



DROITS ET RECOURS AU DROIT

Droit, politique et société en Amérique du Nord.

Dossier dirigé par

Marine LE PULOGH et Guillaume MARCHE

Pour qui s'intéresse au Canada et aux États-Unis, la question des droits et du recours au droit évoque la centralité du pouvoir judiciaire en Amérique du Nord, qui se traduit notamment par la judiciarisation souvent décriée de la société. Mais en rester là serait réducteur et il est utile de varier les approches pour rendre compte de la complexité des enjeux que soulève ce sujet. Nous l'abordons ici selon une problématique qui n'est pas *stricto sensu* juridique, car elle s'intéresse moins aux procédures et aux recours eux-mêmes qu'à leurs significations sociales, culturelles et politiques.

Ce dossier fait suite aux travaux de l'année universitaire 2004-2005 du groupe de recherches nord-américaines APSAM (Anthropologie Politique et Sociale de l'Amérique du Nord) de l'Université Paris XII — Val de Marne, dirigé par Michèle Gibault.¹ Les articles rassemblés ici reflètent la diversité des domaines spécifiques et des approches des membres de l'APSAM, qui couvrent un éventail chronologique et thématique large : histoire et philosophie politiques de la jeune république américaine, représentations culturelles des Africains Américains au XX^e siècle, ethno-histoire et histoire politique des autochtones du Canada et des États-Unis, histoire politique contemporaine, histoire et sociologie des mouvements sociaux contemporains, politique étrangère et militaire. Les participants se réunissent autour d'un intérêt commun pour l'interaction entre les forces sociales et la vie politique en Amérique du Nord, ce qui recouvre l'histoire politique et sociale, l'étude des idéologies, des mobilisations et des représentations. Par anthropologie politique et sociale, il faut donc entendre l'étude de la politique telle qu'elle est vécue par les personnes, c'est-à-dire la façon dont, en groupe ou individuellement, elles construisent, vivent, perçoivent, pensent ou contestent le pouvoir politique. Par delà la diversité des domaines de recherche, qui touchent à l'Amérique contemporaine ou à des périodes plus ou moins reculées de l'histoire, les membres de l'APSAM s'intéressent aux discours, aux actes et aux autres modes de représentation

¹ Ce groupe de recherches fait partie de l'Institut des Mondes Anglophone, Germanique et Roman (IMAGER – EA 3958) et réunit des enseignants-chercheurs en poste dans diverses universités de la région parisienne (Paris III, Paris VII et Paris XII), ainsi que des doctorants de l'Université Paris XII, travaillant tous sur des problématiques politiques et sociales nord-américaines. Plusieurs d'entre eux participent également aux activités du CRHEU (Centre de Recherches en Histoire des États-Unis et du Canada), association qui prolonge les travaux du groupe de recherches du même nom autrefois rattaché à l'Université Paris VII.

plus symboliques par lesquels le politique se met en œuvre dans la société. Au cours des années passées, les séminaires ont exploré des thèmes tels que « guerres civiles et conflits dans l'histoire de la démocratie américaine » (2001-2002), « guerre et paix : lutte et résolution des conflits en Amérique du Nord » (2002-2003) et « le coût de l'empire hier et aujourd'hui » (2003-2004). En 2004-2005, l'APSAM s'est attaché à poursuivre l'étude de la thématique du conflit en se donnant pour thème « droits et recours au droit ». Notre équipe a ainsi voulu s'interroger sur la signification politique de l'invocation des droits et de l'action en justice.

C'est une réflexion sur l'interaction de ces deux notions, le droit et les droits, qui a fédéré nos travaux, de sorte qu'il nous faut dès maintenant définir ces termes. Selon les dictionnaires généralistes ou spécialisés, on peut concevoir le droit comme l'énoncé des règles devant guider le comportement des membres de la société. Dans le contexte nord-américain, il s'appuie sur des décisions législatives (*statute law*) ou judiciaires établissant jurisprudence (*common law*), qui sont notamment dérivées de la coutume ou de l'apparition de nouveaux besoins ; le droit présente donc à la fois des propriétés de continuité et de mutabilité en fonction de la société et des mentalités.² Il se fonde, d'une part, sur la loi divine ou naturelle et, d'autre part, sur l'expérience et les mœurs humaines, si bien que le droit combine un caractère permanent et absolu à un caractère évolutif et relatif. On distingue ainsi le droit naturel, fondé sur l'idée d'un ordre universel, du droit positif, c'est-à-dire inscrit dans les lois et la jurisprudence. La notion de droit renvoie en outre aussi bien à ces règles qu'aux outils permettant de les définir et de les appliquer. Les droits, quant à eux, sont, pour reprendre les termes du dictionnaire *Le Petit Robert*, l'ensemble de ce qui est « exigible [ou] permis, dans une collectivité humaine », que ce soit par conformité à une règle morale éventuellement implicite ou à une règle formulée dans la loi.³ Il est donc des droits naturels absolus et des droits créés dans le cadre du gouvernement des sociétés. Sans être universelles, ces définitions suggèrent que l'interaction des droits et du droit n'est pas à sens unique, puisque le droit, au sens de l'action des pouvoirs législatif et judiciaire, est censé être fondé sur des droits qui lui préexistent, tandis que certains droits sont le fruit de décisions juridiques.⁴

Les six auteurs de ce dossier posent essentiellement trois types de problèmes qui conduisent le lecteur à s'interroger tout d'abord sur le rapport entre la société et le pouvoir politique. Ainsi, l'article de Naomi Wulf, portant sur l'interaction tout américaine des droits naturels à la « liberté » et à la « recherche du bonheur », soulève par exemple la question de savoir dans quelle mesure l'État est le garant de ces droits. Aurélie Godet, quant à elle, fait apparaître la lutte entre créationnistes et évolutionnistes comme une confrontation aussi bien politique que culturelle. Le rôle joué par les États sur les contrats privés est au cœur de la contribution d'Hélène Charlery portant sur l'interdiction de représenter le métissage dans le

² Steven H. Gifis, *Law Dictionary* (Hauppauge, NY : Baron's, 1991) 82, 269.

³ *Le Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris : le Robert, 1993) 774.

⁴ Par « décision juridique », nous entendons les lois (*statute law*) comme la jurisprudence (*common law*) ; voir : *Le Nouveau Petit Robert*, 1368.

cinéma hollywoodien des années 1930 à 1950. Outre ce rapport entre droits et pouvoir, les articles distinguent énonciation et exercice des droits, c'est-à-dire qu'ils dissocient la revendication et la reconnaissance de l'application et de la mise en œuvre. Tant l'article de Marie-Claude Strigler, étudiant la domination progressive des Indiens Navajo par les pouvoirs coloniaux en Amérique du XVII^e siècle au milieu du XIX^e siècle, que celui de Guillaume Marche sur le recours à la justice dans le mouvement gai et lesbien contemporain, demandent par exemple si la concession de droits est ou non la condition de leur exercice. Un troisième type de problématique a trait à la stabilité et à la mutabilité des droits. À propos des droits « inhérents » des autochtones au Canada, Marine Le Puloch suggère notamment que l'inscription constitutionnelle de ces droits peut garantir leur permanence, ce que tend à nuancer le propos d'Hélène Charlery sur le droit à la liberté d'expression. Le recours à la justice est-il donc susceptible de contraindre et de faire évoluer les mentalités ? Ou est-ce le contexte culturel qui conditionne la définition et l'application des droits, comme semblent l'indiquer Guillaume Marche et Aurélie Godet ? Pour traiter ces enjeux nous avons choisi d'organiser la succession des articles en trois temps, considérant tout d'abord les droits en fonction de la dichotomie entre espace public et espace privé, avant d'étudier les conditions dans lesquelles ils sont niés ou au contraire mis en place, pour éclairer enfin le rapport des forces sociales à l'institution judiciaire.

Le premier volet de ce dossier — « droits publics et droits privés » — est constitué de deux articles qui, bien que s'attachant à des objets fort différents l'un de l'autre, ont en commun de remettre en question le caractère acquis de droits pourtant reconnus. Dans le seul article en anglais du dossier, Naomi Wulf mène une analyse historique de l'héritage équivoque qu'a reçu du modèle jeffersonien l'Amérique jacksonienne des années 1820 et 1830. Elle montre ce qu'il advient des droits des citoyens américains à la liberté et au bonheur dans le nouveau modèle politique qu'il est convenu d'appeler la « démocratie jacksonienne », caractérisé par un élargissement du droit de vote et par une politique économique de laisser-faire. Les droits naturels énoncés dans la Déclaration d'indépendance des États-Unis se voient ainsi progressivement privatisés et la liberté, qui était censée apporter le bonheur au plus grand nombre, ne se traduit, selon les détracteurs radicaux du libéralisme jacksonien, que par un bien-être matériel limité. Opposants conservateurs et radicaux, s'ils s'accordent pour constater que la liberté politique ne s'accompagne pas dans les faits de son corollaire, le bonheur, divergent sur la question de savoir si la liberté doit être restreinte. Rejoignant le point de vue de ses adversaires conservateurs pour constater que la liberté politique est mal exercée, le réformateur Orestes Brownson en tire des conclusions en avance sur son temps et revendique pour l'État un rôle plus actif lui permettant de garantir que la liberté se traduise effectivement par le bonheur du plus grand nombre.

Ce n'est pas avec les outils de l'histoire, mais avec ceux de l'étude culturelle des représentations cinématographiques qu'Hélène Charlery s'intéresse, elle aussi, à un droit reconnu et immuable — le droit à la liberté d'expression — mais dans un domaine où il n'est pas acquis. Quoique

garanti par le Premier Amendement à la Constitution des États-Unis, il n'est pas reconnu, dans la période étudiée, qu'il doive s'appliquer au cinéma, la Cour Suprême des États-Unis ayant en 1915 statué sur le fait que cette protection ne s'étendait pas aux œuvres cinématographiques, décision qu'elle n'invalide qu'en 1952. C'est ainsi que, parallèlement à la prohibition légale du mariage interracial et du métissage dans les États du Sud, l'application du Code Hays en exclut la représentation à l'écran de 1934 à 1957. Non que la seconde interdiction soit l'application juridique directe de la première : ce sont les instances privées de l'industrie cinématographique qui, pour des raisons commerciales, conforment leurs pratiques aux lois des États afin de se soustraire à la menace de censure dans le Sud. Ici encore, la dichotomie entre espace privé et espace public met en lumière une privatisation de la question du droit, car c'est un organe privé qui se fait l'agent d'une limitation du droit à la liberté d'expression. *A contrario*, producteurs et réalisateurs adoptent diverses stratégies d'évitement qui leur permettent d'aborder quand même les thèmes du métissage et des rapports interraciaux sous couvert de se plier en apparence à l'interdiction.

Si, comme le lecteur l'aura perçu, des droits reconnus ne sont pas nécessairement acquis, la reconnaissance de droits est *a fortiori* un processus problématique, comme le montrent les deux articles constituant le deuxième volet de ce dossier, qui met en regard affirmation et spoliation des droits des autochtones. Retraçant l'histoire des guerres entre les Navajo et les peuples colonisateurs du sud-ouest de l'actuel territoire des États-Unis, du XVII^e siècle au milieu du XIX^e siècle, Marie-Claude Strigler montre que l'octroi de droits peut être conditionné à la reconnaissance du caractère « civilisé » d'un peuple. A travers les différentes étapes qui conduisent à la conquête finale des Navajo par les États-Unis en 1864, elle met en évidence le manque total de compréhension entre les deux groupes, qui explique pourquoi les Navajo passent, aux yeux des colonisateurs, du statut de nation sauvage et ennemie à celui de nation vaincue et dominée. Ainsi, le seul droit qui leur soit reconnu après leur déportation de 1864 à 1868, celui de retourner sur leurs terres ancestrales, ne leur est-il alors consenti qu'au terme de leur soumission totale. Faut-il conclure qu'en cette fin du XIX^e siècle les États-Unis les considèrent désormais comme un peuple « civilisé », ou bien plutôt qu'ils n'ont aucune possibilité de recours et ne peuvent aucunement influencer sur les conditions dans lesquelles il leur est loisible de jouir de ce droit, dès lors que la seule alternative à la sujétion est l'extermination ?

Ce n'est pas en des termes aussi extrêmes que se pose la situation des autochtones du Canada au XX^e siècle, mais les enjeux mis en lumière par Marine Le Puloch n'en demeurent pas moins conflictuels. Elle montre que, pour être *a priori* reconnus par l'État fédéral, les droits des autochtones restent cependant problématiques. Ainsi, même l'inscription de droits « inhérents » — c'est-à-dire qui n'ont pas besoin d'avoir été créés par un traité — dans la Constitution de 1982 donne lieu depuis à des conflits ayant pour objet leur définition. Si la responsabilité fiduciaire du fédéral est acquise de longue date, demeure en effet l'enjeu de la participation des provinces à la détermination de ces droits et à la négociation des accords devant permettre de les appliquer. Les pouvoirs publics reconnaissent, certes, qu'il peut exister des droits « inhérents », mais, dans les territoires qu'ils estiment couverts par des traités, ils refusent de considérer d'autres

droits que ceux concédés par ceux-ci. Par conséquent, en l'absence d'une définition constitutionnelle qui les garantirait d'une manière permanente et homogène, la charge de définir les droits « inhérents » revient aux tribunaux à mesure qu'ils sont saisis par les autochtones. Comme on le voit, l'affirmation de droits, de même que la spoliation de ces droits, fait dans ce cas l'objet de conflits : puisque la question des droits des autochtones donne lieu à un affrontement entre des forces antagonistes, leur reconnaissance n'a rien d'automatique.

Qu'en est-il alors de la signification du recours à la justice ? Est-il facteur de pérennisation des droits, comme le suggère Marine Le Puloch ? Aurélie Godet s'interroge justement en ouverture de la troisième partie de notre dossier — « société et recours à la justice » — sur le fait que créationnistes comme évolutionnistes estent en justice dans la querelle sur l'enseignement des origines du monde qui a cours aux États-Unis. Ne cherchant pas à débattre de la valeur scientifique du créationnisme, dont il est admis qu'elle n'est fondée sur aucune vérité démontrée, l'auteure s'intéresse principalement à la stratégie juridique de ses partisans, laquelle consiste notamment à habiller le créationnisme sous les dehors pseudo-scientifiques de l'*Intelligent Design*. Évoquant tour à tour les droits dont ils se réclament — équité entre les tenants de deux options épistémologiques, droit de la majorité de l'opinion qui leur est favorable, droits individuels des parents et liberté pédagogique des enseignants — elle éclaire le processus de retournement destiné à faire passer les évolutionnistes pour les spoliateurs d'un droit méritant d'être garanti. Les créationnistes se prévalent ainsi de droits reconnus et établis pour tenter d'inverser une jurisprudence qui, jusqu'à présent, offre à l'évolutionnisme la protection indéfectible de la clause de séparation des Églises et de l'État inscrite dans le Premier Amendement à la Constitution. Mais la lutte se joue aussi en amont du passage devant les tribunaux, car la jurisprudence de demain sera déterminée par l'action que les groupes de pression exercent aujourd'hui auprès des partis, notamment en ce qui concerne la nomination des juges fédéraux.

C'est une hypothèse similaire qui est envisagée dans le dernier article du dossier. Guillaume Marche y étudie le rapport entre l'évolution du droit et celle de la norme aux États-Unis dans le contexte du mouvement gai et lesbien contemporain. Certes, des droits, aussi bien affirmatifs (*freedom to*) que négatifs (*freedom from*), sont reconnus aux personnes homosexuelles depuis le début des années 1990, mais ils sont souvent obtenus au prix paradoxal de se conformer à la norme qui est à l'origine de leur spoliation. De tels droits ne permettent donc pas la transformation de cette norme et ce, moins en raison de leur nature que de la signification symbolique des moyens mis en œuvre pour les acquérir. Ainsi, définir l'homosexualité comme un statut involontaire et permanent peut valoir l'obtention de droits formels à l'égalité ; mais c'est définir l'homosexualité comme une conduite volontaire et liée aux circonstances qui rend possible un droit réel ou effectif, c'est-à-dire s'accompagnant des conditions de son exercice dans les faits. Or, l'évolution de la jurisprudence depuis 2003 permet une telle utilisation des tribunaux. Cependant, les décisions de justice sont tributaires de l'usage, qui est généralement fixé en dehors du cadre judiciaire. La reconnaissance de droits effectifs se joue donc d'abord non pas dans les tribunaux, mais dans la

société, ce qui rend nécessaire le recours à des actions collectives offensives, car c'est par le conflit sur les valeurs symboliques définissant la norme que peuvent s'accomplir les mutations sociales capables de modifier le droit.

Si le troisième volet de ce dossier suggère que l'action en justice n'est ni la condition, ni la garantie d'une transformation de la société, l'ensemble des contributions et leur articulation nous permettent également de tirer des conclusions plus générales. Soulignons tout d'abord les contradictions qui apparaissent au regard de la valeur culturelle qui est accordée aux droits. Comme le suggèrent les articles de Naomi Wulf, Marine Le Puloch et Guillaume Marche, l'identification des personnes aux droits est forte, même lorsqu'ils ne sont pas acquis, de sorte qu'avoir des droits s'apparente à une définition de la citoyenneté. Néanmoins, un même droit peut donner lieu à des interprétations contradictoires : ni l'une, ni l'autre des deux parties au conflit étudié par Aurélie Godet ne remet en cause le droit à la liberté ; bien au contraire, toutes deux s'en réclament et pourtant leurs points de vue ne peuvent en aucun cas se rejoindre. Par ailleurs se pose, notamment avec l'article de Marie-Claude Strigler, la question de la validité des droits dès lors qu'ils ne s'accompagnent pas de reconnaissance culturelle : on semble ainsi reconnaître des droits aux Navajo, puisqu'on signe avec eux des traités, mais ceux-ci ne sont pas honorés. Concéder de véritables droits à un groupe ne peut donc qu'être second par rapport à sa reconnaissance culturelle, conclusion qui est au cœur de l'analyse de Guillaume Marche. Cette observation est également confirmée par Hélène Charlery : le droit des Noirs au respect reconnu par la Cour suprême en 1915 se traduit en effet dans la pratique hollywoodienne par un droit au mépris des Noirs, les conditions culturelles n'étant pas réunies pour que l'arrêt protecteur de 1915 se traduise par un respect généralisé des Afro-Américains.

Si la citoyenneté réclame des droits, tel est *a fortiori* le cas en démocratie, mais qu'en est-il de la capacité des citoyens à les exercer pleinement ? Ainsi, l'article de Naomi Wulf souligne-t-il le caractère quelque peu virtuel de la démocratie jacksonienne, les citoyens américains des années 1830 étant certes des hommes blancs politiquement et économiquement libres, mais également anxieux et insatisfaits. C'est de même une citoyenneté démocratique toute virtuelle, soutient Guillaume Marche, qui est concédée aux personnes homosexuelles dès lors que ne leur sont pas reconnus des droits effectifs. Par ailleurs, les articles de Naomi Wulf et d'Hélène Charlery montrent la difficulté à se prévaloir d'un droit dès lors qu'il est privatisé, c'est-à-dire qu'il n'est pas explicitement garanti dans le domaine public : tandis qu'un droit privatisé au bonheur perd de sa substance, la privatisation de l'interdit des relations interraciales apparaît comme l'indice de la profondeur de son ancrage culturel.

Ce dossier, enfin, met l'accent sur le caractère conflictuel inhérent à la vie démocratique, car la reconnaissance n'a rien d'automatique mais passe plutôt par l'affrontement entre des forces adverses. Marine Le Puloch montre ainsi que, même dans un contexte où l'État se pose en arbitre neutre, les autochtones doivent se saisir de l'affirmation de leurs droits, n'hésitant pas à renoncer à certains compromis dans l'espoir de voir définir leurs droits « inhérents » selon des critères qui leur agrément. Force est donc de conclure

que l'enjeu du sens qu'il convient de donner aux droits ne saurait disparaître au profit des seules questions procédurales. Ainsi, si la démocratie se fonde bien dans le droit, les droits ne suffisent pas à la faire vivre : encore faut-il que soient réunies certaines conditions non juridiques à leur exercice.

Mais il en va des conditions de cette démocratie réelle comme de la politique, c'est-à-dire qu'elle est le cas échéant l'objet de manipulations. Naomi Wulf montre ainsi que le discours majoritaire manipule la rhétorique des droits, dont il se prévaut pour affirmer, sans justification, que tous les droits sont garantis : l'État se pose en champion de la liberté et du bonheur, alors que ses opposants montrent que la réalité est tout autre. Ce sont aussi les procédures de mise en œuvre du droit qui donnent lieu à des manœuvres d'ordre politique : alors que sont réunis certains éléments, telle la pratique de l'agriculture et de l'élevage, qui auraient pu permettre la reconnaissance par les États-Unis du caractère « civilisé » des Navajo dès la fin des années 1840, ces derniers sont considérés comme « sauvages », ce qui dénote une volonté d'utiliser le droit pour les soumettre plutôt que pour les reconnaître. Nonobstant le risque de tels rapports inauthentiques, le caractère artificiel du droit crée inversement un cadre, un moule dans lequel les parties prenantes ont tendance à se couler, de sorte que la procédure même de sa mise en œuvre produit dans la société des effets structurants. Marine Le Puloch nous présente ainsi des autochtones qui se font plus constitutionnalistes que l'État n'est lui-même disposé à l'être.

Les contributions rassemblées dans ce dossier permettent donc de nuancer certaines idées reçues sur la judiciarisation des sociétés nord-américaines, car elles posent le problème du rapport entre le droit et la norme : si, d'une part, le droit canalise, structure et pose des barrières, il sanctionne, d'autre part, des évolutions qui sont à l'œuvre dans le reste de la société. Le droit crée-t-il la norme ou en résulte-t-il ? Ni l'une ni l'autre proposition ne suffit, nous semble-t-il, à rendre compte des significations sociales, politiques et culturelles du rapport complexe que les sociétés américaine et canadienne entretiennent avec le principe du droit et les institutions judiciaires. La diversité des articles et des thèmes abordés, articulée à la cohérence de la problématique d'ensemble, permet néanmoins d'aboutir à la conclusion selon laquelle ce qui importe, dans un cas comme dans l'autre, c'est que les citoyens se saisissent des droits. Outre l'importance de l'idée de participation, ce dossier souligne en effet que la conflictualité n'est pas un indice de l'échec ou de la fragilité de la démocratie, mais au contraire de son caractère bien vivant et de son dynamisme, le conflit étant non seulement le signe de l'existence d'enjeux pour lesquels les citoyens sont prêts à se battre, mais aussi l'indice de conditions dans lesquelles il leur est possible de le faire.