

Annexe 1

Droit, justice et démocratie : le rôle des juges dans les sociétés modernes

Conférence prononcée par Dominique Rousseau, professeur de droit à l'université Montpellier I, le 11 mai 2001, dans le cadre des journées nationales d'information et d'animation sur les programmes d'ECJS du cycle terminal.

Même si le titre de l'exposé est libellé ainsi : « Droit, justice et démocratie : le rôle du juge dans les sociétés modernes », mon propos portera essentiellement sur le rôle du juge dans les sociétés contemporaines. Je n'essayerai pas de porter de jugement de valeurs sur la question et ne débattrai pas sur le fait de savoir si son rôle est trop ou pas assez important.

J'essayerai, en tant que juriste, d'appréhender ce qui fait problème dans notre société. Je constaterai qu'un nouvel acteur intervient désormais de manière inhabituelle et inattendue par rapport à nos traditions politiques et juridiques.

La montée en puissance des juges en France et en Europe

La fin de la contradiction née des constructions des sociétés française et américaine

On a coutume de dire que les États-Unis ont été fondés par les *lawyers*, c'est-à-dire les avocats et les juges, et que la France a été construite par les hauts fonctionnaires, qu'il s'agisse des intendants de l'Ancien Régime ou des préfets et des énarques plus récemment. Cette construction a été réalisée en même temps pour ces deux pays. C'est en effet durant le XVIII^e siècle que s'est jouée cette différenciation des acteurs porteurs de la construction de la société. Or, depuis plusieurs années, cette différence semble être remise en cause. On assiste en effet en France à « la montée en puissance des juges ».

La montée en puissance du juge judiciaire et du juge administratif

La France comporte deux grandes juridictions : la juridiction administrative, qui juge les conflits entre les particuliers et la puissance publique, et la juridiction judiciaire, qui juge des conflits entre particuliers. Le juge judiciaire et le juge administratif semblent être aujourd'hui de plus en plus sollicités, et ce, tant par les citoyens que par les pouvoirs publics. Prenons l'exemple de l'affaire du foulard islamique. On s'est demandé s'il fallait ou non interdire le port du foulard dans les écoles. C'est au Conseil d'État que le ministre de l'Éducation nationale de l'époque, actuellement Premier ministre, a demandé de prendre position sur le sujet. On aurait pu imaginer que le Parlement réponde à cette question en votant une loi. On aurait également pu imaginer que les partis politiques se réunissent et arrêtent une position commune sur la question. Au lieu de solliciter les acteurs politiques, on a demandé au juge administratif de dire quelle était la règle applicable dans un tel cas.

Autre exemple. Jusqu'en 1982, le contrôle des actes des maires et des collectivités locales était exercé par le préfet, c'est-à-dire le représentant du gouvernement dans les départements. En 1982, on a retiré ce pouvoir de contrôle au préfet pour le confier au juge administratif. Mes propos ne tendent pas à affirmer que le contrôle politique exercé sur ces actes était meilleur que le contrôle juridictionnel. Je constate simplement que ce n'est pas le juge qui cherche à prendre le pouvoir, mais que ce sont les pouvoirs publics qui abandonnent une partie de leurs responsabilités au juge administratif.

Nous avons assisté parallèlement à une montée en puissance du juge judiciaire. Prenons l'exemple de la loi Aubry de 1984, relative aux licenciements. L'autorisation administrative de licenciement a été supprimée et a été remplacée par l'autorisation judiciaire. En effet, si auparavant l'inspecteur du travail devait apprécier les plans sociaux et les autoriser, c'est désormais le juge qui doit se prononcer sur la légalité des plans sociaux.

Je citerai également le cas de l'arrêt Perruche, rendu récemment par la Cour de cassation. On a demandé

si un enfant qui naît handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic du médecin a droit à une indemnité pour être né handicapé. C'est le juge qui a dû se prononcer et répondre à cette question. Les hommes politiques ont estimé que ce n'était pas au juge de déterminer si des vies méritent d'être vécues et d'autres pas ou encore si des vies devaient être indemnisées et d'autres non. Les hommes politiques ont en effet considéré que c'était à eux qu'il revenait de régler ces grandes questions. Mais force est de constater que c'est le juge qui a réglé concrètement ce débat. De même, c'est le juge judiciaire qui a répondu à des questions d'ordre éthique assez difficiles. Ce dernier s'est en effet prononcé sur la fécondation in vitro dans le cas d'une femme qui souhaitait utiliser le sperme de son mari décédé afin d'avoir un enfant.

L'apparition du juge constitutionnel dans l'espace juridique français

Nous avons par ailleurs assisté à l'apparition d'un nouveau juge dans l'espace politique français : le juge constitutionnel. Le juge constitutionnel a été prévu par la Constitution de 1958. Ce juge doit dire si la loi votée par le Parlement respecte les grands droits fondamentaux consacrés et reconnus par la France. Il doit par exemple déterminer si la loi votée par les élus du peuple respecte le droit à la santé, le droit de grève ou encore le droit à l'emploi. Si la loi édictée porte atteinte à ces droits, le juge aura la possibilité de censurer la loi. Ce juge, qui n'existait pas avant 1958, tient aujourd'hui une place considérable dans le paysage politique et juridique. Ainsi, l'avenir du projet de loi du gouvernement dépend du Conseil constitutionnel. Nous savons en effet de quelle façon se comporteront les députés par rapport à ce projet de loi, les disciplines de vote étant bien définies. Toute la question est de savoir si le Conseil constitutionnel acceptera de valider l'enseignement obligatoire de la langue corse et la possibilité pour l'Assemblée corse de déroger aux lois nationales.

Nous assistons donc à une montée en puissance des différents juges, qui interviennent à présent dans tous les secteurs de la société : le domaine politique, le domaine administratif et le domaine privé. Je mentionnerai également le rôle du juge financier qui intervient dans le cadre de la Cour des comptes.

L'extension du champ d'intervention des juges

Progressivement, les juges sont appelés à intervenir dans tous les secteurs d'activité. Cette situation n'est pas spécifique à la France, mais se vérifie dans tous les pays d'Europe. Il convient ici de faire référence à l'opération « mains propres » en Italie, qui a conduit à faire partir les trois quarts de la classe politique italienne. Aujourd'hui, le parti de la démocratie chrétienne n'existe plus. Cette opération a eu pour effet de détruire la première République italienne, certains

évoquant même une deuxième République. Je citerai également les cas de l'Espagne avec le juge Garzon, de l'Angleterre, de l'Allemagne et de la Belgique avec l'affaire Dutroux. Force est de constater que ce phénomène se produit au même moment dans tous les pays.

La mondialisation de la place et du rôle du juge dans la gestion des conflits

Le sort de Milosevic relève aujourd'hui de la compétence du Tribunal pénal international. Récemment, le statut de la Cour pénale internationale a été signé à Rome. En outre, l'affaire Pinochet tend à confirmer la mondialisation du rôle du juge. En effet, c'est un juge espagnol qui demande à un juge anglais d'arrêter Pinochet afin que celui-ci soit jugé par un juge chilien. Certains pourraient affirmer qu'il s'agit là d'une atteinte au principe de la souveraineté nationale. On peut parler d'une « Internationale des juges » : personne n'est à l'abri, et Pinochet a pu être extradé pour être jugé au Chili.

Je vous ferai part d'exemples concernant les États-Unis, encore plus en avance sur nous. Les juges ont notamment dû se prononcer, il y a cinq ans sur le « lapin » posé par un fiancé à sa fiancée. Cette dernière a gagné, les juges ayant considéré qu'il y avait rupture du contrat. Le fiancé a été condamné à payer la robe que la jeune femme s'était achetée pour le rendez-vous.

Les juges américains jugent actuellement un « cyber-adultère ». Un homme est tombé par hasard sur les « correspondances électroniques », lettres torrides, que sa femme a échangées avec un inconnu. Les juges essayent de déterminer si cette relation est virtuelle ou non. Peut-on considérer qu'il existe un « cyber-adultère » lié à la volonté de la femme de rencontrer cet homme ? Prenons également l'exemple des premiers procès des fabricants de cigarettes.

L'évolution du rôle et de la place du juge dans la société française

Ce phénomène est tout à fait nouveau pour la société française. Je n'apprendrai pas aux historiens dans cette salle qu'on a davantage fait la révolution contre les juges que contre les rois en 1789. Le guillotinage de Louis XVI n'était pas l'objectif premier des révolutionnaires ; à part quelques républicains comme Condorcet, les autres étaient partisans d'une monarchie constitutionnelle et tempérée. En revanche, les révolutionnaires ont dès 1790 interdit au juge de « *s'immiscer dans les affaires législatives et administratives* ». Les révolutionnaires comme Danton et Robespierre étaient d'abord des juristes et ont connu les pratiques de l'Ancien Régime : les parlements de l'Ancien Régime usaient du droit de remontrance et s'étaient arrogé la possibilité de refuser l'enregistrement des ordonnances royales, contraignant le roi à

venir tenir un lit de justice pour obliger les parlements à enregistrer les ordonnances royales. En 1789, les révolutionnaires ont souhaité casser le pouvoir judiciaire car celui-ci était apparu comme un obstacle aux réformes prônées par Louis XV et par Louis XVI.

Lors de la première Constitution de 1791, le Tribunal de cassation était directement rattaché au corps législatif, et il était demandé aux juges de s'adresser aux députés lorsqu'ils avaient un doute sur la manière dont il fallait comprendre et interpréter la loi. C'est à partir de cette époque qu'est née en France une tradition d'hostilité à l'égard du juge. Ainsi, la Constitution française mentionne le « pouvoir législatif », le « pouvoir exécutif », mais une « autorité judiciaire » afin de souligner que la justice n'est pas un pouvoir, mais une simple autorité, soumise à un pouvoir. J'ajoute que lorsque M^{me} Guigou, alors qu'elle était garde des Sceaux, a proposé que la réforme constitutionnelle fasse référence à un « pouvoir judiciaire » plutôt qu'à une « autorité judiciaire », tous les partis politiques s'y sont opposés, rappelant que la tradition française ne fait pas référence à un pouvoir, mais à une autorité.

Les juges ne retrouvent-ils pas aujourd'hui le pouvoir qu'ils avaient perdu en 1789 ?

Comment expliquer que le juge devienne aujourd'hui un acteur social considérable des sociétés contemporaines ? Quelle est la signification de ce nouveau rôle ?

Les raisons de la montée en puissance des juges

Les causes institutionnelles

Cette montée en puissance s'explique en partie par le déclin des institutions qui exerçaient jusqu'alors un rôle de pouvoir, de contrôle et de sanction sur les différentes activités sociales. Celles-ci ne jouant plus ce rôle, elles ont laissé une place vide qui a été occupée par le juge. Prenons l'exemple de l'affaire du sang contaminé, qui s'est terminée devant le juge alors qu'il n'y avait aucune raison pour que cette affaire soit examinée par lui. Pour quelles raisons le juge a-t-il dû traiter cette affaire ? Parce que le Parlement français, instance de contrôle traditionnelle de l'activité des hommes politiques, n'exerce plus ce rôle de contrôle.

Il convient de préciser que la Constitution de 1958 a complètement verrouillé toutes les pratiques de contrôle que pouvaient exercer les députés. Il est aujourd'hui très difficile de renverser un gouvernement, de même qu'il est très difficile de constituer une commission d'enquête parlementaire. Je rappelle en effet que les commissions d'enquête parlementaire sont constituées à la demande de la majorité, qu'elles ne durent que six mois et que seule une auto-

risation du ministre permet aux fonctionnaires d'être écoutés. Par conséquent, cette instance de contrôle et ce contre-pouvoir à l'action des politiques déclinant, il a bien fallu trouver un lieu pour que les responsables politiques soient jugés de leurs actes. Le Parlement ne remplissant pas son rôle, on a alors porté la question du sang contaminé devant le juge. Vous pouvez décliner cet exemple à d'autres sphères d'activités. Pour quelles raisons autant de patrons se sont-ils retrouvés devant les juges ? Parce que les conseils d'administration ne remplissent plus leur rôle de contrôle des activités des PDG. Cette situation s'explique par la particularité du capitalisme français, qui consiste en un actionariat croisé. Chacun participant au conseil d'administration de l'autre, il n'y a plus de contrôle possible. Dès lors, dès que les actionnaires minoritaires rencontrent un problème, ils le soumettent au juge.

Prenons encore l'exemple du procès de l'ARC (Association de recherche contre le cancer). Les assemblées générales ne remplissent plus leur rôle de contrôle des associations de loi 1901. Là aussi, dès que l'on rencontre un problème, celui-ci est apprécié par un juge.

Ce ne sont pas les juges qui veulent davantage de pouvoir. Ces derniers prennent le pouvoir par défaut d'action des institutions classiques ou des partis politiques qui, s'ils contrôlaient mieux la manière dont ils sélectionnent leurs candidats, ne verraient pas certaines personnes se présenter devant la justice. C'est parce qu'il y a déclin des instances politiques de contrôle que le juge a été saisi d'un certain nombre d'affaires dont il ne voulait pas être saisi.

Les causes socio-politiques

Les causes sociales ou sociologiques

Les juges actuellement en place sont issus de la génération de 1968. Ils ont été formés par l'ENM (École nationale de la magistrature), qui dispense une formation différente de celle dont ont bénéficié leurs prédécesseurs. Cette école dépose en effet dans l'esprit des juges certaines idées et certains principes qui marquent la pratique des juges d'aujourd'hui. Vient se greffer à cette situation, et durant la même période, un discours sur l'État de droit. Cette notion est apparue dans les années 1970, et le premier discours qui y fait référence fut prononcé par Valéry Giscard d'Estaing.

Qu'est-ce que l'État de droit ? C'est l'État qui est soumis au droit. Cet État peut être sanctionné s'il ne respecte pas le droit. Cela signifie que si l'Assemblée nationale ne respecte pas les droits de l'homme, elle peut être sanctionnée. Depuis trente ans, ce principe, ainsi que le concept d'indépendance de la justice, ne cessent d'être affirmés. Les juges ont fini par croire à cette affirmation et ont donc appliqué ces principes,

à la grande surprise des hommes politiques et des chefs d'entreprise. Quelques-uns ont été en effet incarcérés sur décision des juges. Ils ont été en quelque sorte les victimes du discours qu'ils avaient tenu.

Il convient également de prendre en compte la pyramide des âges des juges actuellement en fonction. Aujourd'hui, la possibilité de progression de carrière des juges est très restreinte. Le jeu des politiques sur les carrières des juges n'étant désormais plus possible, les juges ne mettent pas en danger la progression de leur carrière en appliquant la loi à tout le monde. Cet élément matériel explique en partie la montée en puissance des juges. La dernière proposition de loi de M^{me} Guigou tendait d'ailleurs à redonner du jeu dans la gestion de la carrière des magistrats en créant des échelons supplémentaires.

Le déclin des grands récits explicatifs sur la société, intervenu à la même époque, vient également expliquer en partie l'émergence du juge. Autrefois, dès qu'un accident du travail était constaté, on rejetait la faute sur le capitalisme et l'on affirmait que lorsque le socialisme accéderait au pouvoir, il n'y aurait plus de problèmes. On affirmait alors que c'était le système qui était responsable de cette situation. On croit un peu moins à cette affirmation aujourd'hui.

Dès lors que le système est en déclin, les gens ne rejettent plus la faute sur lui, mais cherchent la responsabilité individuelle: la personne accuse davantage le médecin qui a commis la faute que le système médical lui-même, ou encore le patron que le système capitaliste.

Les causes politiques

L'apparition d'une figure comme celle du juge dans le champ institutionnel doit toujours être mise en relation avec d'autres champs, y compris le champ philosophique. Ce n'est peut-être pas tout à fait un hasard si l'on redécouvre la troisième critique de Kant au moment même où l'on constate une montée en puissance des juges. On a longuement évoqué « la crise de la raison » au moment où apparaissait une nouvelle figure: le juge.

Si l'on a l'habitude de présenter l'histoire des sociétés modernes comme étant organisée autour du principe de la raison, notre société actuelle s'interroge sur l'opportunité de maintenir le principe de la raison comme principe légitime de construction de notre société. Je pense notamment à l'école de Francfort qui a développé la thèse selon laquelle la raison inspirée des Lumières, et jugée fondamentalement optimiste, a été potentiellement porteuse de totalitarismes, d'oppression et de dictatures. C'est au moment où le milieu philosophique se pose des questions sur la pertinence du principe de la raison que la figure du juge apparaît.

Le champ philosophique formule l'idée que s'il faut sauver la raison, ce ne peut être que la raison pratique

et non pas la raison instrumentale, cette dernière correspondant à la raison qui ne s'interroge pas sur la valeur de ce qu'elle produit, mais qui juge que c'est bon parce que c'est la raison qui l'a produit. La raison pratique se demande si telle ou telle décision a de la valeur pour la société. L'apparition d'une autre forme de raison, modeste et pratique, qui s'interroge sur elle-même, correspond à l'apparition d'un juge, cet acteur qui s'interroge sur la valeur de tel ou tel acte ou de telle ou telle règle.

La fécondation in vitro est aujourd'hui possible. En outre, la raison permet à des femmes de soixante ans d'être enceintes. Quelle est la valeur de ces possibilités? Je sollicite alors le juge, qui correspond à cette figure de réflexion, au moment où je réfléchis sur le bien-fondé de la règle que la technique me permet de poser. Je pense donc que la montée en puissance de la figure du juge peut être mise en corrélation avec ce qui se passe dans le monde des idées et de la philosophie. Lorsque la raison instrumentale prévalait, c'était alors le technocrate, l'expert qui était mis en avant. Aujourd'hui que les sociétés s'interrogent, c'est la personne qui pose les questions, c'est-à-dire le juge, qui devient centrale.

Tous ces éléments me paraissent expliquer cette montée en puissance des juges.

Les significations de la montée en puissance des juges

Je souhaite vous faire part de deux pistes de réflexion sur le sujet.

Vers un gouvernement des juges?

Cette montée en puissance peut signifier que nous sortons de la démocratie, système au sein duquel ce sont les élus qui disent la règle. Nous retomberions alors dans un système aristocratique élitiste. Ce seraient désormais les juges qui diraient la règle et qui diraient ce qui est bien et mal, ce qui est faisable et ce qui ne l'est pas. Il est possible d'interpréter cette montée en puissance de la sorte. Dès lors, nos sociétés ne seraient plus régies par le principe: « gouvernement du peuple, pour le peuple et par le peuple », mais par le principe suivant: « gouvernement du peuple, pour le peuple, par les juges ».

Je n'adhère pas à cette idée. En revanche, la montée en puissance des juges nous oblige à penser à une chose que nous n'avions jamais évoquée: la question du tiers pouvoir a toujours été laissée de côté par les pensées philosophique, politique et juridique françaises. En effet, ces dernières se sont davantage penchées sur le pouvoir législatif et sur le pouvoir exécutif, mais n'ont presque pas étudié le troisième pouvoir. Cet oubli provient de *L'Esprit des lois*, dans lequel Montesquieu affirme qu'il existe trois pouvoirs, et que la puissance de juger est nulle parce que

le juge n'est que la bouche de la loi. Par conséquent, le juge n'a pas de pouvoir. Seuls le législateur qui dit la loi et le roi qui peut s'y opposer ont un réel pouvoir. Nous vivons sur ce principe depuis deux cents ans, et la montée en puissance des juges nous démontre que cette idée est radicalement fautive. Le juge n'est pas la bouche de la loi, mais il est celui qui « finit la loi ». En effet, il fait en sorte que la loi devienne ordre et obligation. Kelsen affirmait qu'« *une loi n'est qu'une proposition subjective de normes. Elle ne devient norme que par l'action du juge* ».

Les lois formulées par les députés sont faites avec des mots. Or les mots sont polysémiques. De sorte que lorsque les députés ont voté une loi, ils croient avoir voté une obligation, mais en fait, ils n'ont fait qu'écrire des mots sur un bout de papier. Ce sont les juges qui vont les faire vivre et transformer ces mots en ordre en leur donnant un sens.

Beethoven a écrit des notes sur une portée. C'est celui qui va jouer qui va faire sens à cette partition, et il existe plusieurs manières de l'interpréter. Nous avons également pu constater qu'il existe plusieurs manières d'interpréter *La Marseillaise*: Serge Gainsbourg, Johnny Halliday, Valéry Giscard d'Estaing et l'Orchestre de Paris en ont donné des versions différentes, et vous n'aurez pas la même idée de la France en écoutant *La Marseillaise* interprétée par Serge Gainsbourg ou celle interprétée par Valéry Giscard d'Estaing.

Prenons l'exemple des dernières lois qui donnent la possibilité de reconduire les étrangers à la frontière « *lorsqu'ils constituent une menace pour l'ordre public* ». Les députés croient avoir posé une règle, mais ont simplement écrit des mots. C'est en effet le juge qui, lorsqu'il devra utiliser la loi, devra définir concrètement ce qu'est une menace, qui interprétera le texte et qui donnera un sens aux mots. C'est à partir de l'interprétation du juge que la loi prendra la forme d'une obligation sanctionnable.

Je souhaite également faire référence au cas du film *Baise-moi* qui a été interdit par le Conseil d'État. Le législateur a défini une règle sur les œuvres pornographiques, mais c'est au juge qu'il revient de dire si le film constitue ou non une œuvre pornographique. Une fois encore, c'est le juge qui fait vivre les mots formulés par les textes. Nous sommes donc en train d'apprendre que le juge n'est pas la bouche de la loi, puisque la loi est silencieuse ou est polysémique. Par conséquent, le juge est l'un des acteurs importants de la concrétisation de la norme, puisque c'est lui qui va définir ce qui constitue la menace publique. Selon la définition qu'il retiendra, il décidera de renvoyer ou non la personne. C'est également lui qui décidera si le film *Baise-moi* revêt un caractère pornographique ou non. Il est donc l'un des acteurs de la production de la norme.

Cependant, je ne crois pas que cette découverte nous conduise vers un « gouvernement des juges », car le

travail du juge dans la construction du sens des mots de la loi relève davantage d'un travail de mise en circulation des arguments et de cristallisation du sens qui s'opère au cours de la procédure contradictoire que d'un geste unilatéral autoritaire.

Nous avons coutume de distinguer trois grandes figures du juge en philosophie du droit : Jupiter, Hercule et Hermès. Jupiter est celui qui applique le code, Hercule fait ce qu'il veut et Hermès, dieu de la communication entre les dieux et les mortels, correspond au juge qui va écouter les parties, faire circuler les arguments. À partir de tous ces débats, ce juge se fera une idée de la signification à un moment donné du terme « pornographique » pour la société. Par exemple, le prétoire est devenu le lieu du débat public, où l'échange d'arguments permet de déterminer, après avoir poussé chacun dans ses derniers retranchements, le sens d'une disposition législative. Je ne crois pas au « gouvernement des juges », même s'il ne faut jamais oublier, lorsqu'on souhaite réformer, celui qui met en œuvre. On peut rédiger une nouvelle Déclaration des droits de l'homme et rédiger un texte parfait, mais si l'on ne veille pas à la nomination des juges, à leur responsabilité, à leurs qualités professionnelles et aux contraintes qui peuvent peser sur eux, on n'aura rien changé. Dominique Schnapper a indiqué précédemment que le droit à l'emploi oblige l'État à intervenir. Je précise qu'en Allemagne, le juge constitutionnel a été suffisamment « vicieux » pour interpréter le droit à l'emploi comme obligeant l'État à ne pas intervenir. Il a en effet considéré que si l'État intervient pour interdire les licenciements, il va alors gêner la gestion du droit à l'emploi par les employeurs. Il a donc considéré que l'État devait s'abstenir d'intervenir afin de permettre aux entreprises de réaliser le droit à l'emploi. Cette explication est quelque peu paradoxale.

Du paradigme du vote au paradigme du droit de regard

La montée en puissance des juges peut nous conduire à nous interroger sur le paradigme démocratique sur lequel nous vivons depuis deux cents ans. Le droit de vote est le principe de base de la démocratie. Nous considérons en effet que celui qui gagne l'emporte. Nous n'avons pas toujours affirmé ce principe. Aristote considérait en effet que le vote était une procédure totalement antidémocratique, et que seul le principe du tirage au sort était démocratique. L'idée de l'élection fonde aujourd'hui le principe du fonctionnement démocratique des sociétés. Cette pratique conduit avec le temps à poser le principe que la volonté des électeurs ne peut être que la volonté des élus. On considère en effet qu'il y a fusion entre la volonté des électeurs et celle des élus, cette fusion étant légitimée par le vote. On estime que l'électeur veut ce que le représentant veut et inversement. En droit,

beaucoup de juristes, et notamment Carré de Malberg, sont passés très vite de la souveraineté populaire à la souveraineté parlementaire: le peuple est souverain, mais ce sont les députés qui représentent le peuple. C'est par conséquent aux députés qu'il revient d'être souverain. Lorsque le général de Gaulle a révisé la Constitution de 1958 pour permettre l'élection du président de la République au suffrage universel direct, Paul Reynaud a pris la parole pour dire: « *Le peuple est là où je parle* », à l'Assemblée nationale. La question que pose la montée en puissance des juges n'est plus tellement celle du droit de vote, mais celle du droit de regard. Ce constat viendrait compléter le paradigme du suffrage universel par le paradigme du contrôle et du droit de regard: l'électeur vote, mais souhaite, entre deux mouvements électoraux, pouvoir continuer son métier de citoyen en exerçant un droit de regard sur l'activité des élus, parce qu'il est possible que les élus traduisent mal sa volonté et ses désirs.

La montée en puissance des juges pose la question d'un exercice d'un droit de regard, mais aussi la question d'un écart entre les représentés et les représentants. Il n'y a plus fusion entre les électeurs et les élus, et les électeurs peuvent faire un procès à leurs élus si ceux-ci ont voté une loi qui ne correspond pas à leurs aspirations. Par conséquent, la montée en puissance des juges correspondrait à un moment où les citoyens retrouveraient un espace autonome par rapport à l'espace de la représentation. Les citoyens ne s'inscriraient plus dans un processus d'identification fusionnelle avec les représentants, mais gagneraient un espace autonome à partir duquel ils pourraient exercer ce droit de regard sur la société.

Nous retrouvons ces éléments du débat en écho dans le champ philosophique. Je fais notamment référence au débat de Davos de 1929 entre Heidegger et Cassirer sur la manière d'interpréter la notion de limite chez Kant, et ce n'est peut-être pas un hasard si certains parlent d'un retour aux théories kantiennes. Je vous ai présenté toutes les questions que posait la montée en puissance des juges. Je ne vous dirai pas si le fait de passer du paradigme du droit de vote au paradigme du droit de contrôle est positif ou négatif. Cela ne présenterait aucun intérêt. J'ai simplement essayé de vous montrer ce qu'un juriste, surpris par l'émergence d'un nouvel acteur, peut en dire à partir de ces constats.

Débat avec la salle

Salle – Le juge peut-il dire le droit ou est-ce seulement au Parlement qu'il revient de dire le droit ?

Dominique ROUSSEAU – Je ne peux pas répondre de manière précise à la question « qui dit le droit ? ». Votre question s'inscrit dans une philosophie du sujet. Je m'inscris dans la logique d'une philosophie ana-

lytique. Si je répondais en affirmant qu'il s'agit des juges ou des députés, je m'engagerais alors dans une quête du sujet. Or cette quête me paraît idéologique. La réponse se trouve dans un système de relations entre quelqu'un qui propose (Kelsen faisait référence aux propositions subjectives de normes) et celui qui interprète et donne un sens à ces normes. C'est le système de relations entre celui qui énonce et celui qui lit le droit qui permet de dire le droit. Je réduis et simplifie volontairement le système de relations. Il conviendrait en effet de tenir compte d'autres acteurs qui vont essayer eux aussi d'interpréter la norme.

Je pense que la question: « qui dit le droit ? » est une question perdue si l'on cherche à individualiser un auteur. J'estime qu'il s'agit davantage d'un système de relations. Plus le système associatif est développé, plus la société civile est active, plus les gens se comportent en citoyens, plus ils peuvent participer à la détermination du sens.

Je souhaite vous faire part d'un exemple. Les juges ont dû juger une famille africaine qui reprochait à la DDASS d'avoir pris ses enfants. La DDASS accusait quant à elle la famille d'abandonner ses enfants. Lorsque les juges ont indiqué à ces parents que leurs enfants avaient été retrouvés seuls dans la rue, ces derniers leur ont dit que lorsque leurs enfants sont dans la rue, ils sont pris en charge par les autres et ne sont donc pas abandonnés. Le juge s'est alors rendu compte que la signification de l'abandon de famille avait plusieurs sens. Le juge a dû déconstruire la substance de cette notion pour voir que celle-ci pouvait avoir plusieurs sens et n'était pas entendue de la même manière par tous les participants de la société française. Le juge souhaite d'ailleurs travailler avec les associations afin d'étudier les sens des mots du droit tels que considérés par les différents acteurs sociaux. À la différence des parlementaires, les juges sont toujours confrontés à des cas concrets. Ils sont beaucoup plus proches de la société que les parlementaires. Lorsque le juge doit juger une femme qui a volé de la nourriture dans un supermarché pour nourrir son enfant, lorsqu'il doit se prononcer sur l'expulsion d'une personne qui n'a pas payé son loyer, il est au plus près des préoccupations et des problèmes des citoyens. J'ajoute que si les députés votent des lois générales et impersonnelles, le juge rend une décision individuelle qui aura des conséquences immédiates.

Je rappelle que c'est à partir de la jurisprudence des juges que le débat sur l'avortement a évolué pour conduire à la promulgation de la loi Veil en 1975. Les juges, qui sont au plus près des préoccupations, peuvent donc contribuer à faire évoluer le droit.

Nous venons de fêter les dix ans de la création de l'association Droit au logement (DAL). Sans l'action de cette association, jamais la jurisprudence concernant la protection des locataires et des sans-abri n'aurait évolué à une vitesse aussi importante.

Salle – Qui contrôle les juges ?

Dominique ROUSSEAU – Le juge est soumis à une responsabilité civile, pénale et pécuniaire. Lorsqu'il commet une faute professionnelle, il est sanctionné. Nous l'avons vu récemment.

Des contrôles internes, c'est-à-dire la voie d'appel et la voie de cassation, sont également prévus au sein même de la procédure judiciaire. En outre, le principe de la collégialité des juges permet d'exercer un contrôle. Il est très rare qu'un juge juge seul. Cette collégialité constitue en quelque sorte un moyen d'auto-contrôle. J'ajoute que les différents niveaux de juridiction permettent un contrôle du jugement rendu. En effet, le juge de base peut se faire contrôler par le juge d'appel, qui peut être lui-même contrôlé par le juge de cassation, qui peut à son tour être contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme. Un tel contrôle interne n'existe pas dans toutes les professions, y compris dans la nôtre.

Salle [même intervenant] – Je faisais référence au contrôle de l'activité de juge.

Dominique ROUSSEAU – Les procédures d'appel et de cassation permettent un contrôle de son activité. En outre, le Conseil supérieur de la magistrature prononce régulièrement des sanctions disciplinaires contre des juges ayant mis des personnes en détention provisoire inutilement ou dans des périodes trop longues ou à des juges n'ayant pas envoyé les convocations des témoins dans les délais impartis.

Je crois que la profession des juges est certainement celle pour laquelle le contrôle est organisé de la façon la plus pointilleuse tant dans les procédures classiques d'appel que dans le cadre des commissions disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature.

Le public ignore cela. Tous les ans, le Conseil supérieur de la magistrature rend un rapport indiquant le nombre de juges sanctionnés, mais la presse n'en parle pas.

Salle – Il y a toujours eu des juges, même si nous avons l'impression aujourd'hui, en raison de la médiatisation de leur activité, qu'ils prennent une place peut-être excessive. Il est cependant certain que leur poids dans la société est croissant. C'est surtout la pénalisation de la vie sociale qui est actuellement en cause.

Vous avez fait référence à la plainte d'une Américaine qui a fait un procès à son fiancé car celui-ci ne s'était pas rendu au rendez-vous fixé. Je souhaite préciser que cette question est très ancienne. Il existait au XIX^e siècle la notion de « rupture de mariage ». Je me souviens d'avoir lu dans un livre de Charles Dickens qu'un des personnages est envoyé en prison parce qu'une vieille fille qui croyait qu'il lui avait promis le mariage porte plainte contre lui. La société de l'époque était peut-être encore plus pénalisée qu'aujourd'hui. La proportion des personnes incarcérées était très certainement supérieure à celle d'aujourd'hui, si on la ramène à la population totale. J'ajoute qu'au XIX^e siècle, il y avait plus de cent causes de peine capitale.

Vous n'avez pas évoqué l'impact de la décentralisation sur l'activité des juges. Le fait que le contrôle *a priori* devienne un contrôle *a posteriori* et les modifications du Code pénal créant notamment le délit de mise en danger d'autrui n'ont-ils pas favorisé la pénalisation de la société ?

Dominique ROUSSEAU – L'exemple de Charles Dickens auquel vous avez fait référence s'inscrit dans le cadre de l'exemple anglais et de la *common law*. La découverte des juges n'est absolument pas une surprise pour les Anglais ou pour les Américains, dont le système repose uniquement sur la *common law*, le précédent et la jurisprudence. C'est en revanche totalement nouveau pour notre société, dont toute la structure sociale s'est construite contre la *common law*, contre le juge et par le droit écrit. Or nous découvrons aujourd'hui que les pays de tradition de *common law* ont peut-être raison. En tous les cas, le droit écrit ne permet pas à lui seul de déterminer les obligations de comportement des personnes. Encore faut-il donner un sens à cette norme.

Le juge existe depuis longtemps dans les pays de *common law*. Il existe depuis longtemps aussi dans les pays de droit écrit, mais son rôle était considéré comme étant moins important qu'aujourd'hui. S'agissant de la pénalisation, on parle très souvent du déclin de l'État et de la promotion de la société civile. Je ne suis pas tout à fait d'accord avec cette affirmation. Je pense en effet qu'il est possible de constater le déclin d'un certain État et la montée en puissance d'un État pénal. Loïc Vacan a montré dans ses travaux que l'abandon aux États-Unis de programmes d'assistance sociale s'est traduit par un renforcement d'un État carcéral : plutôt que d'être dehors, les SDF sont aujourd'hui en prison. Par conséquent, le système libéral ne présente pas un déclin de l'État. En fonction des périodes, des systèmes d'État disparaissent pour laisser la place à d'autres types d'État. Si le système de l'État-providence décline, l'État carcéral est quant à lui en pleine progression.

C'est là que les juges peuvent intervenir en contre-poids de cet État pénal. Si l'on fait un bilan de la jurisprudence administrative sur le droit des étrangers, on s'aperçoit que ceux-ci ont été davantage protégés par les juges quant à leurs conditions d'incarcération ou des annulations de reconduite à la frontière, que par les politiques. Dès lors, le juge a pour rôle de limiter et de mettre au jour les abus de la pénalisation de la société. N'oubliez pas que ce sont les élus qui décident de cette pénalisation, et non les juges. Les juges donnent une interprétation de la faute intentionnelle, qui réduit la volonté pénalisatrice du législateur.

Les juges donnent une interprétation de la faute intentionnelle, qui réduit la volonté pénalisatrice du législateur.

Salle – Je pense que la montée en puissance des juges s’explique par le comportement du justiciable. Les citoyens sont en effet de plus en plus nombreux à demander justice. Les tribunaux sont en manque de moyens dans la mesure où le nombre d’actions en justice a augmenté ces dernières années dans des proportions considérables.

J’ajoute qu’il existe une grande inégalité des justiciables. Je conclurai en indiquant que l’Éducation nationale est un témoin privilégié de cette judiciarisation de la société. Élèves et professeurs portent plainte les uns contre les autres. J’ai connu le cas d’un professeur qui a déposé plainte contre un enfant de treize ans car ce dernier l’avait accusé à tort.

Salle – Vous affirmez que nous ne sommes pas soumis à un gouvernement des juges. N’y parviendrons-nous pas un jour ?

Lorsque vous avez fait référence au paradigme démocratique, vous avez indiqué que le droit de vote pourrait être compensé par le droit de regard. Ne s’agit-il pas d’une vision optimiste de la situation ? On pourrait également penser qu’il s’agit d’une démission ayant pour conséquence un report sur le juge.

Dominique ROUSSEAU – La question posée précédemment présuppose que le peuple est transparent à lui-même et que par conséquent, il pourrait sans intermédiaire, soit exercer directement le pouvoir, soit exercer directement le contrôle.

Je pense quand même que le peuple ne peut se concevoir comme peuple que par l’intermédiaire de la représentation. La médiation de la représentation est en effet nécessaire. Je ne prends conscience de moi-même que lorsque je me vois dans un miroir.

Le droit du citoyen s’exerce par son activité de justiciable, et l’exercice même du droit de regard est réalisé par un médiateur, ce médiateur étant le juge, de même que les lois sont faites par un médiateur, qui est le député.

Peut-on se passer de la médiation ? Le peuple peut-il exercer directement le pouvoir et le contrôle ? J’en doute.

Salle – Nous essayons de faire vivre l’ECJS dans les lycées. Le Conseil d’administration-Parlement vote la loi. Le chef d’établissement peut être assimilé à un juge, qui donne sens à cette loi. S’agissant de l’écart entre les élus et les électeurs, les élèves d’un établissement scolaire dénoncent le Conseil de vie lycéenne comme non représentatif de leurs aspirations. Quel juge trouveront-ils pour trancher la question ?

Dominique ROUSSEAU – Vous vous êtes immédiatement défini comme étant le juge. Par conséquent, le problème est quelque peu biaisé.

Les établissements connaissent une difficulté : il n’y a pas d’espace de mise à l’écart lorsqu’un problème se pose. Un professeur est à la fois député, Premier ministre et juge dans sa classe. N’oublions pas que le droit fait appel à une notion fondamentale : le

temps. Il convient en effet de permettre un certain temps, c’est-à-dire un certain espace, entre ce qui se passe et ce qui est jugé. Il manque ce temps et cet espace particulier dans les établissements scolaires. Je pense qu’il serait intéressant de créer un espace médiateur dans les établissements scolaires. Cet espace médiateur ne devrait pas être représenté par le proviseur, qui n’est pas le juge, mais l’exécutif de son parlement qu’est le Conseil d’administration. Peut-être faudrait-il voir à mieux organiser le Conseil de discipline ?

J’ai eu l’occasion d’intervenir à plusieurs reprises sur la question de la présence du droit dans les lycées. J’estime qu’il manque cet espace et ce temps du droit pour gérer les problèmes de violence.

Annexe 2

Quelques ressources en ligne

Sites ministériels

- Le site du ministère de l’Éducation nationale : www.education.gouv.fr, ainsi que www.eduscol.education.fr et www.educnet.education.fr
- Ministère de la Justice : www.justice.gouv.fr
- Ministère des Affaires sociales : www.emploi-solidarite.gouv.fr
- Ministère de la Défense : www.defense.gouv.fr

D’autres sites officiels

- Le site du CNDP : www.cndp.fr/lycee/ecjs/
- Le site de l’INSEE : www.insee.fr/fr/home/home_page.asp
- Le site de l’Union européenne : <http://europa.eu.int/index-fr.htm>
- Le site des administrations françaises : www.service-public.fr
- Le site de la présidence de la République : www.elysee.fr
- Le site du Sénat : www.senat.fr
- Le site de l’Assemblée nationale : www.assemblee-nationale.fr
- Le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr
- Le site du Comité consultatif national d’éthique : www.comite-ethique.fr

Les ressources des revues et de la presse

- www.ladocfrancaise.gouv.fr
- www.sciences-humaines.fr
- www.lemonde.fr
- www.liberation.fr
- www.lexpress.fr
- www.courrierinternational.com/

Des ressources mutualisées (consulter aussi les sites des CRDP et utiliser les nombreux liens)

- www.clionautes.ora/profs/fjarraud/ecis/index.html
- <http://club.voila.fr/list/ecjs/>
- www.egroups.fr/files/ecjs/Documents/
- www2.ac-lyon.fr/enseigne/ecjs/ecjs.html
- www.clemi.org/speinitiativemedias.html
- <http://llsceco.univ-aix.fr/cerpe/ecjsoutils.html>

Annexe 3

Contributions d' autres groupes d'experts sur les programmes scolaires

Contribution du groupe d'experts de sciences économiques et sociales

Les SES et l'ECJS dans la formation des lycéens

Les finalités de l'ECJS

Le lycée, comme l'ensemble du système éducatif, a une double mission : permettre aux élèves de s'approprier les savoirs nécessaires à la poursuite de leur formation et, à terme, à leur insertion sociale et professionnelle ; contribuer à la formation de citoyens capables de participer activement au débat public et à l'élaboration des choix collectifs. Les sciences économiques et sociales, comme les autres disciplines scolaires, contribuent à cette double mission.

La mise en place du nouvel enseignement que constitue l'ECJS a un double objectif : s'agissant des savoirs, l'ECJS doit être l'occasion pour les élèves de mettre en œuvre, dans le cadre d'une démarche nouvelle, les savoirs qui résultent de leurs apprentissages dans les disciplines ; s'agissant de la formation des citoyens, l'ECJS est un dispositif supplémentaire qui ne se substitue pas à la contribution dans ce domaine des disciplines et de l'organisation de la vie scolaire (élection des délégués, fonctionnement de la maison des lycéens et de l'association sportive, etc.).

L'ECJS et les disciplines scolaires

Il ne faut donc pas opposer les disciplines à l'ECJS, enseignement qui doit se caractériser par la pratique de la codisciplinarité. Il ne peut qu'être très formateur pour les élèves de constater qu'un problème ou un concept peut être éclairé de façon féconde par le regard de différentes disciplines scolaires (l'histoire et la géographie, la philosophie, les SES, etc.). Cette pratique de la codisciplinarité suppose que, dans chaque établissement, des professeurs de différentes

disciplines (et notamment des professeurs de SES) soient associés à l'enseignement de l'ECJS.

L'ECJS, les savoirs et le rapport au savoir des élèves

L'ECJS n'a pas pour objectif d'accroître encore la quantité des savoirs que les élèves doivent s'approprier, mais de modifier les processus d'acquisition et de partage de ces savoirs. En dehors des connaissances juridiques, qui ne sont pas présentes en tant que telles dans le cursus de l'enseignement général, il s'agit de mobiliser les connaissances acquises dans les disciplines scolaires. Ces savoirs sont susceptibles de trouver ou de retrouver du sens pour les élèves dans la mesure où ils seront utilisés pour traiter des questions qui constituent des enjeux de société. Ainsi, si les disciplines apportent les savoirs qui sont mobilisés en ECJS, cet enseignement à son tour peut renforcer l'appropriation de ces savoirs par les élèves qui complètent et enrichissent leur réflexion par des connaissances acquises de façon autonome.

L'ECJS et les sciences de la société

Dans la mesure où l'ECJS a pour objectif de conduire les élèves à participer à des débats argumentés sur des questions de société (famille, intégration, action collective, mondialisation) le recours aux sciences sociales est absolument indispensable. De ce point de vue, il existe une forte complémentarité entre les SES et l'ECJS. Par exemple, lorsque l'on étudie la famille en classe de seconde, on apporte aux élèves un cadre conceptuel et des problématiques qui peuvent leur permettre de traiter les sujets (nécessairement plus circonscrits) qui peuvent faire l'objet de débats en ECJS (débat sur le nom que doivent porter les enfants, sur la réforme de l'accouchement sous X, sur le droit de la filiation à propos du statut des enfants adultérins, etc.). De même, en classe de première, les questions relatives au lien politique qui figurent dans le tronc commun ou l'option dite « de science politique » peuvent trouver des prolongements dans les débats susceptibles d'être traités en ECJS (qui peuvent porter par exemple sur les causes de la montée de l'abstention ou sur l'étude de telle ou telle action collective).

L'ECJS peut aussi permettre de relier les savoirs d'une année sur l'autre. L'étude de l'incivilité en seconde peut servir de point d'appui pour la formation des élèves aux connaissances de base en matière de sociologie de la déviance en classe de première. Par conséquent, le fait que des thèmes ou des concepts figurent à la fois dans les programmes de SES et d'ECJS ne signifie pas qu'il y a concurrence entre les deux enseignements. En effet, il s'agit dans le cas des SES d'enseigner une discipline dans le cadre d'une programmation des apprentissages qui correspond à un volume horaire important (par comparaison avec les

0,5 heure/élève d'ECJS) et il s'agit dans le cas de l'ECJS de traiter un ou deux thèmes pour chaque niveau de classe.

Même si les professeurs de SES font parfois appel au débat dans le cadre de leur enseignement et si les enseignants chargés de l'ECJS utilisent des concepts empruntés aux sciences sociales, il s'agit bien de deux dispositifs distincts et complémentaires qui contribuent à la formation des lycéens.

Contribution du groupe d'experts d'éducation physique et sportive

L'intérêt du travail interdisciplinaire ECJS/EPS

L'EPS et l'ECJS poursuivent comme finalité commune la formation d'un citoyen cultivé, lucide et autonome.

En EPS, cette formation prend pour fondement la pratique des activités physiques, sportives et artistiques mais elle implique une prise de conscience par l'élève des dimensions sociale, morale et politique de cette pratique, un recul réflexif qui justifie le recours à des discussions et débats à propos de cette pratique. De plus, l'acquisition de compétences motrices en EPS est assujettie à des « compétences citoyennes » en actes. Lorsque les élèves trichent, ne veulent pas jouer avec un partenaire plus faible, avec un élève de l'autre sexe, ne collaborent pas de façon active au cours d'un atelier, développent des conduites à risque avec des camarades, les acquisitions motrices sont compromises. Cette réalité de l'EPS apparaît clairement dans les nouveaux programmes des lycées par la définition de compétences méthodologiques dont certaines renvoient explicitement à des connaissances relatives à l'éducation civique, juridique et sociale (*compétence méthodologique 4*: se confronter à l'application et à la construction de règles collectives; *connaissances procédurales 3*: savoir-faire sociaux). Sur ces deux points (la formation à long terme d'un citoyen lucide et autonome et la construction de

compétences citoyennes en actes, ici et maintenant), on peut penser qu'un travail pratique relayé par des réflexions et des débats en ECJS serait bénéfique à l'acquisition des compétences par les lycéens en EPS. En ECJS, la visée principale consiste en la formation d'un citoyen adulte, libre, autonome, qui exerce sa raison critique dans une cité. Cette visée passe par l'organisation de débats argumentés qui placent l'élève en situation de responsabilité. Mais ces débats, à partir de matériaux fournis par l'actualité, doivent renforcer la dimension pratique et l'intérêt concret de l'enseignement de l'ECJS, comme l'indiquent explicitement les programmes. De ce point de vue, la contradiction entre la dimension morale des pratiques sportives (*le fair-play*) d'une part, et la médiation de la violence, du dopage, du chauvinisme et du sexisme sportifs d'autre part, constitue un support privilégié de la réflexion sur la citoyenneté. Ce support installe le débat dans l'analyse socio-politique et historique autant que dans les intérêts quotidiens et contemporains des lycéens. Ces thèmes peuvent prendre appui sur l'enseignement de l'EPS au lycée, d'autant plus que la pratique physique scolaire constitue un champ social aménagé dans lequel les enjeux réels sont peu importants mais où les enjeux symboliques sont forts pour les élèves. Dans la classe d'EPS, on repère des violences, des partitions raciales ou nationales, du sexisme.

Dans cette mesure, l'enseignement de l'ECJS peut tirer profit des situations d'EPS vécues par les élèves, situations conçues comme des lieux privilégiés d'une construction progressive de la règle et d'une réflexion sur la loi. La classe d'EPS peut jouer le rôle de « simulation » du jeu social dans le but de construire des compétences transférables dans des champs sociaux plus larges (association, entreprise, cité, nation). Afin de rendre opérationnel ce travail interdisciplinaire entre EPS et ECJS, des fiches exemples en rapport avec les programmes respectifs des deux disciplines seront proposées aux enseignants de lycées dans les documents d'accompagnement des programmes d'EPS.