

# LES FRONTIÈRES DU DROIT

UNE PERSPECTIVE SOCIOLOGIQUE SUR  
« PLAIDOIRIE POUR UNE JURISPRUDENCE »

LIORA ISRAEL

2

« Là où la Préfecture voit en X. un étranger, nous voyons d'abord un auteur », tel est le déplacement introduit par les avocats Sylvia Preuss-Laussinotte et Sébastien Canevet, spécialisés respectivement en droit public des étrangers et en droit civil de la propriété intellectuelle.

La plaidoirie qu'ils performant en robe, face au public, invite ainsi la présidente d'un tribunal administratif à casser la décision préfectorale de refus de séjour et de reconduite à la frontière prise à l'encontre de leur client, en considérant qu'il est le coauteur, le dépositaire et l'interprète exclusif d'une œuvre immatérielle et in progress et à ce titre protégé par les dispositions du code de la propriété intellectuelle.

A l'appui de leur démonstration, ils font appel à un certain nombre de textes juridiques (législations, doctrines, jurisprudence...) dont le recueil est distribué au public en début de séance sous la forme d'un dossier de plaidoirie, document habituellement remis au juge, lui permettant de s'y référer sur le moment comme l'y invitent les plaideurs, ou plus tard pour le diffuser, l'augmenter l'utiliser, celui-ci étant sous licence libre.

Les présentations publiques de X. c/Préfet..., *Plaidoirie pour une jurisprudence* permettent à la fois la diffusion de l'argumentaire et son perfectionnement, le public étant invité à réagir soit à l'issue de la performance, soit sur un site « wiki » ([www.leslaboratoires.org/projetpourunejurisprudence/wakka.php?wiki=Accueil](http://www.leslaboratoires.org/projetpourunejurisprudence/wakka.php?wiki=Accueil)), où tous les documents relatifs à la plaidoirie sont mis à sa disposition.

La performance X. c/Préfet..., *Plaidoirie pour une jurisprudence* est la partie publique de *Projet pour une jurisprudence*, conçu par Patrick Bernier et Olive Martin lors de leur résidence aux Laboratoires d'Aubervilliers en 2006-2007. Ce projet, né de la volonté d'actualiser et de confronter au réel une idée développée dans une nouvelle écrite par Patrick Bernier en 2004 – *Conte pour une jurisprudence* –, comporte un versant discret : l'initiation de plusieurs projets de collaboration entre personnes en situation précaire sur le territoire national et artistes/chercheurs engagés dans un processus de dématérialisation de leur pratique.

Durant leur résidence, les artistes ont régulièrement publié l'état de leur réflexion dans le *Journal des Laboratoires*. Les différentes publications sont en ligne sur le site : [www.leslaboratoires.org/projetpourunejurisprudence](http://www.leslaboratoires.org/projetpourunejurisprudence)

Proposer une analyse sociologique sur *Plaidoirie pour une jurisprudence* n'a rien d'évident. C'est en effet la sociologie de l'art qui semble s'imposer en premier abord, mais ce n'est ni ma spécialité, ni peut-être le point de vue le plus pertinent. En effet, bien que performance conçue par des artistes, Patrick Bernier et Olive Martin, et articulée à une réflexion sur le statut de l'œuvre d'art et sa transportabilité, ce qui interroge sans doute davantage le spectateur, c'est le déplacement de l'analyse auquel invite *Plaidoirie pour une jurisprudence*. Ce déplacement du regard, produit par la forme de la plaidoirie et surtout son contenu, rencontre des questionnements produits par le regard sociologique en tant qu'il est une autre forme de description et d'interprétation du réel. J'évoquerai donc ici, avec ma subjectivité de spectatrice et mon mode de réflexion de sociologue, *Plaidoirie pour une jurisprudence*, du point de vue de son sujet – le statut des immigrés « sans-papiers » dans notre société – et surtout d'un mode de traitement et de saisie de cette question, le droit, que cette œuvre interroge.

## LE DROIT SAISI PAR L'IMMIGRATION, UNE QUESTION CONTEMPORAINE.

Un des apports de la sociologie et plus généralement des sciences sociales est sans doute sa capacité à contextualiser un problème, et notamment à saisir son épaisseur historique, de manière à mieux évaluer la permanence ou la nouveauté des enjeux, à faire la part des faits et des discours, à rendre intelligible des évolutions ou des ruptures à l'aide de différents outils méthodologiques (traitement statistique, travail sur archives, analyse d'entretiens notamment). De ce point de vue, les recherches socio-historiques ont permis de montrer à la fois la récurrence de l'instrumentalisation politique du « problème de l'immigration »<sup>1</sup>, et la relative nouveauté de son traitement par le droit, la régulation de l'immigration en France passant d'une gestion administrative, invisible et soumise au primat des acteurs économiques<sup>2</sup>, à une politique aux enjeux plus visibles et davantage « juridicisée » à partir du milieu des années 1970. Le terme de « juridicisation », relativement barbare et que l'on peut confondre avec celui de « judiciarisation » dont il n'est pas le synonyme<sup>3</sup>, désigne la croissance du rôle du droit, par exemple dans le traitement d'un problème. Dans le cas particulier de l'immigration, il est intéressant de constater que cette juridicisation s'est faite sous une double pression paradoxale. Si est le plus souvent invoqué le changement en 1974 de la politique migratoire française dû à la crise pétrolière, avec le durcissement de conditions d'entrée et la mise en place du regroupement familial, il ne faut pas sous-estimer le rôle des mobilisations militantes dans cet accroisse-

ment de la place du droit. L'exemple du Groupe d'Information et de Soutien aux Travailleurs Immigrés (GISTI) créé en 1972 en est un exemple : ses fondateurs, quatre jeunes énarques, choisirent ce terrain de mobilisation avant tout parce que le statut des immigrés en France leur semblait être une zone de non-droit, et qu'il importait donc de faire advenir des droits relatifs à cette population, soit en rendant visible les principes de l'administration de ces migrants (par exemple en rendant publiques des circulaires), soit en obtenant des décisions de justice qui permettent le respect du droit pour ces personnes défavorisées, qu'il s'agisse du droit relatif au logement (contre les bidonvilles et les marchands de sommeil), de leur droits en tant que travailleurs, de leur droit à une vie familiale normale<sup>4</sup>. Si ces différentes dimensions font l'écho d'autant de victoires, souvent judiciaires (du tribunal de première instance au Conseil d'État), obtenues notamment par ou avec le concours du GISTI dans les années 1970-80, cette juridicisation a également eu des effets pervers. Pour en citer deux, elle a accru la dépendance des immigrés à l'égard des juristes et en partie des avocats, et elle a pu contribuer à dé-politiser le problème, en le transformant en une question relativement technique de droit. Ici se situe la rencontre avec la forme spécifique prise par la *Plaidoirie pour une jurisprudence* : en articulant l'engagement de l'art et celui du droit sur la questions des immigrés sans-papiers, l'œuvre met en scène à travers cette double plaidoirie l'enfermement dans le droit du problème. En même temps, elle propose une forme de déplacement poétique de cet enfermement, « de l'intérieur » puisqu'elle suggère une issue, un dé-verrouillage passant par le passage à une autre forme de droit. En effet, au lieu de voir dans la personne mise en cause un migrant ou immigrant, elle lui accorde un nouveau statut : celui d'auteur. Par ce déplacement, une brèche est créée et un déplacement opéré à l'intérieur du droit. De cette brèche est attendue une possible victoire, celle qui permettrait d'accorder l'hospitalité et la reconnaissance à celui ou celle en faveur duquel d'autres luttes ont été tentées, sans grand succès.

## LES MOBILISATIONS POLITIQUES DU DROIT. LOGIQUES ET LIMITES.

En effet, la question immigrée ou sa déclinaison sur le thème des « sans-papiers » a suscité des mouvements de mobilisations visant à contester la politique menée en

1 - Voir les livres de Gérard Noiriel, le plus récent sur le sujet étant : *Immigration, antisémitisme et racisme en France (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)* : Discours publics, humiliations privées, Paris, Fayard, 2007.  
2 - Voir Alexis Spire, *Étrangers à la carte : L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*

3 - « Juridicisation » renvoie à ce qui relève du juridique, soit du domaine du droit de manière générale, alors que « judiciarisation » concerne ce qui relève du judiciaire, et renvoie donc au rôle la justice comme institution. Sur ces questions, voir notamment Jacques Commaille, Laurence Dumoulin et Cécile Robert (sous la dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, 2000.

4 - Liora Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix* n° 62, 2003, en ligne sur [www.persee.fr](http://www.persee.fr)

3



X. c/ préfet de... École des Beaux-arts de Paris, le 7 décembre 2007 / photo : Cédric Schönwald.

France à l'égard des étrangers. La juridicisation de la question de l'immigration a eu pour effet direct sa «judiciarisation», c'est-à-dire la croissance du contentieux pénal ou administratif rendue possible par l'augmentation des droits «opposables», dont l'application est susceptible d'être contestée devant une juridiction. Et, de fait, si l'on a mentionné le fait que la politisation du problème de l'immigration avait été une des sources de la croissance du contentieux via l'utilisation des tribunaux avec des objectifs politiques, cette place croissante de l'institution judiciaire ne s'est pas faite sans poser questions. Les mobilisations en faveur des immigrés portées sur ce terrain ont rencontré plusieurs écueils que les recherches portant sur l'articulation entre droits et mouvements sociaux ont bien mis en évidence. Dans les années 1970, des approches dites «critiques» du droit ont souligné, en particulier aux Etats-Unis, les limites des mobilisations politiques du droit, alors pourtant en plein essor comme l'avaient illustré les grandes décisions de la Cour suprême contre la ségrégation scolaire (Brown vs Board of education of Topeka, 1954) et pour la légalisation de l'avortement (Roe vs Wade, 1973). Dans un ouvrage précurseur, Stuart Scheingold<sup>5</sup> met-

tait en évidence certaines limites inhérentes à ce qu'il appelait le «mythe des droits»: la croyance dans la capacité de la justice à faire advenir des progrès de différents ordres conduit à négliger d'autres formes d'action politiques, a des coûts financiers importants, souffre souvent de la difficulté à faire appliquer les décisions de justice qui peuvent rester lettre morte (comme l'ont été certaines décisions relatives à l'interdiction de la ségrégation dans le Sud des USA). S'il convient de ne pas plaquer sur le cas français des analyses relatives à un contexte américain différent par bien des aspects, ne relevant ni du même type de droit ni des mêmes relations entre justice et politique, ce thème du «mythe des droits» comme moteur de la mobilisation politique, mais aussi comme limite de son efficacité, est intéressant. Cette proposition se joue à un double niveau. D'une part, investir le terrain du droit avec des objectifs politiques suppose une croyance minimale dans le droit comme opérateur de progrès: en cela, son activation sur le terrain politique constitue au moins autant un soutien à la cause du droit, qu'un soutien à la cause défendue (par opposition à une critique plus radicale du droit comme instrument de la domination par exemple). Paradoxalement, la contestation par le biais du droit constitue

ainsi une forme de légitimation des institutions existantes<sup>6</sup>. D'autre part, cette forme de lutte ne peut être menée par tout un chacun (contrairement à la grève ou la manifestation par exemple): elle suppose une formation au droit, relativement longue et inégalement accessible, qu'elle soit universitaire ou «sur le tas»; elle implique également de faire appel à des professionnels, à qui est déléguée plus ou moins totalement la gestion du problème. Cette relative dépossession ou perte de contrôle de la mobilisation est particulièrement cruciale lorsqu'il s'agit de la cause des immigrés: souvent non francophones de naissance, presque toujours démunis des moyens leur permettant de connaître le droit, et surtout de faire valoir leurs droits, ils se retrouvent le plus souvent objets davantage que sujets des mobilisations qui sont faites en leur nom, spécifiquement en ce qui concerne le versant judiciaire de la mobilisation (par contraste avec d'autres formes d'action contestataire comme les grèves de la faim ou les occupations de lieux symboliques, comme les églises).

La dépossession relative de leur sort induite par l'usage du droit pour les sans-papiers transparait dans *Plaidoirie pour une jurisprudence*, notamment par l'absence du «justiciable» de la scène. Néanmoins, là

encore le déplacement du droit des étrangers au droit d'auteur produit des effets inattendus sur la représentation donnée de l'étranger. Si la dépossession de sa propre expérience passe par la délégation à l'avocat de la capacité à dire son histoire, c'est néanmoins au profit d'un renversement qui transmue en œuvre cette expérience. Ce faisant, ce qui n'était pas vu devient visible, ce qui était tu devient création, ce qui n'était rien doit être préservé. L'étranger invisible devient un acteur du quotidien, un interprète de sa vie, le créateur d'une richesse qui profite à tous. Le passage d'un domaine du droit à un autre, s'il est avant tout le fait du juriste capable d'en mesurer les effets, porte en lui le renversement du stigmate, et manifeste la volonté de l'artiste de produire par le verbe une nouvelle altérité.

#### LE RÔLE DE L'AVOCAT

*Plaidoirie pour une jurisprudence* repose sur la parole de l'avocat telle qu'elle se déploie dans le moment spécifique du processus judiciaire que l'on appelle la plaidoirie, mais invoque aussi la temporalité de la justice comme institution à travers le terme de «jurisprudence». Cette dernière désigne la manière dont une décision judiciaire, en produisant l'interpréta-

5 - Stuart S. Scheingold, *The Politics of Rights, Lawyers, Public Policy, and Political Change*, New Haven, Yale University Press, 1974.

6 - Stephen Ellman, «Struggle and Legitimation», introduction du symposium «Lawyering under Repressive State», *Law and Social Inquiry* volume 20, number 2, spring 1995

tion d'un texte de loi au prétexte d'un cas particulier, peut infléchir la position de l'institution toute entière, sous certaines conditions (ne pas être cassée en appel, mais aussi être connue et donc reconnue – le plus souvent dans des commentaires, des publications, d'autres décisions de justice – comme créant un précédent). Ce que les juristes désignent en France comme constituant un tournant jurisprudentiel est donc la perspective, rêvée sous conditions pourrait-on dire, de *Plaidoirie pour une jurisprudence*. « Rêvée » car elle consacrerait le projet en reconnaissant la pertinence de la manière de reposer le problème des sans-papiers imaginé par les auteurs. « Sous conditions » dans la mesure où elle suppose pour pouvoir s'appliquer en toute rigueur à la fois l'arrestation d'un sans-papier « équipé » du dispositif adjacent monté dans le cadre des Laboratoires d'Aubervilliers<sup>7</sup>, et le choix par un avocat d'accepter de choisir cette ligne de défense, les deux acteurs de la plaidoirie présentée dans la performance, Sébastien Canevet et Sylvia Preuss-Laussinotte, étant d'anciens avocats qui ne sont plus inscrits dans un barreau.

La place de l'avocat – celle du juge ou du représentant de la préfecture étant davantage suggérées – se retrouve ainsi au cœur du dispositif de *Plaidoirie pour une jurisprudence*, comme elle l'est dans le cadre de la plupart des mobilisations en faveur des sans-papiers<sup>8</sup>. Dans les deux cas, l'avocat se doit d'être militant dans sa manière d'agir. Lorsqu'il s'inscrit dans une mobilisation, par choix personnel ou parce qu'il a une organisation militante pour cliente, la défense juridique qu'il produit est censée être congruente avec les objectifs du mouvement dans lequel il s'ins-

crit, de la cause défendue. Ce n'est pourtant pas sans poser un certain nombre de problèmes : en particulier, défendre une cause de manière générale peut signifier de « sacrifier » des cas individuels. C'est le cas lorsqu'une « défense de rupture » est engagée, pour reprendre la figure portée par J. Vergès lors de la guerre d'Algérie, et que l'avocat refuse de défendre son client, y compris au risque de la vie (à l'époque) ou de la détention de celui-ci, pour justifier politiquement sa cause dans l'arène judiciaire. C'est dans une moindre mesure le cas lorsque la défense adoptée, plutôt que de chercher à excuser l'accusé, appelle à la réforme du de la loi elle-même comme le fit Gisèle Halimi lors du procès de Bobigny sur la question de l'avortement. Construire une défense politique qui contribue à faire jurisprudence peut donc signifier de faire prendre des risques à son client, de ne pas le

faire profiter de possibles circonstances atténuantes impliquant la reconnaissance globale de la faute qu'il aurait commise (au sens de la transgression de la légalité), de choisir aussi son client non du fait de la gravité de son cas mais de l'intérêt que celui-ci présente du point de vue juridique.

Le type de défense suggéré dans *Plaidoirie pour une jurisprudence* se situe à mi-chemin entre défense politique et défense humanitaire : de politique il contient le projet, d'humanitaire il possède la croyance dans l'universalité. S'il n'était qu'humanitaire, ce serait un plaidoyer et non une plaidoirie : un appel à la pitié, plus que la volonté de voir reconnaître des droits. Dans *Plaidoirie pour une jurisprudence*, l'absence de reconnaissance comme sujets de droit des sans-papiers dans notre société conduit à imaginer de les protéger grâce à un droit relatif aux auteurs d'œuvres, y compris immatérielles. Les transformer en co-auteurs d'une œuvre d'art conduit à les sanctifier et patrimonialiser par la magie de la plaidoirie, qui opère le déplacement du domaine verrouillé du droit des étrangers vers les protections objectives offertes relativement par le droit d'auteur. Cette prise en charge par le droit, opérée par la parole de l'avocat et peut-être un jour reprise dans une décision faisant jurisprudence, demeure une « fiction juridique » dont les effets, même positifs du point de vue du statut juridique des immigrés ainsi éventuellement protégés, n'empêchent pas l'effacement du point de vue subjectif sur leur propre histoire exigé par ce processus : en effet, il n'est pas nécessaire pour une personne en séjour régulier de se dire auteur pour « mériter » de séjourner. Néanmoins, en considérant cette histoire de migration comme une expérience de vie dont chacun devrait reconnaître la valeur, en posant cette installation hors de son pays comme une contribution importante à la société d'arrivée, si ce n'est d'accueil, la plaidoirie rend possible la reconnaissance de cette existence si longtemps invisible. Elle combat ce qu'Abdelmalek Sayad appelait la « double absence » de l'immigré, à son pays d'origine comme à son pays d'accueil<sup>9</sup>.

Toute la force de *Plaidoirie pour une jurisprudence* est ainsi de nous faire toucher du droit le tragique verrouillage du droit de l'immigration, et en proposant dans le même mouvement une issue. Ce qui pourrait sembler absurde, le fruit d'une imagination débordante ou d'une posture artistique, acquiert un caractère tangible et terriblement réaliste en prenant la forme d'une plaidoirie techniquement correcte d'un point de vue juridique. Ce souci de réalisme est attesté par le fait que cette défense a été conçue par ses auteurs comme un modèle, comme pouvant être ten-

tée dans le cadre d'un procès réel. Ce déplacement, provoquant, reste tributaire de la force du droit, de sa capacité à continuer à apparaître comme l'arène légitime du traitement politique, y compris contestataire, de la question des sans-papiers. Mais cette extension du domaine juridique de la lutte porte aussi en elle un double pari : celle d'une transfiguration du regard permise par le passage du droit, celle d'une perturbation de l'ordre judiciaire rendue possible par la brèche ouverte au sein du droit lui-même. Le pouvoir créateur du droit permet la remise en cause de l'ordre politique, et le droit d'être créateur est par là ouvert à tous.

LIORA ISRAËL est maître de conférences à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales.

#### X. C/PREFET DE...PLAIDOIRIE POUR UNE JURISPRUDENCE

Préparée par : Patrick Bernier, Sébastien Canevet, Olive Martin et Sylvia Preuss-Laussinotte.

Performée par : Sébastien Canevet et Sylvia Preuss-Laussinotte.

Production Les Laboratoires d'Aubervilliers, avec le soutien du conseil général de la Seine-Saint-Denis (accueil en résidence en Seine-Saint-Denis en 2006-2007)

Performance présentée le 27 mars 2008 à 18h30 et 20h30

Aux Laboratoires d'Aubervilliers

Entrée libre dans la mesure des places disponibles

7 - Dans lequel sont formés des duos entre immigrés sans-papiers et artistes comme co-créateurs d'une œuvre commune.

8 - Sauf par exemple dans le cas notable du Réseau Éducation Sans Frontières (RESF) composé majoritairement d'enseignants et de parents d'élèves, et qui témoigne par le choix de la désobéissance civile d'une forme de conscience des limites du droit. Cette forme d'action n'est pourtant pas non plus sans poser problème, notamment du fait de sa focalisation sur les familles, au détriment des célibataires sans-papiers.

9 - Abdelmalek Sayad, *La double absence. Des illusions aux souffrances de l'immigré*. Paris, Seuil, 1999.