



Contradoutrina jurídica e os usos do direito

Entrevista com
Liora Israël

▼ A professora e pesquisadora francesa Liora Israël trabalha com temas relacionados à Justiça e ao Direito, às mobilizações coletivas e ao engajamento de profissões com a perspectiva da sociologia histórica. Atualmente, coordena uma pesquisa sobre o direito na formação das elites, o projeto *Élidroit* no Centro Maurice Halbwachs; é membro da EHESS (Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais), onde é professora convidada; da equipe PRO, do Centro Maurice Halbwachs; pesquisadora associada ao CEMS (EHESS/CNRS); da Rede Temática “Sociologia do Direito e da Justiça”, da Associação Francesa de Sociologia. Recebeu o Prêmio Adam Podgorecki de 2008 pela rede “sociologia do direito” da Associação Internacional de Sociologia (ISA). Além disso, integra o comitê de redação da *Revue Canadienne Droit et Société/Canadian Journal of Law and Society*; o comitê editorial da revista *Droit et Société* e o conselho de administração da Sociedade Francesa para a História das Ciências Humanas.

É autora de *Robes noires, années sombres : Avocats et magistrats en résistance pendant le Seconde Guerre mondiale* (Paris: Fayard, 2005), trabalho

pioneiro que investigou o engajamento dos juristas na Resistência ; *L'arme du droit* (Paris: Les Presses des Sciences Po, 2009) ; organizadora, com Danièle Voldman, de *Michael Pollak : De l'identité blessée à une sociologie des possibles* (Paris : Editions Complexe, 2008); com Guillaume Sacriste, Antoine Vauchez e Laurent Willemez, de *Sur la portée sociale du droit* (Paris : Presses Universitaires de France, 2005). Também coordenou números das revistas *Droit et Société*, *Politix* e *Sociétés Contemporaines*.

A entrevista foi concedida a Pádua Fernandes, que a traduziu. Em nota¹, pode-se ler o original em francês.

Prisma Jurídico – *Robes noires, années sombres*² é o primeiro livro consagrado ao engajamento de advogados e de magistrados na Resistência. Curiosamente, “a resistência judiciária não deixou traços visíveis na memória reivindicada por essas profissões, bem como não suscitou interesse notadamente entre os historiadores” (p. 407). Diferentemente, no Brasil, a Ordem dos Advogados não deixa de recordar seu papel na luta contra a ditadura militar (apesar do apoio que a Ordem concedeu aos militares nos primeiros anos do regime autoritário). Porque essa história caiu no esquecimento? As profissões jurídicas na França não estão mais comprometidas com a democracia? O formalismo jurídico esqueceu as múltiplas ligações entre direito e política?

Liora Israël – Com efeito, quando escolhi me dedicar ao fenômeno do engajamento de advogados e magistrados na Resistência contra o nazismo, pude constatar não só a ausência de trabalhos científicos sobre o assunto, como também os poucos traços que esses juristas deixaram na memória dessas profissões. Além do fato de que, efetivamente, apenas uma minoria desses profissionais do direito se engajou no lado da Resistência (como

ocorreu em outros grupos profissionais), parece-me que dois tipos de razões podem explicar esse apagamento da memória de fatos, no entanto, em grande parte positivos.

De um lado, verificou-se que a sorte dos próprios juristas, no imediato pós-guerra, revelou-se pouco propícia para a exaltação de uma memória como essa, notadamente em razão do processo de depuração. Os advogados obtiveram o direito de depurar a si mesmos, em razão de seu estatuto profissional, e conduziram, nessa ocasião, uma imagem pacificada de sua profissão em torno do termo da “Defesa”, apagando os comportamentos mais extremos, tratados como desvios, e dissimulando o papel decisivo que tiveram, notadamente em Paris, os advogados comunistas na construção da Resistência dos foros. Do lado dos magistrados, a necessidade de assegurar sua obediência às autoridades da República restaurada, que lhes demandava proceder à depuração política da sociedade francesa, não lhes permitia valorizar o comportamento daqueles que, sob o poder precedente, escolheram não obedecer e subverteram a legalidade.

Além dessas explicações históricas, parece-me que, na imagem deles mesmos, que esses grupos defendem, bem como nas representações que lhes são associadas, inclusive pelos historiadores, supõe-se rapidamente demais, que, por definição, os profissionais do direito são legalistas e, portanto, insuscetíveis de se engajar em uma via de ruptura com a legalidade como a da resistência. No entanto, foi frequentemente em nome do direito, o direito da República, associado aos valores liberais, que juristas escolheram se engajar contra um regime cuja aparente legalidade não era suficiente para legitimá-lo, na visão deles. Em parte, uma concepção simplista demais do direito levou a tornar invisíveis essas práticas subversivas.

PJ – Você citou Bourdieu sobre o uso duplo da “retidão daqueles que dizem o direito” (p. 143) como efeito e fundamento da imagem dos juristas. As diferentes profissões jurídicas não têm as mesmas imagens. Além disso, as formas de

resistência dos advogados e dos magistrados não foram as mesmas, e, tampouco, sua sorte na depuração do pós-guerra. Todavia, pode-se considerar essa “retidão” na recusa da arbitrariedade do poder como um ponto comum entre advogados e magistrados resistentes?

LI – Nessa citação de Bourdieu, os juristas devem “parecer” que se caracterizam pela retidão para poder dizer o direito de forma legítima. Penso que, se, moralmente falando, houve retidão no comportamento dos advogados e magistrados resistentes, ela não provinha, justamente, das aparências. Ao contrário, esses juristas – em todo acaso aqueles que continuaram a exercer a profissão – tiveram que enganar, isto é, não se deixarem ser vistos como resistentes, sob o risco de serem presos e comprometerem seu grupo. Se a invocação das regras, em certos casos, como quando o presidente da Ordem dos advogados, Charpentier, defendeu as prerrogativas, foi útil para a Resistência, era mais frequente que o jogo duplo possibilitasse, por trás da aparente submissão ao poder, as práticas de resistência.

PJ – Você afirmou que os juristas resistentes produziram uma contradoutrina para provar a ilegalidade do regime de Vichy e a legitimidade da Resistência. Essa contradoutrina era necessária para convencer os franceses e também os aliados. Penso em Lascoumes, que escreveu contra aqueles que só fazem lamentar de forma estéril sobre os fracassos (relativos) do direito, e também em Rancière. O pensamento jurídico pode encontrar novos meios de efetividade dos direitos humanos, ou eles são apenas um simples estatuto formal?

LI – Para mim, é difícil generalizar sobre esse ponto em relação ao período contemporâneo. O que tentei mostrar, ressaltando uma contradoutrina jurídica da Resistência, é que ela, por meio de seus juristas mais

eminentes, como René Cassin em Londres, desenvolveu um verdadeiro pensamento jurídico, uma contradoutrina que se opunha à doutrina predominante que legitimava o regime. Essa contradoutrina desempenhou, parece-me, uma função tripla: ela visava estabelecer a credibilidade do governo gaullista (que os EUA consideravam, no começo, como golpista, quando mantiveram sua embaixada junto ao governo Vichy até a ocupação da zona sul em novembro de 1942); ela visava igualmente construir argumentações suscetíveis de convencer os juristas franceses, profissionais ou acadêmicos, “demonstrando” juridicamente que a ilegalidade era do governo Vichy e não da Resistência; tinha igualmente uma função de projetar no futuro os fundamentos jurídicos do restabelecimento da legalidade republicana. Parece-me que, por meio de seu poder de convicção bem como de sua dimensão performativa, ao construírem a parte institucional da França Livre (por exemplo, com a criação de um diário oficial), os trabalhos jurídicos conduzidos na Resistência tiveram um papel político maior na relação de força entre os dois campos que pretendiam encarnar a França.

PJ – Com Guillaume Mouralis, você sustentou que é incorreto ligar necessariamente positivismo jurídico com colaboracionismo, pois “[...] certos juízes foram além das exigências formais da lei para satisfazer o poder político [...]”, e havia “[...] outros que limitaram ou subverteram, por meio de comportamentos resistentes fundamentados no direito positivo, a função repressiva que o regime entendia fazê-los exercer [...]”.³ Além dos fatores institucionais implicados, a dualidade da norma jurídica, que afirma o poder estatal, mas também o limita, relativiza a divisão entre jusnaturalismo e positivismo jurídico?

LI – Parece-me que o que fizemos não foi para relativizar a diferença entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, mas para sugerir que era ne-

cessário passar de uma abordagem normativa do direito para uma realista, atenta aos “usos”. Desse ponto de vista, era possível evidenciar o fato de que são práticas apoiadas no direito positivo e, notadamente, em aplicações literais que lidavam com os procedimentos judiciais, que puderam ser particularmente úteis para a Resistência, enquanto, em contraste, a adesão ao regime pode levar os juízes a fazer prevalecer os valores sobre a letra da lei em seus julgamentos. Sob esse ponto de vista, a ideia de uma ligação entre positivismo jurídico e colaboração, defendida notadamente por Danièle Lochak ou Alain Bancaud, nos parecia certamente corresponder à prática da maioria dos juristas, em que se combina rotina profissional com adesão ao poder, mas não poderia ser considerada como um nexos explicativo ou causal. Não se tratava, então, tanto de estabelecer uma “natureza” do direito, que depende da interpretação do jurista, mas não do sociólogo, e sim de mostrar a plasticidade e a reversibilidade desses usos, em razão dos objetivos políticos dos advogados ou dos magistrados. Dessa forma, em vez de supor que sua concepção do direito tê-los-ia levado, sem falta, a um tipo de engajamento do que a um outro, tentamos, ao contrário, mostrar que é em decorrência de escolhas políticas prévias que eles puderam manejar o direito de forma diferente, e em razão de contextos de ação a que se deviam adaptar.

PJ – Você escreveu de que forma os direitos de defesa foram percebidos “[...] como uma ameaça pelo poder político [...]”⁴ no contexto das lutas contra o colonialismo francês. Os advogados exerceram um papel-chave nesses combates?

LI – Vou desenvolver aqui o exemplo mais marcante das guerras coloniais francesas, a guerra da Argélia. Os advogados tiveram um papel visível e, ao mesmo tempo, desconhecido. Visíveis, eles o foram, particularmente por meio da defesa da ruptura teorizada e encarnada por Jacques Vergès que, em nome da Frente de Libertação Nacional Argelina (FLN) transformou o tribunal em zona de guerrilha, e na arena política em de-

trimento da busca de clemência para seus clientes. Além desse caso limite, que ficou circunscrito a processos célebres e, geralmente, julgados na França metropolitana, os advogados tiveram um papel mais matizado no conjunto dos processos, estudados em particular por Sylvie Thénault em um artigo que aparecerá em *Le mouvement social*. Com efeito, os advogados que defendiam nacionalistas ou pessoas acusadas de o serem estavam, eles mesmos, mais ou menos engajados em favor de certos metropolitanos e de outros residentes da Argélia, e, em regra geral, preocupados com a sobrevivência de seus clientes em um contexto em que a pena de morte causava estragos. Os advogados também desempenharam uma função, mais ou menos grande, na manutenção das formas de comunicação entre seus clientes e o mundo fora das prisões, seja com o movimento político, seja com a família. Diante de um aparelho judiciário particularmente repressivo, no qual o Exército desempenhava um papel decisivo, a função de intermediário e a vontade de evitar o pior – a pena de morte – constituíram, com frequência, o coração da atividade dos advogados, ainda mais do que a defesa propriamente dita nos tribunais, que eram largamente hostis. Para os advogados mais engajados, a defesa se fazia também fora do tribunal, isto é, na imprensa, utilizada como tribuna.

Em todos esses casos, a defesa dos nacionalistas, na medida em que ela poderia aparecer como uma defesa dessa causa ou, pelo menos, uma crítica à repressão que a atingia, foi vista como um perigo para o poder político. Essa é a razão porque formas de repressão específicas visaram atingir os mais visíveis entre esses advogados, seja por via da prisão administrativa, da proibição de viajar para a Argélia, até de inquéritos criminais que tiveram como alvo, por exemplo, Maître Oussedik e Vergès.

Essa criminalização do papel dos advogados, que encontramos em outros contextos de forte conflitualidade social e política, suscitou, além das afinidades políticas, a afirmação de solidariedades profissionais que conduziram, por exemplo, a seção dos advogados de Paris a protestar publicamente contra a prisão de certos de seus colegas na Argélia. Esses pro-

testos públicos tiveram, sem dúvida, igualmente um certo peso na crítica moral crescente à condução daquilo que era qualificado, não de guerra, mas de “eventos” pelas autoridades francesas.

PJ – No texto “Face aux gouvernements, les droits de l’homme”, Foucault tentou fundamentar os direitos humanos e a cidadania internacional no direito de resistência: “A infelicidade dos homens não deve jamais ser um resto mudo da política. Ela fundamenta um direito absoluto de se erguer e se dirigir àqueles que detêm o poder.”⁵ Do outro lado da transnacionalização do direito e da economia, pode-se falar também da transnacionalização da contestação? Que papel o direito internacional pode ter nesse caso?

LI – Parece-me que a transnacionalização da contestação pelo direito, se ela se desenvolve bem, em certa medida, é uma forma que dificilmente se adapta a novos obstáculos, mais do que um verdadeiro recurso. Com efeito, mesmo os aspectos mais espetaculares da globalização dos direitos humanos, como o surgimento de uma justiça penal internacional que deveria lutar contra a impunidade, ficam, na prática, marcados pelas fortes limitações associadas a esse tipo de justiça, seja em relação ao seu perímetro, forçosamente restrito no tocante aos crimes cometidos, seja em relação à força das negociações diplomáticas que contraria a aplicação relativamente homogênea desses princípios e procedimentos (como o testemunha o fracasso dos inquéritos – especialmente pela via da competência universal – visando dirigentes de países ocidentais). Além disso, o acesso a instâncias internacionais ou a práticas transnacionais ou a práticas transnacionais fundamentadas em usos estratégicos dos recursos jurídicos, como o *forum shopping* descrito notadamente por Benoît Frydman e Ludovic Hennebel, é largamente contrariado pelo custo de tais procedimentos, que supõem

simultaneamente competências jurídicas muito precisas e a capacidade de agir de forma concertada em vários países. Se certas ONG de defesa do meio ambiente ou dos direitos humanos estão à altura de encarar essas estratégias, os custos e obstáculos técnicos que as organizações em seu conjunto encontram é um obstáculo maior, notadamente quando se trata de situar-se no plano da luta contra empresas multinacionais cujo patrimônio supera, às vezes, o PIB de certos Estados, e que são dotadas de verdadeiras armadas de juristas especializados pagos a peso de ouro. Desde então, a transnacionalização da contestação pelo direito pode talvez ser considerada como uma evolução necessária, mas altamente problemática, pelos movimentos contestadores.

Notas

- 1 Contre-doctrine juridique et usages du droit: entretien avec Liora Israël

Prisma Jurídico – «Robes noires, années sombres» est le premier livre consacré à l’engagement d’avocats et des magistrats dans la Résistance. Curieusement, «la résistance judiciaire ne laissa pas de traces visibles dans la mémoire revendiqué par ces professions, pas plus qu’elle ne suscita d’intérêt notamment chez les historiens» (p. 407). Par contre, au Brésil l’Ordre professionnel des avocats ne cesse pas de rappeler son rôle dans la lutte contre la dictature militaire (cela malgré le soutien que l’Ordre a donné aux militaires dans les premiers années du régime autoritaire). Pourquoi cette histoire est-elle tombée dans l’oubli? Est-ce que les professions juridiques en France ne sont plus engagés dans la démocratie? Est-ce que le formalisme juridique a oublié les multiples liaisons entre droit et politique?

Liora Israël – En effet, lorsque j’ai choisi de m’intéresser au phénomène de l’engagement dans la Résistance contre le nazisme d’avocats et de magistrats, je n’ai pu que constater l’absence de travaux scientifiques portant sur le sujet, mais aussi le peu de place que ces juristes avaient laissé dans la mémoire de ces professions. Au-delà du fait qu’effectivement, seule une minorité de ces professionnels du droit s’engagea du côté de la

Résistance (comme dans les autres groupes professionnels), il me semble que deux types de raison peuvent expliquer cet effacement de la mémoire de faits pourtant plutôt positifs.

D'une part, du côté des juristes eux-mêmes, leur sort dans l'immédiat après-guerre se révéla peu propice à l'exaltation d'une telle mémoire, notamment du fait du processus de l'épuration. Du côté des avocats, ceux-ci obtinrent le privilège de s'épurer eux-mêmes, au titre de leur régulation professionnelle, et construisirent à cette occasion une image pacifiée de la profession autour du terme de la «Défense», gommant à la fois les comportements les plus extrêmes traités comme des déviances, et dissimulant le rôle décisif joué, notamment à Paris, par les avocats communistes dans la construction de la Résistance des barreaux. En ce qui concerne les magistrats, la nécessité de s'assurer de leur obéissance à l'égard des autorités de la République restaurée, qui leur demandait de procéder à l'épuration politique de la société française ne permit pas la mise en valeur des comportements de ceux qui, sous le pouvoir précédent, avaient choisi de ne pas obéir et de subvertir la légalité.

Outre ces explications historiques, il me semble que dans l'image d'eux-mêmes que défendent ces groupes tout comme dans les représentations qui leur sont associées, y compris de la part des historiens, on suppose souvent trop rapidement que, par définition, les professionnels du droit sont légalistes et donc non susceptibles de s'engager sur le voie d'une rupture avec la légalité telle que l'entrée en résistance. Pourtant c'est souvent au nom du droit, celui de la République et associé au valeurs libérales, que des juristes choisirent de s'engager contre un régime dont l'apparente légalité ne suffisait pas à le rendre légitime à leurs yeux. Une conception trop simpliste du droit a donc conduit en partie à invisibiliser ces pratiques subversives.

PJ – Vous avez cité Bourdieu sur l'usage double de la «droiture de ceux qui disent le droit» (p. 143) comme effet et fondement de l'image des juristes. Les différentes professions juridiques n'ont pas les mêmes images. En outre, les formes de résistance d'avocats et de magistrats ne furent pas les mêmes, et leur sort dans l'épuration de l'après-guerre non plus. Toutefois, est-ce qu'on peut considérer cette «droiture» dans le refus de l'arbitraire du pouvoir comme un point commun entre avocats et magistrats résistants?

LI – Dans cette citation de Bourdieu, les juristes doivent «apparaître» caractérisés par leur droiture pour pouvoir dire le droit de façon légitime. Il me semble que si droiture il y eut, au sens moral, dans les comportements des avocats et magistrats résistants, elle ne relevait pas, justement, des apparences. Au contraire, ces juristes durent le plus souvent – en tout cas pour ceux qui continuaient à exercer – donner le change, c'est-à-dire ne

pas se donner à voir comme résistants, au risque sinon d'être arrêtés et de compromettre leur groupe. Si le rappel des règles, dans certains cas précis comme lorsque le bâtonnier Charpentier défendit les prérogatives de l'Ordre, put servir la Résistance, le plus souvent c'est le double-jeu qui rendit possible, derrière l'apparente soumission au pouvoir, les pratiques de résistance.

PJ – Vous avez affirmé que les juristes résistants ont produit une contre-doctrine pour prouver l'illegalité du régime de Vichy et la légitimité de la Résistance. Cette contre-doctrine était nécessaire à convaincre les français et aussi les alliés. Je pense à Lascoumes, qui a écrit contre ceux qui ne font que «poursuivre un lamento stérile sur les échecs (relatifs) du droit», et aussi à Rancière. Est-ce que la pensée juridique peut trouver des nouveaux moyens d'effectivité des droits de l'homme, ou ne sont-ils qu'un simple statut formel?

LI – Il m'est difficile de généraliser pour la période contemporaine sur ce point. Ce que j'ai essayé de montrer en mettant en évidence une contre-doctrine juridique de la Résistance, c'est que celle-ci, à travers ses juristes les plus éminents comme René Cassin à Londres, développa une véritable pensée juridique, une contre doctrine au sens où elle s'opposait à la doctrine dominante légitimant le régime. Cette contre-doctrine joua me semble-t-il une triple fonction : elle visait à établir la crédibilité du gouvernement gaulliste (que les USA considéraient au départ comme séditieux, alors qu'ils gardaient leur Ambassade à Vichy jusqu'à l'occupation de la Zone Sud en novembre 1942) ; elle visait également à construire des argumentaires susceptibles de convaincre les juristes français, professionnels ou académiques, en «démontrant» juridiquement que l'illégalité se trouvait du côté de Vichy et non de la Résistance ; elle avait également une fonction de projection dans l'avenir en établissant les fondements juridiques du rétablissement de la légalité républicaine. Il me semble que, par leur pouvoir de conviction comme dans leur dimension performative en tant qu'ils construisaient la part institutionnelle de la France Libre (par exemple avec la parution d'un journal officiel), les travaux juridiques menés dans la Résistance jouèrent un rôle politique majeur dans le rapport de force entre les deux camps qui prétendaient incarner la France.

PJ – Avec Guillaume Mouralis, vous avez soutenu qu'il est incorrect de lier nécessairement positivisme juridique avec collaborationnisme, parce que «certaines juges étaient allés au delà des exigences formelles de la loi pour satisfaire le pouvoir politique», et il y avait «d'autres qui avaient limité ou subverti, par des comportements résistants fondés sur

le droit positif, la fonction répressive que le régime entendait leur faire jouer» (Les magistrats, le droit positif et la morale. Usages sociaux du naturalisme et du positivisme juridiques dans la France de Vichy et en Allemagne depuis 1945, p. 76). Au delà des facteurs institutionnels impliqués, est-ce que la dualité de la norme juridique, qui affirme le pouvoir étatique mais aussi limite ce pouvoir, relativise la division entre naturalisme et positivisme juridiques ?

LI – Il me semble que nous n'avons pas tant relativisé la différence entre naturalisme et positivisme juridique, que suggéré qu'il fallait passer d'une approche normative du droit, à une approche réaliste attentive aux «usages». De ce point de vue, il était possible de mettre en évidence le fait que ce sont des pratiques appuyées sur le droit positif, et notamment sur des applications littéralistes et jouant sur la procédure, qui avaient pu être particulièrement utiles à la Résistance, alors que par contraste l'adhésion au régime avait pu conduire les juges à faire prévaloir des valeurs sur la lettre du droit dans leurs jugements. De ce point de vue, l'idée d'un lien entre positivisme juridique et collaboration, défendu notamment par Danièle Lochak ou Alain Bancaud, nous semblait certes correspondre à la pratique de la majorité des juristes, combinant routine professionnelle et adhésion au pouvoir, mais ne pouvait être considérée comme un lien explicatif ou de causalité. Il ne s'agissait donc pas tant d'établir une «nature» du droit, qui relève de l'interprétation du juriste mais non de celle du sociologue, que de montrer la plasticité et la réversibilité de ces usages en fonction des objectifs politiques des avocats ou des magistrats. Ainsi, plutôt que de supposer que leur conception du droit les aurait inmanquablement portés à un type d'engagement plutôt qu'à un autre, nous avons au contraire cherché à montrer que c'est en fonction de choix politiques préalables qu'ils avaient pu manier le droit de manière différente, et en fonction de contextes d'action auxquels ils devaient s'adapter.

PJ – Vous avez écrit comment les droits de la défense ont été perçus «comme une menace par le pouvoir politique» dans le contexte des luttes contre le colonialisme français (*L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009, p. 70). Est-ce que les avocats ont joué un rôle clé dans ces combats?

LI – Je vais développer ici l'exemple de la plus marquante des guerres coloniales françaises, la guerre d'Algérie. Les avocats ont joué un rôle à la fois visible et méconnu. Visibles, ils l'ont été particulièrement à travers la défense de rupture théorisée et incarnée par Jacques Vergès, qui au nom du FLN (Front de Libération Nationale algérien) transforma le prétoire en zone de guérilla, et en arène politique au détriment de la recherche de

la clémence pour ces clients. Au-delà de ce cas limite, qui resta circonscrit à des procès célèbres et souvent jugés en France métropolitaine, les avocats jouèrent un rôle plus nuancé dans la masse des procès, étudiés en particulier par Sylvie Thénault dans un article à paraître dans *Le mouvement social*. En effet, les avocats qui défendaient des nationalistes ou des personnes accusées de l'être étaient eux-mêmes plus ou moins engagés, pour certains métropolitains et pour d'autres résidents d'Algérie, et en règle générale soucieux de la survie de leurs clients dans un contexte où sévissait la peine de mort. Les avocats jouaient également un rôle, plus ou moins grand, dans le maintien de formes de communications entre leurs clients et l'extérieur des prisons, qu'il s'agisse de leur mouvement politique ou de leur famille. Face à un appareil judiciaire particulièrement répressif dans lequel l'armée jouait un rôle décisif, la fonction d'intermédiaire et la volonté d'éviter le pire – la peine de mort – constituèrent souvent le cœur de l'activité des avocats, davantage que leur rôle de défenseur proprement dit devant des tribunaux qui leur étaient largement hostiles. Pour les plus engagés des avocats, la défense se jouait aussi en dehors du tribunal, c'est-à-dire aussi devant la presse utilisée comme une tribune.

Dans tous ces cas, la défense des nationalistes, en tant qu'elle pouvait apparaître comme une défense de cette cause ou tout le moins comme une critique de la répression qui les visait, fut perçue comme un danger pour le pouvoir politique. C'est pourquoi des formes de répression spécifiques visèrent les plus visibles d'entre eux, que ce soit par le biais de l'internement administratif, de l'interdiction de se rendre en Algérie, voire des poursuites pénales ayant par exemple visé Maître Oussedik et Vergès.

Cette criminalisation du rôle des avocats, que l'on retrouve dans d'autres contextes de forte conflictualité sociale et politique, suscita, bien au-delà des affinités politiques, l'affirmation de solidarités professionnelles qui conduisit par exemple le barreau de Paris à protester publiquement contre l'internement de certains de leurs confrères en Algérie. Ces protestations publiques eurent sans doute également un certain poids dans la critique morale croissante relative à la conduite de ce qui était qualifié, non de guerre, mais «d'événements», par les autorités françaises.

PJ – Dans le texte «Face aux gouvernements, les droits de l'homme», Foucault a essayé de fonder les droits de l'homme et la citoyenneté internationale dans le droit de résistance: «Le malheur des hommes ne doit jamais être un reste muet de la politique. Il fonde un droit absolu à se lever et à s'adresser à ceux qui détiennent le pouvoir.» (*Dits et écrits II 1976-1988*, Gallimard, 2001, p. 1527). De l'autre côté de la transnationalisation du droit et de l'économie, peut-on parler de la transnationalisation de la contestation? Quel rôle le droit international peut-il jouer dans ce cas?

LI – Il me semble que la transnationalisation de la contestation par le droit, si elle se développe bien dans une certaine mesure, est une forme d'adaptation difficile à de nouvelles contraintes, davantage qu'une véritable ressource. En effet, même les aspects les plus spectaculaires de la globalisation des droits de l'homme, tels que l'essor d'une justice pénale internationale censée lutter contre l'impunité, restent dans les faits marqués par les limitations fortes associées à ce type de justice, qu'il s'agisse de son périmètre forcément restreint au regard des crimes commis, ou de la force des enjeux diplomatiques contrariant la mise en œuvre relativement homogènes de ces principes et de ces procédures (comme en témoigne l'échec des poursuites –notamment par le biais de la compétence universelle – visant des dirigeants de pays occidentaux). En outre, l'accès à ces instances internationales ou à des pratiques transnationales fondées sur des usages stratégiques de la ressource juridique, telles que le forum shopping décrit notamment par Benoît Frydman et Ludovic Hennebel, est largement contrarié par le coût induit par de telles procédures, supposant à la fois des compétences juridiques très précises et la capacité à agir de façon concertée dans plusieurs pays. Si certaines ONG de défense de l'environnement ou des droits de l'homme sont en mesure d'envisager de telles stratégies, les coûts et les obstacles techniques que rencontrent ces organisations dans leur ensemble est un handicap majeur, notamment lorsqu'il s'agit de se situer sur le plan de la lutte contre des firmes multinationales dont le chiffre d'affaire dépasse parfois le chiffre d'affaire de certains états, et qui sont dotées de véritables armadas de juristes spécialisés et payés à prix d'or. Dès lors, la transnationalisation de la contestation par le droit peut-être considérée comme une évolution nécessaire mais hautement problématique pour les mouvements contestataires.

- 2 ISRAËL, Liora. *Robes noires, années sombres*. Paris: Fayard, 2005.
- 3 ISRAËL, Liora; MOURALIS, G. Les magistrats, le droit positif et la morale. Usages sociaux du naturalisme et du positivisme juridiques dans la France de Vichy et en Allemagne depuis 1945, in ISRAËL, L. ; SACRISTE, G. ; VAUCHEZ, A. ; VILLEMEZ, L. (dir.) *Sur la portée sociale du droit*. Paris : PUF, 2005, p. 76.
- 4 ISRAËL, Liora. *L'arme du droit*. Paris: Presses de Sciences Po, 2009, p. 70.
- 5 FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits II 1976-1988*. Paris: Gallimard, 2001, p. 1527.