation du politique, par une affirmation et une application effective du droit autour d'un procès dont l'issue aller peut être ébranler les principes mêmes du régime. Le respect de l'homme et de la liberté (que symbolise l'élargissement du pouvoir de révision par l'introduction de la notion de « fait nouveau ») fait une part nouvelle au sentiment de justice qui s'affirme progressivement dans le travail législatif, les revendications des intellectuels et la jurisprudence comme un principe intangible de la République. Par un examen scrupuleux des faits et des preuves, la Cour de Cassation conférait une supériorité nou-

velle du savoir sur l'argument de l'autorité. Les juges, écartelés entre le pouvoir d'Etat et la défense des droits des individus, ont rendu une décision qui est non seulement fonction de la règle de droit mais tributaire de l'image que les magistrats ont de la place de leur institution dans le corps social.

Il y a ici une nouvelle utilisation du droit, de la justice, en particulier de la justice pénale. Le prétoire est utilisé comme un nouveau forum politique. La justice se transforme en une ressource politique à la disposition de tous. Le recours plus fréquent au tribunal doit donc être interprété comme la quête d'un nouvel espace public, plus proche et plus lointain. Le droit peut être utilisé comme ressource suivant différents niveaux de mobilisation. Ces formes de juridicisation déterminent effectivement un recours croissant à la justice par des "entrepreneurs de causes", c'est-à-dire une judiciarisation découlant de l'inscription dans l'arène judiciaire de leurs intérêts par des acteurs sociaux. Les nouvelles formes de mobilisation sociale mettent en cause certaines modalités d'action du politique, certaines formes d'usage de la règle mais pas du tout, pas forcément la légitimité même de l'intervention publique. … Cette transformation d'ensemble a favorisé le foisonnement des engagements politiques (l'engagement des personnes découle moins de l'appartenance sociale que d'une décision individuelle, raisonnée, conditionnelle et temporaire) et la démultiplication de l'espace public. Le recours accru au droit n'est pas forcément un affront fait à la politique mais peut-être au contraire l'affirmation de nouvelles modalités d'actions, et une volonté d'instaurer des contre-pouvoirs là où il n'y en avait guère. Il est par ailleurs intéressant d'observer, qu'il s'agisse des tribunaux militaires pendant la guerre de 14, du procès Caillaux ou de celui, plus tard, intenté par Vichy aux dignitaires de la République, que le pouvoir politique ne parvint jamais à « mettre à sa botte » le pouvoir judiciaire [Association française pour l'histoire de la justice**,** 2001]. C'est l'existence de freins à l'utilisation de la justice par le pouvoir politique qui, lorsqu'ils ne surgissent pas du corps juridique lui-même, viennent parfois du Parlement, voire des régimes eux-mêmes [Peschanski, 1993]. La période vichyste fut marquée par une volonté de respecter les formes de droit, sauf à la fin du régime, avec l'apparition des Cours martiales, « La facilité avec laquelle la règle de droit, et les magistrats, se soumirent à l'autoritarisme n'est pas la leçon la moins inquiétante de Vichy. » Baruch, 1996]. Car les juges n'usent pas toujours de l'indépendance comme ils l'ont montré avec l'Affaire Dreyfus. La justice, comme l'administration, surtout dans ses instances supérieures, intériorise les contraintes de corps comme celles qui naissent de la représentation qu'elle se fait du rôle de l'Etat et des rapports de forces internes à la société. Une partie de cet arsenal répressif et du capital historico-législatif régissant les relations [Noiriel, 1999] se maintiendra à la sortie de la guerre et sera conservée par La République [Pettit, 1997 ; Van Gelderen, Skinner, 2002].

L'attentisme des juges durant la guerre d'Algérie, l'absence de procès pour faits de torture [Vidal-Naquet, 1983 ; Thénault, Branche,2002] renvoient à l'idée selon laquelle de tels procès auraient fait le jeu de l'adversaire nationaliste et auraient nui à la mission de maintien de l'ordre des autorités. Le droit, la justice ont été des instruments de la stratégie coloniale [Durand, Poirier, Royer, 2001]. Le mouvement de judiciarisation du politique comporte aussi ses variables, sans toutefois rompre avec la dynamique de droit qui s'affirme aujourd'hui avec une acuité toue particulière. Pour ces périodes, la judiciarisation de l'histoire apporta beaucoup à la réflexion sur la justice, l'histoire, le métier de juge et d'historien [Dumoulin, 2003] ,

et amènera habilement sur la scène publique une notion qui déterminera profondément l'ensemble de ces rapports et deviendra un bien commun, enjeu public et affectif, : la mémoire [Wieviorka, 1989 ; 1996 ; 1998].

Si l'on en vient au XX^{e} siècle, on peut parler d'une nouvelle césure : pas celle de 1958, plutôt celle des années 70 où se conjuguent une nouvelle demande de pouvoir des juges, l'émergence d'une nouvelle autorité judiciaire qui ne correspond pas à son statut constitutionnel. On peut voir l'origine de cette rejudiciarisation, par exemple, dans l'existence de l'Ecole Nationale de la Magistrature qui favorise la formation d'un esprit de corps chez les magistrats .et de différentes formes de mobilisation du droit et de la justice [Israël, 2003]. De nouveau, la dynamique propre de la Justice se conjugue avec l'accroissement d'une demande de justice de la part des citoyens, et ceci dans un contexte d'internationalisation de la judiciarisation du politique (dont l'Italie constitue une illustration exemplaire [Briquet, 1998, 1999 ; Vauchez, 2004]. Nous sommes dans un contexte où les juges affrontent le politique et où le public applaudit. Mais la question qui se pose finalement est de savoir si les événements politiques récents, et notamment les réformes en cours de la Justice, n'annoncent pas une nouvelle inversion dans le processus de judiciarisation, une inversion où les vedettes d'hier [les juges face aux politiques] risquent de redevenir les réprouvés d'aujourd'hui et la Justice risque de retrouver sa traditionnelle position ancillaire par rapport au pouvoir politique.

Dans toute cette évolution, il reste des points de repère institutionnels qui marque le lien inscrit entre justice et politique ainsi du Conseil d'Etat où certains de ses membres ont été conduits à jouer un rôle crucial de formulation des normes dans plusieurs affaires. Si ces interactions entre les champs politique et juridique sont à penser en rapport au processus contemporain de juridicisation du social et du politique, elles donnent aussi à voir les enjeux résolument politiques inscrits dans le champ juridique. Le Conseil d'Etat revendique en effet de manière récurrente sa reconnaissance comme acteur du jeu politique. Les travaux menés sur la question[Vanneuville, 2000] suggèrent en effet que l'idée de démocratie par le contentieux est déjà présente dans les réflexions de certains membres du Conseil d'Etat au début du XIXe siècle (c'est-à-dire au moment de la mise sur pied de la démocratie républicaine), de même que l'est également la volonté d'accentuer l'activité située en amont des décisions politiques. Deux orientations qui mettent aussi en question le fonctionnement même des instances représentatives. Par son rôle dans l'élaboration du droit administratif autant que par ses fonctions juridictionnelles et consultatives, le Conseil d'Etat joue un rôle important dans l'encadrement et l'orientation de l'action publique[Massot, Girardot, 1999, Latour, 2002. Voir également la contribution de Claire de Galembert dans le présent ouvrage]. La conception de l'Etat qu'il véhicule ou encore sa marge de manœuvre politique sont des éléments qui semblent surtout aller dans le sens d'une réévaluation de son rôle au sein des institutions françaises. Rôle qui s'est fragilisé, l'institution étant soumise à la concurrence de nouveaux acteurs (Conseil Constitutionnel, autorités administratives indépendantes, juges européens) pendant que le droit administratif, lui, est accusé de constituer un frein à la modernisation de l'Etat, d'être un instrument de mise en tutelle de la société par l'Etat [Chevallier, 1993]. Ces critiques nourrissent une stratégie passant par une audace plus grande du Conseil dans le domaine contentieux et par un développement de son influence en amont du processus de production du droit, notamment par une extension de sa fonction consultative (études prospectives sur des sujets de

société porteurs tels que la bioéthique, l'internet). Cette marge de manœuvre peut alors lui donner un poids politique accru et alimenter le processus contemporain de juridicisation du politique : agissant comme un intellectuel organique, le juge serait à même de formuler des normes de conduite à la place des élites politiques. « Ce rôle de sage assumé par les instances judiciaires est une dimension constante de l'action de ces institutions, mais il devient particulièrement saillant dans des situations de forte incertitude et de crise des valeurs » [Jobert, 2000, p.128]

Vers une République judiciaire.

Le droit est devenu, au fil des années, une ressource dont les acteurs politiques ne peuvent plus se passer et une arme privilégiée dans le combat politique : il renforce la légitimité des arguments échangés. On voit ici une évolution notable dans les tensions entre pouvoir politique et pouvoir judiciaire, où le second n'est plus dans le giron du premier et où, du fait de l'accomplissement et de la stabilité de la république en tant que régime politique, la justice n'est plus contrainte par un pouvoir recherchant à asseoir la légitimité du régime à être instrumentalisée à des fins institutionnelles. Les acteurs politiques contribuent à ancrer la croyance dans la force du droit et donnent à voir une vie politique entièrement régie par le droit. La politique peut dès lors apparaître comme étant saisie par le droit.

.Le processus de judiciarisation remet partiellement en cause la légitimité des élus, au nom d'une conception plus exigeante de la démocratie, qui ne saurait plus se réduire aux seuls processus électifs, mais respecter le pluralisme, garantir une participation directe des citoyens comme les droits et les libertés. Il faut en effet que les citoyens « *puissent se concevoir à tout moment comme les acteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires* » [Chevallier, 2003, p.137-138], ce qui passe nécessairement par des processus de discussion et de délibération codifiés par le droit.

Autre trait caractéristique de cette phase contemporaine de judiciarisation, le développement du désir de droit paraît consubstantiel à une longue évolution au cours de laquelle les individus ont pris une distance croissante par rapport aux structures sociales qui, de manière pluriséculaire, les avaient encadrés. Contestées et affaiblies dans le temps, les institutions (Etat, famille, partis politiques, syndicats, école) ont progressivement laissé place à une individualisation inhérente au libéralisme et, à la montée du droit de l'individu : il y aurait donc une certaine articulation entre judiciarisation et autonomisation des individus par rapport aux institutions, articulation débouchant finalement sur un renversement des priorités anciennes du droit français, les droits des individus primant désormais sur celui des institutions [Cayla, Thomas, 2002 ; Moyse, 2001 ; Pech, 2002]. Enfin, dernier point et dernier paradoxe du mouvement de judiciarisation, l'inflation de textes juridiques ne risque-t-elle pas de porter atteinte à la clarté et à la lisibilité du droit ?

La démocratie se judiciarise donc, au terme d'une évolution pluriséculaire qui aura permis de montrer, par la structure des rapports de forces ambivalents et mouvants entre la justice et le politique, que le processus de co-construction à l'œuvre de deux acteurs primordiaux de la régulation sociale ne peut échapper à des difficultés, des malentendus et contribue de manière sous-jacente à la production du changement social. Ici la justice tend à apparaître comme un

espace public neutre, ou tout citoyen pourrait faire valoir ses droits et interpeller les gouvernants. « *L'humilité nouvelle du politique* » dont parle Jacques Chevallier se caractérise par le développement du rôle des juges, du recours aux experts, de l'appel aux sages, de la mise en place d'instances de régulation indépendantes [Chevallier, 2002, p.141]. L'évolution historique du rôle de la justice et de son émancipation du politique pose nécessairement la question de l'intervention judiciaire dans les problèmes politiques, passés et présents, et place l'historien au cœur d'un débat dont les enjeux concernent essentiellement le rôle effectif du pouvoir judiciaire dans sa capacité à réguler les troubles historiques dont le politique est l'héritier, avec en face les attentes, les questions et les résonances d'une conscience collective qui forge l'identité nationale. Depuis l'antiquité, l'histoire a été comparée au processus judiciaire dans la mesure où ces deux institutions auraient un but commun, à savoir la recherche de la vérité [Thomas, 1998]. Aujourd'hui on assiste à une évolution nouvelle caractérisée par une interpénétration croissante des champs de la justice et de l'histoire [LeCrom, Martin, 1998] En témoigne l'entrée du passé dans le prétoire avec les grands procès historiques [Salas, Jean, 2002]. Parallèlement, le juge est amené à se prononcer sur la recherche historique par le biais du contentieux sur la responsabilité des historiens et émerge une sorte de « droit de l'histoire » [Le Crom, 1998 ; Edelman, 1998]

Le processus de judiciarisation du politique s'insère dans un temps long et se structure en des phases différenciées. Parallèlement, les difficultés croissantes rencontrées par les modes traditionnels de régulation sociale ont progressivement conduit à un transfert de souveraineté de l'Etat vers la justice, du politique vers le juge. L'enjeu réside dès lors dans la capacité des institutions républicaines à se rénover pour recréer un lien social que le pouvoir judiciaire, garant des valeurs héritées par l'histoire, n'a pas vocation à entretenir.

La configuration de l'Etat régulateur devient ainsi un enjeu central du débat politique [Commaille, Jobert, 1998] et, par là même, de l'Etat républicain. En effet, on sent parfois cette République déroutée. Mais même si la République doit combler un certain déficit dans son équipement juridique, elle ne doit pas sombrer dans l'illusion de l'idéologie juridique qui consiste à croire que le droit et la justice pourront, pourraient se substituer au politique. Pour cela, même si le contexte est particulièrement délicat et que la démocratie d'opinion pose des problèmes inédits, dans une interaction sans cesse négociée entre nos valeurs, les valeurs républicaines et nos outils, il faut saisir la façon dont le juridique et le politique s'articulent et se travaillent mutuellement dans la promotion de nouvelles conceptions et pratiques de la démocratie. C'est une perspective qui renvoie de manière plus générale à considérer « l'aptitude du juridique […] à travailler en profondeur le champ politique, que ce soit pour l'ouvrir, le contenir ou le fermer » [Caillosse, 2000, p.55]. Ce phénomène de judiciarisation nous amène précisément à nous interroger sur la force et le degré de conviction du politique, qui s'est plus ou moins égaré dans une approche technocratique et auquel on demanderait de retrouver une dimension morale, oserons nous dire républicaine !

Bibliographie

ASSOCIATION FRANCAISE POUR l'HISTOIRE DE lA JUSTICE (1994), *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération 150 ans d'histoire judiciaire,*: Loysel, Paris.

ASSOCIATION FRANCAISE POUR l'HISTOIRE DE lA JUSTICE (2001) *La justice des années sombres : 1940-1944*., La Documentation française, Paris, Coll. "Histoire de la justice".

BARUCH M-O. (1996), *Le régime de Vichy*, La Découverte, Paris.

BARUCH M-O, DUCLERT V.(dir.) (2002), *Justice, politique et République : de l'affaire Dreyfus à la guerre d'Algérie*, Éditions Complexe, Bruxelles.

BRIQUET J-L. (1998), « La critique des moeurs parlementaires dans l'Italie libérale (1860-1890) » in BRIQUET J-L et SAWICKI F. (1998), *Le clientélisme politique dans les sociétés contemporaines*, PUF, Paris.

BRIQUET J-L GARRAUD P (dir.) (2001), *Juger la politique : entreprises et entrepreneurs critiques de la politique*, PUR, Rennes.

BRIQUET J-L et SAWICKI F. (1998), *Le clientélisme politique dans les sociétés contemporaines*, PUF, Paris.

BRIQUET J-L. (1999), « Italie, un système de pouvoir en procès », *Critique Internationale*, 3, printemps.

BRIQUET J-L. (2002), l'Histoire au tribunal, Jugement pénal et jugement politique dans le procès Andreotti, *Laboratoire italien*, pp.89-107.

CAILLOSSE J (2000), « A propos de l'analyse des politiques publiques : Brèves réflexions critiques sur une théorie sans droit », in COMMAILLE J., DUMOULIN L., ROBERT C. (dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, LGDJ, Paris, pp. 47-59.

CAYLA O., THOMAS Y. (2002), « Du droit de ne pas naître — A propos de l'Affaire Perruche », *Le Débat.*

CHEVALLIER J. (1989), « Changement politique et droit administratif » in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, Paris, p. 293.

CHEVALLIER J. (1993), « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », in CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, PUF, Paris.

CHEVALLIER J. (2003), *L'Etat de droit*, 4ème éd., coll. « Clefs », Montchrestien, Paris.

COMMAILLE J., DUMOULIN L. ROBERT C., (dir.) (2000), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, LGDJ, Paris.

COMMAILLE J. et JOBERT B. (1998), *Les métamorphoses de la régulation politique*, LGDJ, coll. « Droit et Société », série »Politique », Paris.

DUMOULIN O. (2003), « *Le rôle social de l'historien. De la chaire au prétoire »***,** Albin Michel, Bibliothèque Histoire, Paris.

DURAND B., POIRIER J., ROYER J.-P. (2001), *La justice et le droit, instruments d'une stratégie coloniale*, Institut des Anciens Pays de Droit Écrit, CNRS et Université de Montpellier.

EDELMAN B. (1998), L'office du juge et l'Histoire, *Droit et Société*, n°38, p.47-58.

FARCY J.-C. (2001), *L'histoire de la justice française de la révolution française à nos jours*, PUF, Paris.

FARCY J.-C. (1998), *Deux siècles d'histoire de la justice en France. Notes bibliographiques*, CNRS, Paris ,CD-ROM.

GARAPON A. (1996), *Le gardien des promesses, justice et démocratie*, Odile Jacob, Paris.

GAUDEMET Y.-H. (1970), *Les juristes et la vie politique de la IIIème République*, PUF, Paris, Série « Science politique », n° 21.

GERVIER F (1994), *Le juge Ministre d'équité ou serviteur automatique de la loi. Etude du phénomène Magnaud.* Mémoire 3ème année IEP Grenoble.

ISRAËL L. (2003), « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, volume 16, n° 62, pp.115-143.

ISRAËL L. (2005*), Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*, Fayard, Paris

JOBERT B. (1998), « La régulation politique », in COMMAILLE J., JOBERT B. (dir.*), Les métamorphoses de la régulation politique*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Paris.

JOBERT B. (2000), « Les nouveaux usages du droit dans la régulation politique » in COMMAILLE J., DUMOULIN L. ROBERT C., (dir), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, LGDJ, coll. « Droit et Société », série »Politique », Paris.

KALUSZYNSKI M., WAHNICH S. (1998), "Historiciser la science politique", in KALUSZYNSKI M., WAHNICH S. (dir.), *L'Etat contre la politique ? Les expressions historiques de l'étatisation*, L'Harmattan, collection « Logiques politiques », Paris.

LABORIER P., TROM D. (2003) (dir.), *Historicités de l'action publique*, PUF, Paris.

LATOUR B. (2002), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, Paris.

Le CROM J.-P., MARTIN C. 1998), Dossier « Vérité historique, Vérité Judiciaire », *Droit et Société*, n°38, p. 33-46.

Le CROM J.-P. (1998), « Juger l'Histoire », *Droit et Société*, n°38, Paris, p.33-46.

LEYRET H. (1900), *Les jugements du président Magnaud*, réunis et commentés, Schleicher, Paris.

LORGNIER J., MARTINAGE R., ROYER J.-P. (dir.). (1993), *Justice et République(s)*, ESTER éditions,. coll. "L'espace juridique". Paris.

MARTINAGE R. (1982), « Les magistrats et la politique, l'exemple des commissions mixtes" (en collaboration avec P. Lecocq), *Revue d'histoire du droit.*

MASSOT J., GIRARDOT T. (1999), *Le Conseil d'Etat*, La documentation Française, Paris.

MOYSE D. (2001), « Naissances coupables ? A propos de " l'Affaire Nicolas Perruche " et d'autres du même genre ", *Esprit.*

MUCHEMBLED R. (1994), *L'invention de l'homme moderne, Culture et sensibilités en France du XVème au XVIIème*, Hachette, coll. « Pluriel », Paris.

NISBET R. (1969), *Social Change and History*, Oxford University Press, Oxford, New-York.

NOIRIEL G. (1999), *Les origines républicaines de Vichy*, Hachette, Paris.

PASSERON J.-C. (1991), *Raisonnement sociologique. L'espace non popperien du raisonnement naturel,* Nathan, Paris.

PECH T. (2002), « Retour sur la jurisprudence Perruche ", *Esprit.*

PESCHANSKI D. (1993), *Justice, répression et persécution en France de la fin des années 30 au début des années 50*, Cahiers IHTP, Paris.

PETTIT Ph. (1997*), Republicanism. A Theory of Freedom and Government,* Oxford University Press, Oxford.

ROYER J.-P. (1979)**,** *La société judiciaire depuis le XVIIIe siècle*. PUF, Paris.

ROYER J.-P. (2001), *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*. PUF, 3e éd., coll. "Droit fondamental", Paris.

SALAS D. (1998), *Le Tiers pouvoir : vers une autre justice*, Hachette Littératures, Paris.

SALAS D., JEAN J.-P. (2002), *Barbie, Touvier Papon… Des procès pour la mémoire*.. Editions Autrement, Coll. "Mémoires", Paris.

THENAULT S., BRANCHE R. (2002), « L'impossible procès de la torture pendant la guerre d'Algérie », BARUCH M.-O., DUCLERT V. (dir.), *Justice, politique et République : de l'affaire Dreyfus à la guerre d'Algérie*, Éditions Complexe, Bruxelles.

THOMAS Y. (1998), « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, n°102.

VAN GELDEREN M. et SKINNER Q. (dir.) (2002), *Republicanism*, Cambridge University Press, Cambridge.

VANNEUVILLE R. (2000), « Le Conseil d'Etat au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République » in BARUCH M.-O., DUCLERT V. (dir), *Serviteurs de L'Etat. Une histoire politique de l'administration française, 1875-1945*, La Découverte, Paris pp. 97-108.

VAUCHEZ A. (2004), *L'institution judiciaire remotivée. Le processus d'institutionnalisation d'une "nouvelle justice" en Italie (1960-2000),* LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », série « Politique », Paris.

VIDAL-NAQUET P. (1983), La *Torture dans la République*, La Découverte, Paris.

WAHNICH S. (2000), "Produire des normes pendant la période révolutionnaire, émotions et actes de discours", in COMMAILLE J., DUMOULIN L., ROBERT C. (dir) (2000), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, LGDJ, Paris.

WIEVIORKA A. (1998), « Justice, histoire et mémoire, De Nuremberg à Jérusalem », *Droit et Société*, LGDJ, Paris, n°38, pp.59-67.

WIEVIORKA A. (1989), *Le procès Eichman*, Complexe, Bruxelles.

WIEVIORKA A. (1996), *Le procès de Nuremberg et de Tokyo*, Complexe, Bruxelles.

WILLEMEZ L. (2002), « Le droit dans l'élection. Avocats et contestations électorales dans la France de la fin du Second Empire », *Genèses*, n° 35, p. 101-121.

WILLEMEZ L. (1999), « La 'République des avocats'. Le mythe, le modèle et son endossement », in OFFERLE M. (dir.)), *La profession politique*, Belin, coll. « Socio-histoires », Paris, p. 201-229.