

2016

JUSTICE : ÉTAT DES SAVOIRS

Frontières du droit,
frontières de la justice





2016

**JUSTICE :
ÉTAT DES SAVOIRS**

Frontières du droit,
frontières de la justice

« Frontières du droit, frontières de la justice »

INTRODUCTION PAR **M. Jean-Jacques URVOAS**, garde des Sceaux, ministre de la Justice
M. Pierre-Cyrille HAUTCOEUR, président de l'EHESS

AVANT-PROPOS

Alors que les éditions précédentes de la journée « Justice : état des savoirs » présentaient des sujets divers autour de plusieurs tables rondes, le programme 2016 adopte la figure de la frontière pour fil rouge : « frontières du droit, frontières de la justice ». En effet, le droit et la justice ne sont ni des abstractions sociales, ni des abstractions spatiales et cette troisième journée a entendu mettre en lumière les espaces du droit et de la justice.

Après l'allocation d'ouverture de Jean-Jacques URVOAS, garde des Sceaux, ont été abordées les frontières nationales, lors d'une première table ronde, puis celles plus institutionnelles de la justice et enfin celles plus métaphoriques entre les professions judiciaires.

Pour chaque table ronde, des travaux menés avec le soutien de la mission de recherche droit et justice (Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMIDT sur la déjudiciarisation - médiation, Antoine VAUCHEZ sur les parcours des avocats-hommes politiques, Frédéric SCHOENAERS sur le temps judiciaire) ou par des chercheurs du CESDIP (Mathilde DARLEY sur la traite des êtres humains) ont été présentés avec, en contrepoint, des travaux en apparence plus éloignés des questionnements immédiats de l'institution judiciaire (travaux historiques de Simona CERRUTI, détour littéraire du juriste Paolo NAPOLI).

Une ouverture sur l'international est assurée de façon transversale avec d'abord l'intervention d'une universitaire canadienne puis lors de chaque table ronde : programme de recherche franco-allemand sur la traite des être humains vue par les institutions par Mathilde DARLEY, discutant, Cyrille LACOMBE, qui travaille à Eurojust, la justice restaurative au prisme du droit international par Sandrine LEFRANC, l'approche belge par Frédéric SCHOENAERS et l'approche européenne d'Emmanuel CHARRIER qui participe à des échanges entre experts au niveau du Conseil de l'Europe.

Le dialogue entre les chercheurs en sciences sociales et les professionnels de la justice, magistrats, directeurs de greffe, avocats, personnels de l'administration pénitentiaire et de la protection judiciaire de la jeunesse s'est poursuivi et a abordé des questions d'actualité telles que le traitement judiciaire des phénomènes migratoires ou le recours à la médiation dans les litiges civils.

La retranscription des débats de la journée du 27 mai 2016, de nouveau accueillie par l'EHESS dans l'amphithéâtre François Furet, permet d'offrir un panorama de résultats de recherche présentés et des échanges entre professionnels et scientifiques.

Laetitia BRUNIN,
adjointe à la sous-directrice de la statistique et des études,
secrétariat général du ministère de la justice

p. 13

TABLE RONDE 1 : LE DROIT ET LES FRONTIÈRES

Animatrice :
M^{me} Florence RENUCCI,
directrice adjointe de la mission de
recherche droit et justice

« CONDITIONS D'INCERTITUDE :
LE CAS DES ÉTRANGERS EN MÉDITERRANÉE
À L'ÉPOQUE MODERNE »

M^{me} Simona CERRUTI,
directrice d'études, EHESS

« FRONTIÈRES DU DROIT, FRONTIÈRES
DE L'HOSPITALITÉ »

M. Serge SLAMA,
maître de conférences, université
de Paris Ouest Nanterre La Défense

« LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS SAISIE
PAR LES INSTITUTIONS »

M^{me} Mathilde DARLEY,
chargée de recherche, CNRS,
CESDIP, centre March Bloch

Discutant :
M. Cyril LACOMBE,
vice-procureur, point de contact
Eurojust du groupe de travail
sur la traite des migrants

p. 31

TABLE RONDE 2 : LES FRONTIÈRES DE LA JUSTICE EN PERSPECTIVE

Animateur :
M. Jacques COMMAILLE,
professeur, ENS Cachan

« ESPACES ET FRONTIÈRES DU DROIT »
M^{me} Mariana VALVERDE,
professeur, université de Toronto

« LES FORMES ALTERNATIVES DE RÈGLEMENT
DES CONTENTIEUX ET LEURS LIMITES »
M. Emmanuel DOCKÈS,
professeur, université de Paris Ouest
Nanterre La Défense

« L'INVENTION DE NOUVELLES FORMES
DE JUSTICE DANS LE CADRE DU DROIT
INTERNATIONAL : PERSPECTIVES CRITIQUES
SUR LA JUSTICE RESTAURATIVE »
M^{me} Sandrine LEFRANC,
chargée de recherche, CNRS, université
Paris Ouest Nanterre La Défense

« LES EFFETS DES PROCESSUS DE MÉDIATION »
M. Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT,
chargé de recherche, CNRS, centre Max
Weber, université de Lyon 2

Discutantes :
M^{me} Claire MÉRIGONDE,
directrice des services pénitentiaires
M^{me} Carine DENOÏF-BENTEUX,
avocate

p. 47

TABLE RONDE 3 : LES FRONTIÈRES MOUVANTES DES PROFESSIONS JUDICIAIRES

Animateur :
M. Harold EPINEUSE,
secrétaire général adjoint de l'IHEJ

« LE JUGE ET LE POLICIER : QUELLES
PRÉROGATIVES ? UN DÉTOUR PAR GOETHE »
M. Paolo NAPOLI,
directeur d'études, EHESS

« AVOCATS-HOMMES POLITIQUES :
DES FRONTIÈRES POREUSES »
M. Antoine VAUCHEZ,
directeur de recherche, CNRS,
université Paris I, EHESS

« QUAND LE MANAGEMENT ENTRE AU
TRIBUNAL : QUELS EFFETS SUR LA JUSTICE ? »
M. Frédéric SCHOENAERS,
professeur, université de Liège

Discutant :
M. Emmanuel CHARRIER,
expert, professeur associé,
université Paris Dauphine

p. 59

CONFÉRENCE CONCLUSIVE

« LES LIMITES DU DROIT »
M. Antoine LYON-CAEN,
professeur, université de Paris Ouest Nanterre
La Défense, directeur d'études, EHESS

INTRODUCTION PAR M. PIERRE-CYRILLE HAUTCŒUR, PRÉSIDENT DE L'EHESS ET M. JEAN-JACQUES URVOAS, GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE

 M. Pierre-Cyrille HAUTCŒUR

Monsieur le garde des Sceaux, mesdames et messieurs les directeurs, présidents, juges, professeurs, je suis particulièrement heureux et honoré de vous accueillir à l'École des hautes études en sciences sociales et d'ouvrir cette troisième journée en votre présence, monsieur le garde des Sceaux.

L'intérêt continu du ministère de la Justice, comme de notre tutelle, témoigne de la pertinence d'une manifestation qui en est à son troisième épisode, avec cette année plusieurs innovations : le choix d'un thème, le thème de la frontière, décliné en trois tables rondes, et la conclusion de la journée par une performance originale, « Droit contre le mur », qui traduit l'attachement de l'EHESS à la discussion entre les arts et les sciences sociales.

Deux dimensions peuvent être mises en avant pour souligner les particularités de cette manifestation.

La première consiste à créer les conditions d'une rencontre entre les chercheurs qui traitent du droit et de la justice et les acteurs des mondes juridiques et judiciaires. Cette confrontation, exemplifiée en particulier par la discussion par des professionnels des présentations des chercheurs, vise tout d'abord à restituer aux acteurs concernés les enquêtes réalisées sur leur terrain et souvent grâce à leur accord, voire à leur aide, par les chercheurs. Concernant des travaux portant sur des terrains plus éloignés dans le temps ou dans l'espace, leur présentation fait l'hypothèse, dont nous avons souvent observé la pertinence, que la description de l'apparement lointain peut aussi être riche d'enseignements au plus près des réflexions les plus concrètes. En retour, les travaux des chercheurs se voient mis à l'épreuve justement des questionnements et de l'expérience de ceux pour qui le droit et la justice sont des pratiques quotidiennes.

Cet échange est à la fois exigeant et nécessaire. C'est en tout cas le pari de ces journées. Il contribue à donner sa place et sa légitimité au chercheur dans la cité sous une forme qui n'est ni celle de l'intellectuel médiatique ni celle de l'expert. Il restitue aussi au professionnel la capacité de s'approprier des savoirs à même de contribuer à leur réflexivité, pour prendre un terme caractéristique des sciences sociales, c'est-à-dire le nécessaire retour critique et distancié sur ses propres pratiques, caractéristique de ce que le sociologue Donald A. Schön a qualifié de praticien ou professionnel réflexif. Cette réflexivité est sans doute particulièrement sensible et nécessaire pour les professionnels de la justice dont les actions et les décisions quotidiennes peuvent être si lourdes d'enjeux.

Une deuxième dimension importante de ces journées consiste à mettre à l'épreuve la relation entre droit et sciences sociales, confrontée à une tension constitutive fort ancienne. Le droit peut-il ou doit-il être considéré comme une science sociale, voire comme une science du social ? Ou s'en distingue-t-il par sa visée d'abord normative, par contraste avec des sciences sociales définies avant tout comme des sciences de l'enquête ? Ce questionnement a très concrètement traversé l'histoire de l'École des hautes études en sciences sociales dont nous venons de fêter les quarante ans. Je suis heureux qu'en fin de journée nous ayons l'occasion d'entendre une conférence de l'un de nos plus éminents juristes de cette maison, Antoine Lyon-Caen.

Ce débat du positionnement relatif du droit et des sciences sociales a connu de nombreuses inflexions et de nombreuses reformulations selon les époques. Comment ne pas rappeler que le père fondateur de la sociologie française, Émile Durkheim, était entouré de juristes qui jouèrent un rôle central dans la constitution d'une école sociologique française et notamment de sa revue *L'Année sociologique* ?

Pourtant les sciences sociales se sont développées en France avant tout dans des facultés de lettres, distinctes des facultés de droit, contribuant à séparer les cultures académiques et professionnelles propres à ces disciplines, cultures elles-mêmes renforcées par l'appui sur des épistémologies elles-mêmes progressivement polarisées, à visée plutôt descriptive et analytique dans un cas, plus souvent normative et prescriptive dans le second.

Par contraste, d'autres traditions nationales ont conduit à articuler différemment droit et sciences sociales. En particulier, les pays de *common law* se sont révélés d'autant plus susceptibles de combiner approche juridique et méthodes des sciences sociales que le droit y était naturellement perçu comme un produit de l'activité sociale saisi par l'évolution des précédents et comme une pratique professionnelle concrète, les *law schools* étant conçues comme des seconds cycles professionnalisants ne s'étant d'ailleurs, aux États-Unis par exemple, dotés que récemment de l'équivalent d'un doctorat.

Ces différents facteurs, combinés à des traditions philosophiques différentes et en particulier celle du pragmatisme philosophique aux États-Unis, qui contribua au développement du réalisme juridique, ont rendu possible qu'aux États-Unis, mais aussi, sous une forme dite du réalisme scandinave, dans les pays d'Europe du Nord, se développent davantage qu'en France des études empiriques du droit combinant méthodes et références des sciences sociales d'une part, et compétences des terrains juridiques et judiciaires de l'autre.

L'un des enjeux de ces journées « Justice : état des savoirs » consiste donc aussi, dans une certaine mesure, à promouvoir le développement de ces croisements de plus en plus fréquents en France, encouragés aussi par une institution telle que le GIP mission de recherche Droit et Justice qui finance nombre de recherches menées à l'École des hautes études en sciences sociales. De ce point de vue, c'est davantage qu'une rencontre entre justice et sciences sociales qui est attendue de ces journées ; c'est véritablement la promotion, de manière nouvelle et riche, de l'envisagement des liens entre disciplines et entre professions du droit et des sciences sociales en passant outre les frontières.

Je suis convaincu qu'une fois de plus professionnels du droit comme chercheurs sortiront enrichis de cette journée.

Je remercie vivement tous ceux, au ministère de la Justice comme à l'EHESS, et notamment Liora ISRAËL, qui ont préparé pour nous ce très beau programme.

 M. Jean-Jacques URVOAS

Monsieur le président, merci beaucoup pour votre accueil. Merci de me permettre, pour la première fois, de m'exprimer dans votre école dont la réputation n'est plus à faire. Pour l'universitaire que je suis, ce n'est pas un vain plaisir que d'avoir l'occasion de venir y passer quelques instants.

Vous m'avez proposé d'intervenir dans un moment où le sujet est compliqué : frontières du droit, frontières de la justice. Sans doute que la facilité aurait été de bâtir un plan classique en trois parties :

- I) Frontières du droit
- II) Frontières de la justice
- III) Frontières du droit et de la justice

- Ou alors j'aurais pu faire quelque chose du genre :
- I) Frontières du droit, frontières de la justice, une nécessité
 - II) Frontières du droit, frontières de la justice, une chimère
 - III) Frontières du droit, frontières de la justice, un problème discuté

Je pense que cela aurait été un peu facile. Cela m'aurait en plus rappelé que je suis un juriste et non un philosophe. Il valait donc mieux entrer dans ce sujet d'une autre manière.

Je vais vous proposer de regarder ce sujet à travers trois orientations. D'abord, la place du droit et le sens de la frontière, puisque je crois que le droit est du domaine de la frontière. Ensuite je vais m'interroger sur la nature de ces frontières : qu'est-ce qu'elles représentent ? est-ce qu'elles sont invariables ? est-ce qu'elles sont absolues ? est-ce qu'elles sont au contraire relatives ? ou est-ce qu'elles sont poreuses ? est-ce qu'elles sont constantes ou inconstantes ? Enfin j'essaierai de vous proposer de voir en quoi il s'agit évidemment d'une question éminemment politique.

Je ne suis pas certain qu'il y a huit jours, je l'aurais dit, mais comme vous m'avez contraint à réfléchir sur cette question, je finis par penser qu'effectivement le droit, c'est le royaume de la frontière, pris au sens de la délimitation, c'est-à-dire pris au sens de la distinction. Un royaume qui serait fait évidemment, comme tout royaume, de nombreuses provinces qui formeraient cette géographie arpentée par les juristes : est-ce que je suis en droit pénal ? est-ce que je suis en droit civil ? est-ce que je suis en droit administratif ou en droit constitutionnel ? Nous avons une carte du droit, une géographie du droit, qui est assez bien balisée.

En outre, une notion est dite juridique si elle est définie, si elle a un territoire. Non pas un espace mais vraiment un territoire, c'est-à-dire si elle a des frontières, si elle s'échappe du vague ou si elle s'échappe de l'ambiguïté. Parce que le bon juriste aime la taxinomie : il classe, il trie, il range. Par exemple, un testament, acte évidemment juridique, peut être authentique, mystique, olographe. Toute chose est

classée par catégorie : meuble ou immeuble, fongible ou non fongible, consommable ou non, corporelle ou incorporelle. Ainsi, quand il envisage un fait, le juriste commence par poser l'évidence de sa frontière pour qualifier exactement, pour savoir exactement de quoi il va parler, sur quoi il va se prononcer, ce qu'il va être amené à trancher.

Prenons l'exemple du bruit que font les travaux de mon voisin place Vendôme, le Ritz. Est-ce que cela excède les limites des nuisances que je comprends raisonnablement ? Il y a des travaux, il y a des nuisances. Est-ce que c'est supportable et classique, attendu ? Oui. Par conséquent il n'y a pas de difficulté. Est-ce que c'est insupportable ? Oui. Alors je suis dans un trouble. Donc pour le même fait, parce que j'en ai délimité une forme de frontière, j'ai une définition du domaine sur lequel je vais travailler.

Donc je crois vraiment que la frontière est consubstantielle au droit, et celles de la justice répondent d'abord et avant tout aux besoins de la société. Je crois même que c'est pour répondre à la nécessité des limites que la justice est née. C'est d'ailleurs ce qui en fait sa légitimité.

Si j'essaie de m'élever au-dessus de ma condition et de sortir du droit pour venir dans les lettres, si je replonge dans *L'Orestie*, Oreste craint la vengeance des dieux après avoir tué sa mère. Pour terminer le cycle de la violence, qu'invente-t-on ? Le procès, pour mettre fin à la terrible prédiction qu'un coup meurtrier est puni d'un autre coup meurtrier. C'est pour instaurer des limites à la vengeance qu'est née la justice. C'est pour éviter la barbarie qu'est né le droit. C'est pour avoir une société civilisée, qui comporte des règles acceptables, que l'on a accepté le procès des hommes. C'est pour faire en sorte que désormais la vengeance n'ait plus d'avocat, selon une formule de Paul Ricoeur.

Je crois fondamentalement que ce n'est évidemment pas un hasard si la justice, dans son incarnation iconique, est représentée par une femme les yeux bandés et par une épée et un fléau. L'épée, n'est-ce pas l'arme qui par définition tranche ? qui par définition, donc, pose des limites ? qui par définition « frontérise », si j'osais faire ce néologisme compte tenu du sujet qui nous rassemble ? qui définit la limite entre ce qui apparaît de prime abord comme étant un nœud impossible à dénouer, que l'on n'arrive pas à dénouer, et qu'il faut donc trancher ? Oui, le souci constant de la justice, ce sont les frontières qu'elle pose dans un quotidien qui est évidemment le quotidien emmêlé des humains.

Entre le droit et la justice, quelles sont les frontières ?

Les relations sont complexes. Camus, dans *L'Homme révolté*, écrit : « Faire taire le droit jusqu'à ce que la justice soit établie, c'est le faire taire à jamais puisqu'il n'aura plus lieu de parler si la justice règne à jamais ». La justice est donc un absolu, là où le droit s'entend comme relatif. Le droit est contingent et imparfait. Je disais hier, à un moment, devant la Cour de cassation, que l'on peut être peintre par un don. On peut être musicien, on est musicien souvent quand on a un don. Juger n'est pas un don. Juger est par définition échouer. Là encore, Paul Ricoeur dit : « Juger, ce n'est pas choisir entre le noir et le blanc, entre le bien et le mal, mais entre le gris et le gris, ou pire : entre le mal et le pire ». Juger, c'est par définition un acte imparfait. On juge parce qu'on est un homme ou une femme et que l'on accepte justement l'imperfection.

Parce que juger n'est pas un don, le droit est imparfait. Il est même contingent. C'est le fruit d'un équilibre qui est toujours précaire, qui n'est jamais inné, qui est toujours construit entre les membres d'un corps social.

La justice, c'est un idéal auquel il faut évidemment tendre. La force du droit puise sa légitimité dans ce besoin de justice. C'est un besoin qui ne sera jamais étanché. La lutte contre l'injustice sera toujours un moteur puissant de l'humanité. Il y a un vieux professeur de droit qui parlait toujours des forces créatrices du droit pour essayer justement d'apporter des réponses à ce besoin inassouvi de justice.

La justice, sans le soutien du droit, resterait quelque chose d'inatteignable. La justice, grâce au droit, est une perspective qui peut être construite. Là encore, pardon de revenir à Paul Ricoeur, mais dans son ouvrage *Le Juste* il a écrit tellement de choses qui inspirent le quotidien des praticiens que les uns et les autres peuvent être que j'ai plaisir à la citer. Ricoeur dit : « C'est d'abord à l'injustice que nous sommes sensibles. C'est bien sur le mode de la plainte que nous pénétrons dans le champ de l'injuste et du juste. La justice est plus souvent ce qui manque et l'injustice ce qui règne. Et les hommes ont une vision plus claire de ce qui manque aux relations humaines que de la manière droite de les organiser. »

Donc si le droit et la justice ont tant à faire, tant à voir avec la notion de frontière ; si l'on accepte ce postulat que le droit est du domaine des frontières, que la justice sans la force du droit ne serait rien, alors il peut être utile de nous poser la question de ces frontières et de leur nature.

Lorsque nous regardons l'Histoire, lorsque nous contemplons la géographie, nous constatons que les frontières peuvent être naturelles ou non, qu'elles peuvent être pérennes ou non, qu'elles peuvent être immuables ou non, étanches ou non.

Le droit et la justice n'échappent pas à la règle. C'est la leçon qu'ont tirée beaucoup de philosophes, évidemment au moment de la Renaissance mais aussi au siècle des Lumières, au moment où justement on découvrait le monde, au moment où on faisait les découvertes territoriales. Pascal avait résumé sans doute de la manière la plus lumineuse ce sujet : « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà ». Ou Montesquieu qui faisait se promener Usbek dans *Les Lettres persanes*, là aussi cherchant d'autres frontières en permanence. Ou dans *De l'esprit des lois*, où est mise en exergue la relativité du droit, la relativité du juste ; où il n'y a pas un mais des contrats sociaux, des contrats qui se nouent, des contrats qui se bâtissent et qui définissent les accords. Il y a un souffle de relativisme qui naît de la prise de conscience de l'existence des frontières nationales. Parce qu'il y a des frontières nationales dans le droit. Parce qu'il y a des frontières nationales dans la justice. L'idée de justice, je l'ai dit, est une idée absolue. Mais il n'y a pas une justice sur la planète ; il y a des justices. Il n'y a pas un droit sur la planète ; il y a des droits sur la planète.

Oserai-je évoquer le Marquis de Sade, celui qui est le philosophe de l'extrême, celui qui est le philosophe de la frontière, justement de cette frontière, qui pousse l'idée jusqu'à l'extrême pour dénoncer l'absurdité de l'absolu, pour dénoncer l'absurdité d'un absolu de la justice à laquelle il a été confronté, ou l'absurdité de la divination du droit national ? Dans *Aline et Valcour*, qu'il écrit en 1780, il écrit : « Il est des pays où vos devoirs sont des chimères et vos crimes d'excellentes actions ».

On le voit, le droit est pris dans ses frontières. Le droit est pris dans les nasses, dans le cadre que l'État a fixés, ce qui incite évidemment à en relativiser la valeur. La valeur, c'est celle que l'on donne, celle que l'on croit, pas celle que l'on constate ; celle qui s'impose, celle que l'on négocie, celle qui est l'aboutissement d'un contrat, je le disais, et donc par définition d'un rapport de force.

Si je dis cela, c'est parce que je suis maître de conférences en droit public et que donc je m'occupe pour l'essentiel, dans mon vrai métier, au-delà de mon CDD de garde des Sceaux, du droit interne. Mais quand je discute avec mes collègues juristes de droit international, ils défendent une idée complètement inverse à ce que je vous dis. Ils défendent au contraire l'idée que le droit dépasse la frontière, que la planète s'homogénéise en matière de règles, aussi bien pour les systèmes de *common law* que de droit continental ; qu'il y a des mouvements d'harmonisation, y compris dans la façon de regarder les relations internationales, qui enjambent les règles, qui choisissent des modes de fonctionnement qui sont différents, qui permettent par exemple à une personne mariée-là de le rester ici. Les décisions de justice aussi circulent. Celui qui a obtenu un jugement reconnaissant sa filiation dans un pays doit pouvoir s'en prévaloir où qu'il soit. Le tout dans les limites d'un ordre public international dont on admettra évidemment qu'il est lui-même relatif et qu'il dépend des valeurs de la société à l'instant où le juge statue. Le juge français n'a pas à toute époque, par exemple, reconnu le divorce par consentement mutuel. Il lui est arrivé d'évoluer. Nous avons encore aujourd'hui, en droit français, des difficultés à reconnaître des décisions ou à les matérialiser. Pour le moment, nous sommes dans l'impossibilité de reconnaître certaines d'entre elles. Nous avons beau être condamnés, nous n'arrivons pas à écrire le droit dans la tradition de ce qui fut cette construction nationale.

Alors oui, les frontières du droit, les frontières de la justice, sont relatives. Elles sont changeantes. D'abord évidemment parce que l'acte de juger, l'acte de se prononcer, je le disais, non seulement est imparfait, mais il est aussi profondément subjectif. Le droit n'est jamais une affaire de connaissances. C'est toujours un acte d'interprétation. Sinon il n'y aurait pas de jurisprudence. Ceux qui pensent que pour faire des études de droit, comme on le dit souvent, il suffit d'avoir de la mémoire, c'est méconnaître absolument ce qu'est la réalité de cette matière dans laquelle l'interprétation, je le disais, mais aussi l'approche personnelle sont évidemment déterminantes.

Les frontières que j'évoque ici sont indicibles souvent. Il peut même arriver qu'on les constate. Prenez cette notion typiquement juridique qu'est la notion de *sui generis*. C'est une notion qui est très pratique parce que quand on ne sait pas délimiter, quand on ne sait pas définir, quand on ne sait pas décider du territoire que l'on doit juger, alors on constate simplement des situations. On se limite à observer.

Pourquoi ces sujets sont-ils politiques ?

Les frontières de la justice, à mes yeux, posent la question de la séparation des pouvoirs, sujet sur lequel on revient en permanence dans ce pays. Je suis très frappé de voir comment la lecture si ancienne et pourtant si lumineuse continue à s'imposer au quotidien dans les domaines. Hier, devant la Cour de cassation, je discutais d'un sujet dont je ne suis pas certain qu'il ait une actualité, mais qui était mis

en débat : faut-il passer de l'autorité judiciaire au pouvoir judiciaire ? Pour moi, c'est une question de séparation des pouvoirs.

Quelle est la légitimité du juge ? La légitimité serait *sui generis* ? Je suis magistrat, donc je suis juge ? Ayant démontré une capacité à réussir des examens, ce que je fais est nécessairement mû par un intérêt général ? Je ne suis pas traversé par des émotions, des pulsions, des appréciations, dans un contexte, une situation ? Je suis légitime parce que je suis ? Je m'autoproclame, donc je suis garant ?

Pardon pour ceux qui sont magistrats, mais la seule légitimité, à mes yeux, est démocratique, en tout cas dans une situation comme la nôtre. Elle ne vient que du suffrage.

Quel intérêt y aurait-il à élever ce qu'est l'autorité judiciaire au même rang que le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif ? C'est un autre sujet, je ne vais pas revenir dessus ! En plus, je ne crois pas que ce soit vraiment d'actualité, puisque comme le dit Hamilton dans *Le Fédéraliste*, « le juge n'a ni la bourse ni l'épée ». J'ai dit hier que pour l'épée, je n'étais pas compétent. Pour la bourse, je m'en occupe chaque jour. C'est un travail de tous les instants. Je préfère que le juge soit concentré sur sa mission de juger plutôt que de passer son temps dans les antichambres de Bercy pour expliquer qu'il a besoin de deux, trois sous pour pouvoir exercer sa mission. Mais je m'éloigne de mon sujet sur le droit et les frontières.

Pourquoi est-ce une question qui querelle, d'une certaine façon, la séparation des pouvoirs ? Parce que les frontières entre les pouvoirs sont la condition *sine qua non* pour l'avènement d'une liberté politique.

Je le disais : le colloque, hier, était très frappant sur cette notion d'indépendance (dont on ne sait pas bien, d'ailleurs, comment la définir). Qu'est-ce que l'indépendance ? Est-ce que c'est l'indépendance du juge qui doit pouvoir se prononcer librement ? Et donc c'est une indépendance personnelle, c'est une relation par rapport à sa hiérarchie. Ou est-ce qu'au contraire, c'est une indépendance collective externe ? C'est-à-dire le refus de l'autorité politique d'influer ou de pénétrer dans l'acte de juger. L'indépendance, voilà un domaine qui est difficile à définir. C'est pour cela que j'ai toujours pensé que le terme ou plus exactement la notion d'impartialité imposée à la justice était bien plus féconde et en tout cas beaucoup plus vertueuse.

Mais autant je suis sceptique sur la capacité d'émancipation de l'autorité vers le pouvoir, autant je suis un farouche partisan, et j'espère un militant actif, de cette indépendance, parce qu'il faut la garantir. Comme c'est le produit du droit, tout cela n'est jamais acquis. C'est en permanence une quête. C'est un sujet qui redémarre à chaque instant.

Il faut donc poser parfois dans le droit les éléments qui visent à garantir cette forme de pérennité. Voilà pourquoi, par exemple, j'avais soutenu le processus de modification constitutionnelle lorsque j'étais président de la commission des lois à l'Assemblée nationale ; et pourquoi, une fois nommé garde des Sceaux, j'ai souhaité qu'on puisse le relancer et inscrire dans la Constitution, qui est pour nous le texte plus important, le plus central, le plus définitif, même si évidemment il est aussi évolutif, l'indépendance de la justice et la modification de cet organe particulièrement stratégique qu'est le Conseil supérieur de la magistrature, qui est amené à nommer une grande partie des magistrats du siège et qui devrait nommer demain, en tout cas c'est mon vœu le plus cher, les membres du parquet de la même façon, c'est-à-dire justement en se départant de l'influence politique.

C'est ce souci de l'indépendance, cette envie du respect des frontières, qui fait que, par exemple dans le texte qui vient d'être voté à l'Assemblée nationale, qui s'appelle « Justice du 21^e siècle », nous avons donné, posé une graine à un statut de juge qui va nécessairement prospérer et dont je suis convaincu que c'est le juge de demain. Aujourd'hui, il est encore simplement à l'état embryonnaire, il balbutie, mais il va devenir LE juge. Quel est-il ? Son nom dit tout : le juge de la liberté et de la détention. C'est celui qui va devenir le contre-pouvoir à ce mastodonte qu'est devenu le procureur.

Nous n'avons de cesse, depuis des années, de donner, à bon droit d'ailleurs, du pouvoir au procureur pour mener l'action publique, pour conduire justement une forme d'investigation, et nous lui donnons des moyens considérables, intrusifs, privatifs potentiellement de liberté. Donc il faut que quelqu'un contrebalance cela. Ce sera le juge de la liberté et de la détention, qui est né en 2000 et dont le statut aujourd'hui est encore largement à construire. Dans le texte dit, J21, nous avons mis le statut du juge de la liberté et de la détention. Ce sera dorénavant un juge spécialisé dont nous espérons que demain il sera attractif pour les magistrats chevronnés, qui seront dotés de pouvoirs importants pour arriver à compenser les pouvoirs importants justement du procureur.

Donc c'est là aussi le souci de cet équilibre, de cette réciprocité, de cette indépendance, c'est-à-dire pour moi ce souci des frontières qui sont à l'intérieur des domaines.

C'est la même démarche de délimitation des frontières entre le législateur et le juge qui me fait lancer une deuxième étape dans quelque chose qui a été entamé, mais dont la visibilité est faible : nous avons réformé le droit des contrats. Cela n'avait pas été fait depuis Napoléon. Je dis « nous » parce que c'est un pluriel de majesté. L'institution, le ministère, Christiane Taubira avait lancé cela dans l'intérêt évidemment des spécialistes, dans l'invisibilité de l'opinion. Et pourtant vous passez, nous passons des contrats tous les jours, et l'organisation du droit des contrats est importante. Mais ce n'était qu'une seule marche. Il faut maintenant faire le droit de la responsabilité, celui qui est évidemment indissociable du premier.

Quand on parle de la responsabilité, quand on est juriste, il faut nécessairement en référer aux évidences. Et dans le domaine du Code civil, l'évidence c'est Portalis. Que dit Portalis ? « L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des matières qui peuvent naître de chaque matière. C'est aux magistrats et aux jurisconsultes, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. » Je lis cela parce que Portalis a tout dit et on l'a oublié. Cette phrase, je la trouve terrible au regard de ce qu'est notre actualité : la loi doit se contenter de ne poser que des maximes générales. Aujourd'hui la loi est incroyablement bavarde, quand elle ne se contredit pas. Mais enfin, comme j'ai été un peu parlementaire et que je suis aujourd'hui ministre, je ne suis pas sûr qu'il faille absolument que je scie la branche sur laquelle je suis assis !

Que va faire cette réforme de la responsabilité civile ? C'est le parti que nous avons pris : nous allons consacrer le rôle créateur du juge. Nous allons lui permettre de préciser les contours des nouveaux territoires. Nous allons favoriser justement la définition de nouvelles limites. Nous allons favoriser une réorganisation dans un continent qui a largement déjà été exploré et qui pourtant recèle encore, parce que la technologie évolue, des découvertes à venir.

Enfin je voudrais rappeler – j'aurais sans doute dû commencer par là – l'étymologie militaire du mot *frontière*. C'est un mot qui est apparu, d'après mes recherches en tout cas, en 1213 pour désigner la ligne de front entre deux armées. Il semble donc que c'est le rôle du droit de faire front contre le non-droit, contre la transgression du droit, et donc pour moi contre la barbarie. L'exemple le plus évident, le plus actuel, qui me vient à l'esprit est celui des procédures judiciaires contre les personnes inculpées pour fait de terrorisme. Faire front pour une démocratie, c'est établir une frontière entre ses valeurs et celles qui ne sont rien. C'est exactement, là encore, ce qu'a écrit Camus dans les *Lettres à un ami allemand* : « Nous luttons pour cette nuance qui sépare le sacrifice de la mystique, l'énergie de la violence, la force de la cruauté, pour cette plus faible nuance encore qui sépare le faux du vrai et l'homme que nous espérons des dieux lâches que vous révèrez ».

Évidemment la frustration pour un ministre, mais je le découvre depuis trois mois et vingt-neuf jours – je compte : je sais que je ne suis pas là pour longtemps, donc il faut que je fasse un maximum de choses en un minimum de temps –, c'est de conclure un colloque auquel on n'a pas assisté, comme hier, et d'ouvrir un échange qu'on ne va pas connaître, comme là. Donc je dis des choses et je ne saurai pas ce qu'on va en penser ! Peut-être, d'ailleurs, n'est-ce pas plus mal pour mon repos ! Mais en tout cas, en tant qu'universitaire, je vis mal ce genre d'exercice parce que je crois à la confrontation, à l'échange, au dialogue.

Monsieur le président, je crois que cette école rappelle un amour très français : celui du savoir (Justice : état des savoirs). Vous allez faire un état des savoirs qui va nous rappeler que ce pays, cette nation, est un État du savoir. Il y a un professeur d'Oxford Sudhir HAZAREESINGH, qui a écrit un livre, que j'ai parcouru, *La France, ce pays qui aime les idées*. C'est un regard qui, parce qu'il n'est pas français, est très intéressant parce que justement on ne peut pas le suspecter de subjectivité, puisque par définition il n'appartient pas à ceux qui y sont nés, même si on devient Français en y habitant. Il écrit : « Ce qui rend ce sentiment de grandeur intellectuelle encore plus intense, c'est la conviction qu'ont les Français de devoir réfléchir non seulement pour eux-mêmes, mais également pour le reste du monde ». Je crois que vous allez très bien incarner cela ! Ce n'est pas prétentieux du tout, non ! C'est un juste hommage à ce qui fait notre nature.

Je vous souhaite vraiment de pouvoir travailler non seulement pour nous-mêmes, mais aussi pour le reste du monde, et que ce moment d'échange soit l'occasion, pour chacun d'entre nous, d'une forme de générosité de la pensée ou, pour parler comme Einstein, de joie de la pensée. Bon travail !



TABLE RONDE



TABLE RONDE

1

LE DROIT ET LES FRONTIÈRES

M^{me} Florence RENUCCI, directrice adjointe de la mission de recherche droit et justice

Pour commencer, je remercie les organisatrices, Laetitia BRUNIN, pour le ministère de la Justice et Liora ISRAËL pour l'EHESS et d'une façon générale, le ministère de la Justice et le CNRS, à travers l'institution que je représente, pour leur soutien au dialogue entre professionnels et chercheurs. C'est un dialogue de plus en plus nécessaire et emblématique de cette Journée.

Cette première table ronde va essentiellement s'intéresser aux frontières du droit et de la justice sous l'angle particulier des étrangers. La question est de savoir si cette frontière constitue un mur du point de vue du droit et de la justice.

Ce qu'ont en commun les interventions qui vont suivre, c'est la volonté de montrer qu'en réalité ces frontières du droit sont très poreuses et sont surtout ce qu'en font les différents acteurs, aux stratégies diverses, que ce soient des acteurs étrangers vus comme des victimes ou des criminels, ou bien des acteurs tels que des institutions judiciaires et administratives.

La colonne vertébrale de ces interventions se décline autour de trois questions : la façon dont sont définis et se définissent les étrangers par rapport à ces frontières, mais aussi la façon dont ils sont traités, tant théoriquement que dans les usages, ce qui pose en miroir la question de l'effectivité ou de la non-effectivité du droit et des enjeux politiques, économiques qui peuvent se cacher derrière.

Je vais laisser la parole à Mme Simona CERUTTI, qui est directrice d'études à l'EHESS, spécialiste de la question des étrangers dans les villes sous l'Ancien Régime. Elle a d'ailleurs publié en 2012 un ouvrage sur la question aux éditions Bayard. Sa vision va nous conduire à relativiser ce qu'est l'étranger en se plaçant dans le temps long, sous l'Ancien Régime, et en déconstruisant cette notion, puisque l'étranger n'est pas tant vu comme la personne qui est en dehors de la frontière nationale ou politique, mais plutôt comme celle qui est en dehors de la frontière sociale. L'étranger n'est donc pas vraiment l'autre.

« CONDITIONS D'INCERTITUDE : LE CAS DES ÉTRANGERS EN MÉDITERRANÉE À L'ÉPOQUE MODERNE »

M^{me} Simona CERUTTI, directrice d'études, EHESS

Mon intervention porte sur les étrangers dans les sociétés d'Ancien Régime. Il n'est pas simple de trouver une définition de la condition juridique des étrangers dans les sociétés occidentales de l'époque moderne. En effet,

il n'existe pas de rubrique spécifique pouvant nous éclairer sur les traitements qui pouvaient leur être réservés, ce qui fait contraste par ailleurs avec le fait que les notions qui désignent l'appartenance locale, c'est-à-dire natif, bourgeois, citadin, etc., ont une importance capitale pour dessiner les hiérarchies sociales de ces sociétés.

Si l'on s'interroge sur les étrangers, on doit suivre un parcours plus indirect, rechercher les traces dans une pluralité de sources et interroger les contextes dans lesquels cette condition est inscrite. En ce sens, une catégorie apparaît d'une très grande importance dans les sources. On lui accorde un espace notable dans les décrets concernant la justice civile dans plusieurs des États européens pendant l'Europe moderne et elle fait l'objet d'une attention tout à fait particulière de la part des juristes. Il s'agit de la catégorie des personnes misérables. C'est une catégorie dépayssante, car elle rassemble des figures sociales apparemment très disparates : les *forenses*, donc les étrangers, les gens venant d'ailleurs, mais aussi les pauvres, les veuves, les mineurs, les orphelins, les soldats, les salariés, les pèlerins et finalement les marchands.

Les personnes misérables traitées dans le cadre de procédures judiciaires ont droit à une procédure judiciaire privilégiée qui est brève, plus directe et moins coûteuse que la procédure ordinaire. C'est la procédure dite « sommaire ».

Quelle est donc cette catégorie ? Que permet le rassemblement de figures sociales nous paraissant aussi disparates ? Pourquoi cette catégorie demande-t-elle l'attribution de privilèges, en particulier judiciaires ?

Je vous propose de parcourir l'intérieur de cette catégorie ainsi que les prérogatives judiciaires qui lui sont attribuées, afin de comprendre ce qu'était un étranger dans ces sociétés modernes et quel était le traitement qui lui était réservé par le droit.

Pour comprendre la logique qui préside à ces rassemblements, il faut d'abord reconstituer les prérogatives juridiques qui caractérisent chacun des misérables : les veuves, les pauvres, les mineurs, les marchands, les étrangers. Dans les sources juridiques et judiciaires, depuis au moins le XIV^e siècle, ces figures sociales partagent une faiblesse qui n'est pas d'ordre économique mais qui concerne leur moindre inscription familiale et sociale. Veuves, mineurs et orphelins partagent l'impossibilité de disposer à plein titre de leur propre patrimoine et de le transmettre, ce qui les situe dans une position de marginalité par rapport à la famille, à la parentèle, qui s'identifie, dans les sociétés d'Ancien Régime, moins aux liens du sang qu'à la transmission de biens. *Familia, id est substantia.*

Leur faiblesse tient donc à un statut juridique diminué qui les oblige à avoir recours à une figure pouvant les représenter dans tout acte public.

Cette marginalité en matière de complétude des droits est partagée aussi par les pauvres qui se retrouvent également parmi les personnes misérables. Encore une fois, ils sont caractérisés du point de vue juridique par une faiblesse qui n'est pas seulement économique. Les pauvres que le droit prend en compte sont les pauvres dits « honteux », chez qui la pauvreté n'est pas une condition structurelle, mais correspond à une chute sociale, à une condition qui suscite la honte et qui les oblige à se cacher et à s'éloigner de leur groupe social.

La pauvreté, dans les classifications juridiques d'Ancien Régime, plutôt qu'à une condition économique, renvoie à une idée de privation et celle-ci, à son tour, est strictement associée à une idée d'éloignement du corps social et donc à l'absence de relations de soutien. C'est bien cet isolement qui fonde l'assimilation entre veuves, mineurs, orphelins et pauvres.

C'est encore une marginalité par rapport au corps social et une moindre inscription dans un réseau stable qui caractérisent les figures sociales de la mobilité qu'on retrouve parmi les misérables : les pèlerins, les soldats, les mercenaires durant cette partie de l'époque moderne, les salariés, les marchands aux pieds poussiéreux, itinérants, et finalement les *forenses*, donc les étrangers. Toutes ces figures sociales deviennent compatibles et peuvent se côtoyer dans la catégorie des misérables.

Une aire sociale spécifique se dessine ainsi, caractérisée par la faiblesse des ressources relationnelles, par une moindre inscription dans la ville. Les figures des veuves et des orphelins, des mineurs, des pèlerins, des étrangers, sont atteintes par une fragilité issue de leur statut juridique ou de la mobilité sur le territoire qui les empêche de remplir les conditions pour participer à plein titre à la vie de la cité.

L'inverse du misérable n'est pas le riche mais le bourgeois, le citadin, c'est-à-dire celui qui est inscrit dans un réseau stable de relations sociales et qui jouit d'une personnalité juridique complète.

Dans la définition de la citoyenneté, la résidence apparaît clairement comme une preuve essentielle de l'appartenance active à la communauté, de la participation à la construction de la ville, dans la plupart des sociétés de l'époque moderne. Elle dessine en fait un principe très fort : l'idée que la citoyenneté est liée à la capacité à remplir un contrat social, à être inscrit dans un réseau stable de relations, à faire ensemble la ville.

Il n'y a rien de naturel et d'acquis une fois pour toutes dans cette notion de citoyenneté. En ce sens, celle-ci rejoint certaines définitions formelles que quelques juristes du XIV^e siècle avaient données, insistant sur le caractère contractuel de la condition de citoyen. Bartolo da Sassoferrato souligne à quel point il n'est pas question de lier ce statut à la seule naissance dans la ville : « *omnes sunt*

civi civillites », tout le monde est citoyen de la ville, certains à cause de leur naissance et d'autres pour d'autres raisons. C'est la ville qui fait le statut de citoyen, celui qui habite la ville, comme tous ceux qui participent à ses charges.

Nous sommes confrontés là à la première expression théorique d'un principe volontariste de la notion de citoyenneté ancré sur la loi civile et non plus lié au principe *du jus sanguinis* et *du jus soli*. Ce qui nous dit que le langage de la citoyenneté est donc fait de pratiques sociales plutôt que de statuts, être citoyen est une condition plutôt qu'une qualité, qu'un statut durablement acquis. Il en est de même pour le contraire, l'étranger.

Les deux conditions sont caractérisées par une très grande perméabilité. Bien qu'étant né dans un territoire ou dans une ville, on peut être étranger. L'origine géographique ainsi que la mobilité sur le territoire peuvent évidemment être responsables de cette inscription imparfaite dans le tissu social, mais manifestement celles-ci ne sont pas la seule condition de l'extranéité. La figure du *forense* ou bien du pèlerin ou encore du soldat en côtoie d'autres. Donc la moindre insertion dans le tissu social a de multiples causes. On peut être étranger en tant que mineur. On peut le devenir lorsque les aléas démographiques transforment notre place dans la famille et dans la succession, et lorsque des revers économiques nous privent de la ressource principale, c'est-à-dire les relations et les liens sociaux.

Que prévoit le droit pour ces catégories de non-citadins ? La catégorie des misérables est très présente dans les sources juridiques et fait l'objet d'une attention particulière du droit. Des privilèges spéciaux lui sont attribués, dont une procédure judiciaire particulière : la justice sommaire. C'est une justice qui déroge aux principes de la procédure ordinaire.

Comparer sa grammaire et son fonctionnement, pendant l'époque moderne, à la procédure ordinaire permet de cerner le problème du statut attribué aux citadins et aux étrangers, donc le statut juridique attribué aux relations sociales, et permet de s'interroger sur les dispositifs qui étaient mis en œuvre quand ces relations sociales faisaient défaut. En d'autres termes, quel est le droit auquel sont soumises les personnes sans attache locale ?

Je vais résumer de manière très brève et schématique les résultats d'une recherche que j'ai menée. Dans les textes juridiques, dans les décrets concernant la justice ainsi que dans les statuts urbains à partir du XIV^e siècle, la procédure sommaire renvoie à un rite abrégé, peu coûteux, sans écrit (*scriptis*). Aucun libellé n'est rédigé. Il n'y a aucune trace des argumentations des avocats dont la présence est interdite dans les salles du tribunal sommaire. C'est une justice rapide. Le jugement doit être en principe rendu le jour même de l'audience et prévoit la confrontation directe des acteurs. Les juges occupent une position arbitrale.

En outre, la procédure se déroule *sine figura judicii*, sans figure de justice, c'est-à-dire qu'à aucun moment dans la rédaction de la sentence, référence n'est faite aux lois, aux coutumes et aux précédents. Chaque cas constitue un cas

particulier qu'on ne peut pas inscrire dans une série et dont la validité est mesurée selon l'attitude des parties et non selon des normes extérieures au débat.

Un autre caractère original réside dans le fait que c'est une justice qui privilégie des systèmes de preuve très différents de ceux en vigueur dans les tribunaux ordinaires. Alors que les rites ordinaires, tout au long du XVIII^e siècle, attribuent une place de choix aux témoignages, la procédure sommaire, en cohérence avec la prescription *sine strepitu*, sans bruit, prévoit très rarement des témoins alors qu'elle attribue une importance décisive à tout type d'écriture, depuis les livres de négoce aux brouillons, aux billets échangés entre les parties, etc.

Étant donné le rôle des témoins dans le procès, à savoir qu'ils étaient rarement appelés en tant que témoins oculaires des faits mais plutôt pour attester de la renommée, de la *fama* des personnes, on peut mesurer l'importance de ces changements.

Ce primat des écrits s'accompagne encore d'une autre preuve très originale, le serment, qui accompagne toutes les déclarations des acteurs et que les acteurs proposent aux adversaires.

À travers son recours et l'échange entre les partenaires, le procès se dessine comme un lieu de rencontre d'individus dont la présence au tribunal témoigne moins de la volonté de punir l'adversaire en obtenant un arrêt favorable que de mettre fin à un conflit à travers un accord. L'utilité du procès ne réside donc pas dans la reconstitution de la vérité. Ce qui compte, c'est plutôt la suspension du conflit et donc la reconnaissance par les acteurs de la validité des instruments à disposition pour faire cesser toute hostilité. Le serment constitue une preuve particulière construisant une responsabilité judiciaire résolument individuelle qui contraste avec celle affirmée par le droit positif qui est très souvent solidaire (*in solidum*).

Revenons à la configuration d'ensemble du procès. La procédure sommaire se présente comme un rite judiciaire bref, direct, peu coûteux, sans avocat, qui réduit jusqu'à gommer le poids des normes locales, des coutumes et des précédents, et qui s'appuie sur un système probatoire privilégiant les écrits et les serments aux témoins.

Tous ces éléments opposent donc le procès sommaire au procès ordinaire, où prime une responsabilité solidaire exprimée à travers tous les moments procéduraux, de la citation jusqu'au système probatoire dominé par les témoins et la renommée, avec une place de choix faite aux normes et aux coutumes locales.

Cette distance entre les deux procédures est construite et recherchée. En fait, la procédure sommaire suspend les privilèges et les prérogatives qui distinguent ceux qui jouissent d'un enracinement local dont le droit positif est imbibé. Finalement, c'est bien là le premier et le plus profond des déséquilibres qui caractérisent le procès dans ces régimes. Bien sûr, la justice opère des discriminations entre riches et pauvres, puissants ou non, mais l'enracinement local avec

ses compétences juridiques et sociales est bien le premier privilège que cette justice prend en compte et ne cesse de reproduire. Dans les tribunaux ordinaires, la gravité du crime, le niveau des responsabilités et le poids des peines sont modulés sur des échelles de l'appartenance et de l'enracinement local.

La procédure sommaire est une justice supralocale. Ses caractères sont recoupés sur des figures sociales qui, étant atteintes par une faible insertion sociale, ne pourraient pas être jugées avec équité à partir des principes du rite ordinaire. Assurant une tutelle par rapport aux discriminations opérées par le droit positif, cette justice fait face à un problème central que les sociétés d'Ancien Régime ont dû affronter : comment faire coexister un principe d'équité avec la pulvérisation des normes locales ?

La légitimation des pratiques sociales présentées en justice en tant que sources du droit a été une tentative de réponse à cette interrogation. Nous voilà donc confrontés à une nouvelle définition de ce qui distingue les étrangers. Le caractère le plus marquant que le droit commun de l'Ancien Régime prend en compte, c'est bien l'ignorance des normes locales. Pour ces « ignorants des normes locales », un espace particulier a été créé où ces normes sont suspendues et où une pleine légitimité est attribuée à l'accord des parties sur les pratiques sociales.

L'articulation entre justice ordinaire et justice sommaire nous introduit ainsi à une caractéristique très importante du droit d'Ancien Régime : la coexistence d'une pluralité de manières également légitimes non pas de concevoir la vérité, mais plutôt de pouvoir l'atteindre. Le pluralisme juridique témoigne de cette attention aux conditions sociales des individus qui fait la factualité du droit commun. Il n'est donc pas une maladie infantile du droit, tel que souvent désigné, mais plutôt l'expression de sa richesse. Les individus doués d'un statut juridique plein et enracinés dans un réseau social ou les personnes à plusieurs titres ignorantes des normes pourront idéalement mettre en avant leurs raisons dans des systèmes procéduraux qui prennent en compte la présence ou le défaut de ressources auxquelles ils peuvent avoir accès.

Les deux procédures dessinent des horizons de légitimité différents : d'une part, le support de la *communis opinio* locale accompagnée des supports fournis par la responsabilité judiciaire *in solidum* et d'autre part, pour les étrangers, la solide légitimité des pratiques sociales qui se sont déroulés sans contradiction.

C'est donc le témoignage de la grande richesse du droit d'Ancien Régime qui tient à sa capacité à prendre en compte un large éventail de situations sociales, et qui est caractérisé moins par la capacité à exclure qu'à celle d'inclure en son sein et de régler un maximum de situations. Son pouvoir est bien assis sur cette capacité. Les étrangers ignorants des normes locales pouvaient donc prétendre à une égalité vis-à-vis des locaux. Je pense que nous avons là quelque chose à apprendre du passé.

M^{me} Florence RENUCCI, directrice adjointe de la mission de recherche droit et justice

Avec Serge SLAMA, même si nous allons changer d'époque et de territoire, le trait commun, qui va nous rattacher à l'intervention de Mme CERUTTI, est cette représentation de ce qu'est l'étranger et surtout de la façon dont il devrait être traité et dont il est traité en réalité. Serge SLAMA, maître de conférences à l'université de Paris-X-Nanterre, spécialiste des droits et des libertés fondamentales, va nous parler des pratiques de l'injusticiabilité du droit des étrangers à Mayotte.

« FRONTIÈRES DU DROIT, FRONTIÈRES DE L'HOSPITALITÉ »

M. Serge SLAMA, maître de conférences, université de Paris Ouest Nanterre La Défense

Les pratiques d'injusticiabilité du droit des étrangers à Mayotte constituent l'archétype – presque un modèle idéal typique – où le droit et la justice sont utilisés par les acteurs étatiques davantage comme un mur entre les personnes que comme un moyen de tisser des liens. Le droit mahorais des étrangers qui s'est forgé depuis une quinzaine d'années est construit quasi intégralement comme un droit d'exclusion d'un certain nombre de personnes sur un territoire au nom d'une frontière nationale qui est pourtant dans le cas d'espèce totalement artificielle et avec de forts relents coloniaux. En l'occurrence sont exclus du droit – de pratiquement tous les droits (même l'aide médicale d'Etat n'existe pas à Mayotte) – un tiers de la population, essentiellement des migrants Comoriens des îles voisines de l'Archipel des Comores, très majoritairement sans-papiers.

Je ne suis pas spécialiste du droit ultramarin ni même du droit des étrangers à Mayotte. Néanmoins je suis allé plusieurs fois à Mayotte pour faire une mission d'exploration pour le réseau Migrant outre-mer, des formations en droit des étrangers aux acteurs sociaux de l'île, avec notamment Emmanuel Blanchard et Antoine Math - et j'ai participé à un certain nombre de contentieux, souvent dans le cadre de collectifs associatifs ou encore représenté « Migrants outre mer » devant le Comité contre la torture des Nations-Unies. Ma connaissance du terrain est essentiellement liée à cette activité associative, même si j'ai aussi un regard d'universitaire.

Je ne vais toutefois pas faire ici une analyse théorique mais décrire la situation telle qu'elle existe à Mayotte et telle que l'injusticiabilité du droit des étrangers à Mayotte a été organisée. Celle-ci a pour effet de maintenir une partie de la population – environ un tiers des habitants de l'île (70 000 pour 210 000 habitants) – en dehors de la légalité et plus largement en dehors du droit et de tout accès effectif à la justice. Lorsqu'on s'intéresse au droit des étrangers à Mayotte on s'aperçoit d'une part que la situation d'irrégularité des étrangers est largement fabriquée par le droit et les pratiques administratives et par suite qu'elle est largement artificielle (la plupart des étrangers en situation irrégulière à Mayotte ont d'importantes attaches personnelles et familiales avec l'île et seraient régularisés s'ils séjournaient en Métropole) et

d'autre part que l'accès à la justice est rendu très difficile, et même souvent impossible pour ces mêmes étrangers en situation irrégulière, particulièrement s'ils sont sous le coup d'une mesure d'éloignement, impossibilité accentuée s'ils sont mineurs non accompagnés (et ce alors même que les mineurs isolés ne sont pas légalement éloignables du territoire français).

Quelques développements sur le contexte mahorais seront nécessaires avant de pouvoir examiner plus en avant l'absence de justiciabilité contre les mesures d'éloignement.

Le maintien de Mayotte au sein de la République française a été décidé à l'issue du référendum qui s'est tenu en 1974. Alors que trois îles ont voté pour l'indépendance, la quatrième a été maintenue dans des conditions rocambolesques dans la République française. Ce maintien est contraire au droit international puisque normalement, lorsqu'il y a l'indépendance, c'est pour l'ensemble du territoire – c'est comme si on avait maintenu au sein de la République la Kabylie si elle avait voté différemment de l'ensemble de l'Algérie. Mais Mayotte a été maintenue dans la République française avec une évolution progressive vers la départementalisation, qui a eu lieu en 2014 à l'issue d'un nouveau référendum.

Au moment de l'indépendance, le régime de liberté de circulation est maintenu, un peu comme lors de l'indépendance de l'Algérie en 1962. En 1994, le gouvernement Balladur a instauré une obligation de visa pour les Comoriens voulant se rendre sur l'île de Mayotte. En pratique, faute de relations diplomatiques et de reconnaissance par l'Union des Comores du rattachement de Mayotte à la France, il est très complexe d'obtenir un visa et de venir légalement à Mayotte pour un Comorien. Puis, à partir de 2002-2003, se développe une politique de reconduite à la frontière dans le cadre de la « politique des quotas » de Nicolas Sarkozy, alors ministre de l'Intérieur. En quelques années, on est passé de quelques centaines à 12 000 puis à 20 000 reconduites à la frontière par an.

L'archipel de Mayotte, entouré d'une barrière de corail encerclant pratiquement toute l'île, rend très difficile l'arrivée sur l'île, d'autant plus que plusieurs radars ont été installés pour détecter les kwassas-kwassas. La plupart des kwassas sont interceptées par les forces de police. Il y a aussi et surtout des décès du fait du chavirage de ces embarcations fragiles qui prennent des risques (environ 10 000).

Dans ce contexte, l'un des problèmes de fond est l'augmentation du nombre d'habitants. Des projections démographiques évaluent la population mahoraise, qui est à peu près de 200 000 habitants aujourd'hui, à 350 000 habitants en 2030 et à 500 000 habitants en 2050. Il y aurait actuellement 84 000 Comoriens sur l'île de Mayotte dont 50 à 60 000 sans-papiers, dont 90% de Comoriens.

Mais ces personnes sans papiers ont souvent des enfants ou des conjoints français, des attaches assez longues et importantes avec ce territoire. Avant l'abolition de la polygamie, les hommes mahorais avaient souvent une seconde femme comorienne. La plupart de ces personnes,

si elles étaient sur le territoire métropolitain, auraient des papiers. On a entretenu cette population dans l'irrégularité du séjour. Pour preuve, un rapport de la Cour des comptes note que si, à la suite de moyens déployés par la préfecture de Mayotte pour recevoir les demandes de titres de séjour, le nombre de demandes est passé de 3 500 en 2012 à 135 000 en 2013 et 12 823 en 2014, cette année-là seules 3 573 premières cartes de séjour temporaires ont été délivrées, soit en très grande majorité des refus de titres ce qui est très loin des taux de délivrance de titres en Métropole.

Il y a évidemment un phénomène de forte d'attractivité. Le territoire comorien est dans un grand désordre politique constant, souvent entretenu d'ailleurs par la France, et il est beaucoup moins riche (même si Mayotte n'est pas elle-même très riche). Selon le rapport de la Cour des comptes, ce différentiel de niveau de vie constitue « le facteur principal d'attractivité de Mayotte dans son ensemble régional, en raison d'un niveau de vie par habitant plus élevé que celui des pays voisins, proches culturellement et linguistiquement. Bien que le PIB de Mayotte ne représente qu'un cinquième de celui de la métropole, l'écart de développement avec les trois autres îles de l'archipel des Comores ne cesse de se creuser, rendant l'attrait migratoire pour Mayotte de plus en plus fort. Le produit intérieur brut (PIB) par habitant de Mayotte (6 575 euros par habitant en 2010) est huit fois supérieur à celui des Comores (760 euros en 2010) ».

Il existe aussi un grand différentiel en matière de structures de santé – on sait que l'hôpital de Mayotte a une activité très importante – d'accès au travail et surtout d'accès à l'éducation, puisque le gouvernement français a développé des collèges et des lycées sur cette île et que la scolarisation des enfants est obligatoire pour tous les enfants, y compris de sans-papiers.

L'attractivité démographique n'est pas moins importante puisque l'union des Comores représente 750 000 habitants alors que Mayotte compte actuellement environ 200 000 habitants. Si la croissance démographique de ces îles est comparable, en revanche Mayotte souffre du fait qu'une partie de sa population française quitte le territoire de Mayotte pour aller à La Réunion ou en métropole. Il y a donc un phénomène de compensation de l'immigration comorienne par une émigration mahoraise vers La Réunion et la Métropole, notamment parce que pour l'instant il n'existe pas réellement de minima sociaux accessibles à la majeure partie de la population et peu de débouchés (un centre universitaire a ouvert il y a quelques années).

La réaction de la France face à cette situation n'a pas été d'essayer de développer un régime de liberté de circulation entre les îles ni de développer une « coopération massive » avec l'Union des Comores afin de remettre Mayotte dans son environnement naturel de l'Océan Indien au sein de l'Archipel des Comores. Au contraire, Mayotte tourne le dos à ses voisins et ont été érigées par l'Etat français des frontières se voulant étanches à la fois géographiques mais aussi juridique, au sein de la population mahoraise, avec les Comoriens et les Mahorais. Les Comoriens n'ont

pas accès au droit, surtout s'ils sont sans-papiers (soit 2/3 des Comoriens de l'île), alors que les Mahorais sont dans un phénomène d'assimilation juridique renforcé par la départementalisation. On distingue donc très fortement les deux populations et on essaye d'en reconduire aux frontières un maximum chaque année en les maintenant dans une zone de non droit.

L'instauration du « visa Balladur » en 1994 puis l'industrialisation des reconduites à la frontière depuis 2003 (de quelques milliers à environ 20 000 reconduites par an dont près de 5 000 enfants) ont fini par creuser un fossé désormais presque infranchissable – hormis par les kwassas kwassas – entre mahorais, qui ont la nationalité française, et comoriens qui ne l'ont pas. Pour preuve : à plusieurs reprises ces dernières années des maires ont refusé, sous pression de la population, d'inhumier des Comoriens morts noyés et retrouvés sur le littoral mahorais.

De même, la construction d'un embryon d'Etat providence à Mayotte depuis 2000 se fait entièrement au détriment des étrangers, particulièrement des sans-papiers. Et contrairement à une idée reçue la départementalisation en oeuvre depuis 2014 n'a fait qu'aggraver la déstabilisation de l'île. Mal préparée, elle a accentué encore davantage le clivage entre Mahorais (titulaires des droits sociaux en leur qualité de citoyens français) et Comoriens (relégués dans un infra droit surtout s'ils sont irréguliers). Elle a eu pour résultat que Mayotte tourne encore davantage le dos à son environnement naturel de l'Océan indien. Ces populations sont pourtant originaires d'un même archipel avec la même culture, la même religion, la même langue et d'importants liens sociaux, familiaux et économiques ancrés de longue date. Comme le résume un auteur, en paraphrasant Fanon, « peau comorienne et masque français »...

Mais on a créé une distinction fictive, en posant une frontière entre l'île de Mayotte et les autres îles comoriennes et entre les populations, qu'on est en train d'attiser aujourd'hui.

En fait, les Comoriens installés à Mayotte ont des liens très forts avec Mayotte depuis très longtemps. Beaucoup ont des conjoints français ou des enfants français. La plupart résident de longue date sur le territoire mahorais et ont des activités sur ce territoire. Mais on les a exclus de tous les droits et on les reconduit massivement. A plusieurs reprises des responsables politiques de droite ont envisagé de modifier les règles des articles 21-7 et 21-11 du Code civil à Mayotte afin de mettre fin à l'automatisme de l'accès de la nationalité française à la majorité pour les enfants d'étrangers lorsqu'ils sont nés à Mayotte et résident depuis cinq années en conditionnant, par exemple, cet accès à la régularité du séjour des parents – ce qui ne ferait que renforcer la distinction entre enfant de mahorais, automatiquement français de naissance par droit du sang, et enfants de Comoriens, relégués dans la condition d'étranger, voir même l'irrégularité du séjour, malgré leur naissance, leur socialisation et leur longue résidence sur le territoire français.

Cette schizophrénie mahoraise, d'importants problèmes de délinquance (plusieurs milliers de mineurs isolés sont laissés à l'abandon dans les rues mahoraises) et une crise sociale très importante (manifestation contre la vie chère), à laquelle l'Etat français a été incapable de répondre depuis des années, provoquent depuis plusieurs mois des manifestations, ouvertement xénophobes, sur l'île. Les faits dont on parle très peu en Métropole sont pourtant sidérants.

De janvier à juin 2016, des collectifs informels de villageois mahorais se sont constitués pour « chasser » de chez eux leurs voisins, le plus souvent Comoriens, avec ou sans papiers, pour la seule raison qu'ils sont étrangers et occupent, au sein de bidonvilles, des terrains qu'on leur loue. Plus largement, les étrangers sont collectivement accusés d'être responsables de tous les maux de la commune et de l'île : « voles (sic), agressions et meurtres (sic) au quotidien, climat de psychose installé, image de notre île souillée, une économie meurtrie... », selon un des tracts diffusés. Des manifestations se sont déroulées aux cris de « la France aux Français ». À une autre époque et dans d'autres lieux on aurait appelé de telles violences xénophobes des « pogroms ». Mais dans le 101^e département français ces événements se sont déroulés en toute impunité et dans l'indifférence (métropolitaine) quasi générale.

Le mode opératoire a été systématiquement le même : ces collectifs établissaient d'abord une liste d'hébergeurs identifiés comme louant ou hébergeant à titre gratuit des étrangers, réguliers ou non. Sur cette base, un courrier était ensuite adressé aux propriétaires ou gérants des lieux leur donnant injonction de faire « partir les clandestins de leurs maisons ». Le collectif communiquait alors aux autorités la liste des « hébergeurs » afin que des poursuites soient engagées contre elles. Enfin, si celles-ci ne se pliaient pas à ces injonctions, des « marches » et « actions d'expulsions pacifiques (sic) contre l'immigration clandestine » se déroulaient – sans aucune déclaration préalable en mairie ni arrêté d'interdiction. Celles-ci aboutissent presque systématiquement au « décasage » des intéressés, souvent de manière violente : incendie volontaire des cases, destruction de biens, menace avec des armes par destination comme des marteaux, des pierres, des pieds de biche, etc., insultes à caractère raciste, etc. Parfois, même, un événement « festif » traditionnel – un « grand voulé » (= barbecue sur la plage) – a marqué le succès de l'opération.

Face à des événements aussi graves on aurait pu s'attendre à une réaction vigoureuse des pouvoirs publics pour protéger ces populations et mettre immédiatement fin à ces manifestations xénophobes. Il n'en fut rien.

Au contraire l'Etat a délibérément laissé faire pendant près de six mois. « Les gendarmes sont là et regardent » ont rapporté des témoins. Comble de l'ironie, le nouveau préfet a même justifié, peu après sa prise de fonction, cette passivité par la crainte que l'intervention des forces de l'ordre ne contribue à « augmenter le trouble à l'ordre public » (Mayotte hebdo 27 mai). Quant aux élus des municipalités concernées, ils se montrent souvent bienveillants à l'égard des manifestants voire même les soutiennent en catimini.

La seule action des forces de l'ordre face à ces marches a été d'escorter les « décasés » sur la Place de la République à Mamoudzou, lieu où plusieurs centaines de migrants, dont une moitié d'enfants, se sont réfugiés depuis la mi-mai sans la moindre prise en charge par l'Etat, si ce n'est la mise à disposition d'une citerne d'eau.

Pire, au lieu de mettre fin à ces marches et de poursuivre les auteurs de trouble, l'Etat a, par ses actions, contribué à légitimer leurs revendications. D'une part le préfet a placé en reconduite à la frontière plusieurs centaines de Comoriens victimes de ces opérations. D'autre part, il a annoncé qu'un contrôle systématique des attestations d'hébergement délivrées par les hébergeurs serait dorénavant effectué, avec potentiellement un refus de séjour à la clef. Enfin, et surtout, l'Etat a lui-même organisé un immense « décasage » en procédant début juin à la destruction d'un des plus grands bidonvilles de Mamoudzou.

Le seul sursaut est venu des associations (Gisti, Cimade, LDH, Secours catholique ou Médecins du Monde, Le collectif de soutien au délogés de Mayotte) qui, outre le soutien concret apporté aux « décasés » sur place, ont développé des actions contentieuses, grâce aussi à la détermination et au courage de Me Marjane Ghaem.

Dans un premier temps, elles ont déposé un référé-liberté visant à ce que soit interdite une manifestation non déclarée qui devait avoir lieu le 5 juin 2016 à Kani-Kéli. Se fondant sur les considérants de principe des affaires M'bala M'bala et AGRIF, le juge des référés du Tribunal administratif de Mayotte a fait droit à cette requête en donnant injonction au maire de la commune d'interdire la manifestation et au préfet de Mayotte de mobiliser les forces de police et de gendarmerie nécessaires pour garantir la sécurité (TA Mayotte 4 juin 2016, Cimade et a., n°1600461). Même si finalement la marche interdite a bien eu lieu ce 5 juin, elle n'a réuni qu'une vingtaine de personnes et ne s'est conclue par aucune action de « décasage ». Mais surtout cette ordonnance et le début du ramadan ont contribué à un retour (provisoire ?) au calme sur l'île.

Dans un second temps, les associations ont déposé un référé liberté sur le modèle de la procédure menée pour les migrants du bidonville de Calais pour que l'Etat et la commune de Mamoudzou assurent la prise en charge des 200 personnes réfugiées dans des conditions abominables la Place de la République. Cette procédure ne s'est pas avérée inutile : le jour même de l'audience, tout en niant par la voix de son représentant toute obligation légale déprise en charge, l'Etat a assuré l'hébergement provisoire des occupants de la place dans un gîte. La seule réaction des autorités ministérielles durant toute cette sinistre affaire a été un communiqué du 17 mai 2016 dans lequel les ministres condamnaient – tout de même – « les violences commises ces derniers jours à Mayotte à l'encontre de familles, ayant par ailleurs conduit à la destruction de leurs habitations » tout en annonçant que serait poursuivie « l'action déterminée des forces de sécurité intérieure » ayant abouti à 18 763 reconduites à la frontière en 2015 et qui sera « encore rehaussée par l'arrivée de 76 policiers et gendarmes cette année »...

L'action de l'État consiste essentiellement à renforcer la sécurité sur le territoire et à développer encore plus les reconduites à la frontière en essayant de battre le record de 20 000 reconduites par an – soit plus qu'en Métropole. C'est un record du monde en termes de reconduites à la frontière par rapport à la population sur un territoire aussi petit.

Le contrôle juridictionnel sur cette politique de reconduites massives est totalement insatisfaisant et ne respecte pas les normes internationales notamment celles exigées par la Convention européenne des droits de l'homme. Chaque année, on éloigne entre 15 000 et 20 000 personnes, soit environ un tiers des sans-papiers présents à Mayotte. Pourtant, le nombre de sans-papiers sur cette île reste identique. C'est donc une politique vaine, qui développe pourtant un climat sécuritaire oppressant sur l'île et une militarisation très forte des systèmes d'éloignement.

Il y a donc une systématisation des éloignements et chaque jour, la police des frontières ou les gendarmes interpellent des kwassas. En raison des passages dangereux avec la barrière de corail, et les voyages de nuit, il y a eu environ 10 000 morts depuis 1995 dans l'océan Indien. On est passé de 416 interceptions en 2012 à environ 600 en 2014, et cela continue à augmenter. Il y a une efficacité de plus en plus grande des services de police en termes d'interception des kwassas, ce qui va ensuite permettre d'augmenter les reconduites à la frontière.

Il y a une augmentation des reconduites à la frontière à partir de 2003, pour atteindre un sommet de 20 000 en 2010, qui devrait de nouveau être atteint en 2015. Les étrangers interceptés sont essentiellement des Comoriens (19 000 sur 21 000) puis des Malgaches et des demandeurs d'asile de la Corne de l'Afrique qui obtiennent souvent le statut de réfugiés à l'occasion des audiences foraines de l'OFPRA ou de la CNDA.

Le taux d'exécution de ces reconduites est proche de 100%, alors qu'il n'excède pas 30% en métropole. Comme le note la Cour des comptes, « en 2014 19 991 étrangers en situation irrégulière (ESI) ont été interpellés, que ce soit sur terre ou en mer. Ils ont tous été éloignés. Ces chiffres sont en nette progression par rapport à l'année 2013 (15 723 éloignés) et 2012 (16389) ».

Une autre spécificité tient au fait qu'il y a énormément d'enfants reconduits à la frontière. Légalement les enfants isolés ne peuvent pas l'être ni être placés en rétention administrative. À Mayotte, cela est depuis une décennie massif et quotidien, et cela représente jusqu'à 3 500 à 4 000 enfants reconduits chaque année, parfois avec leurs familles, mais la plupart du temps de manière isolée et ce sans aucun fondement légal. La possibilité de renvoyer en toute illégalité des mineurs non accompagnés, ou accompagnés par un adulte choisi au hasard dans la kwassa sans lien de famille réel, est révélateur de l'injusticiabilité quasi-totale contre les mesures d'éloignement à Mayotte. Contrairement à ce qu'a pu juger, à tort, le Conseil d'Etat, n'y a pas de recours effectif sur l'île de Mayotte au sens de l'article 13 de Convention européenne des droits de l'homme.

D'une part, le contentieux est extrêmement faible. Le nombre total de référés-liberté, seules procédures susceptibles d'empêcher un éloignement s'il est exercé dans de très brefs délais après l'arrivée de l'étranger en centre de rétention et avant leur renvoi à Anjouan (souvent dans les 24 heures, voire dans la journée), s'élève à 47 pour 2013, sur un total de 15 000 à 20 000 mesures selon les années, sachant qu'il y a des milliers de mineurs et que l'essentiel des recours porte sur eux.

D'autre part, rappelons que pour estimer que le recours en droit interne est bien « effectif » au sens de l'article 13 de la Convention européenne en droit des étrangers la Cour européenne des droits de l'homme a un certain nombre d'exigences empruntées à sa jurisprudence générale appliquant cette disposition qu'elle adapte aux particularités des mesures d'éloignement en droit des étrangers et module selon que l'article 13 est combiné avec une droit ou une liberté intangible (articles 2, 3, 4 du protocole 4) ou à un droit ou liberté relatif (articles 5, 8 essentiellement).

De manière générale, pour assurer le respect de l'article 13 le droit interne doit prévoir l'existence d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés garantis par la Convention. Ce recours interne doit habiliter une autorité, qui n'est pas nécessairement judiciaire mais offre certaines garanties d'indépendance, à examiner le contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et offrir un « redressement approprié ». Si les Etats membres bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour se conformer à cette obligation et que celle-ci varie en fonction de la nature du grief soulevé, le recours exigé doit être effectif en droit comme en pratique (CEDH, 11 juillet 2000, Jabari c. Turquie, n°40035/98, § 48 ; CEDH (GC), 26 octobre 2000, Kudla c. Pologne, n°30210/96, §156). En particulier, son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur (CEDH (GC), 8 juillet 1999, Çakıcı c. Turquie, n°23657/94, § 112). Ainsi, même s'il existe un ensemble de recours théoriquement disponibles, le recours n'est pas effectif dès lors que leur accessibilité est en pratique limitée par plusieurs facteurs liés pour l'essentiel au classement automatique en procédure prioritaire des demandes d'asile en rétention, à la brièveté des délais de recours et aux difficultés matérielles et procédurales d'apporter les preuves dans un contexte de privation de liberté conférant à l'examen de la demande d'asile en procédure prioritaire un caractère sommaire (CEDH, 2 février 2012, I.M. c/ France, n° 9152/09).

Plus précisément s'agissant du renvoi d'un étranger, le grief selon lequel il existerait des motifs sérieux de croire qu'il risquerait d'être exposé en cas de renvoi à un traitement prohibé par l'article 3 de la Convention doit impérativement faire l'objet d'un contrôle « attentif » par une « instance nationale » qui doit assurer « un examen indépendant et rigoureux » du tout grief en ce sens et doit avoir la possibilité de « faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse » (Chamaïev, §§ 448 et 450) avec une « célérité particulière » (CEDH, 3 juin 2004, Bati et a. c. Turquie, nos 33097/96 et 57834/00, § 136).

S'agissant de l'éloignement des étrangers, et compte tenu du caractère potentiellement « irréversible » du dommage, l'effectivité du recours requiert aussi que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif (CEDH, 23 avril 2007, Gebremedhin (Gaberamadhien) c. France, n°25389/05, § 66). Cette exigence vaut y compris dans le contexte de forte pression migratoire en Méditerranée (CEDH (G.C.), 23 février 2012, Hirsi Jamaa et a. c. Italie, n° 27765/09, § 200) ou en Guyane : CEDH (G.C.), 13 décembre 2012, De Souza Ribeiro c. France, n° 22689/07, §82).

En revanche, n'osant pas franchir ce « rubicon jurisprudentiel » l'effectivité ne requiert pas que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif lorsqu'il s'agit d'éloignements d'étrangers contestés sur la base d'une atteinte à la vie privée et familiale (De Souza Ribeiro, §83). Toutefois, précise la Cour, lorsqu'il existe un grief défendable à ce titre, l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8 exige que l'Etat fournisse à l'étranger, outre les garanties procédurales déjà évoquées, « une possibilité effective de contester la décision d'expulsion ou de refus d'un permis de séjour » (CEDH, 26 juillet 2011, M. et autres c. Bulgarie, n° 41416/08, §§ 122 à 132 ; De Souza Ribeiro, §83).

En contrariété avec cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a rechigné à conférer cet effet suspensif aux recours introduits à Mayotte contre les obligations de quitter le territoire. Constatant qu'en vertu d'une instruction ministérielle du 5 avril 2013 (prise à la suite de l'arrêt De Souza Ribeiro et d'une requête introduite dans l'affaire Issoufa Ali du TA de Mayotte du 28 janvier 2013) « dans la pratique » les mesures d'éloignement ne seraient pas exécutées tant que le juge administratif n'a pas rendu sa décision, le Conseil d'Etat estime que le respect des exigences découlant de l'article 13 est assuré car celui-ci n'impliquerait que « le droit d'exercer un recours effectif susceptible de permettre l'intervention du juge en temps utile ». Pour la haute juridiction administrative française l'article 13 n'impliquerait pas en revanche, comme le soutenaient les associations requérantes, que le recours dirigé contre cette mesure soit « par lui-même dépourvu de caractère suspensif » (C.E., 22 juillet 2015, Gisti et a., n° 381550, au Lebon). Pourtant dans plusieurs affaires, la Cour européenne a écarté la thèse des gouvernements défenseurs selon laquelle un recours répondait aux exigences de l'article 13 dès lors où « il existait une pratique lui conférant un effet suspensif ». En effet, selon la Cour « les exigences de l'article 13 (...) sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique » (Conka, §83, Gebremedhin, §66). La version actuelle de l'article L.514-1 du CESEDA qui prévoit qu'en Guyane, à la Guadeloupe, à Mayotte, à St Martin et à St Barthélemy, les OQTF peuvent être exécutées immédiatement, sauf dans le cas où l'autorité consulaire demande que l'étranger bénéficie d'un jour franc, est assurément contraire à la CEDH. D'ailleurs, dans un avis consultatif sur le projet d'ordonnance du 7 mai 2014 le Conseil d'Etat a suggéré au Gouvernement, compte tenu de la multiplication des contentieux orchestrés par les associations et du risque de condamnation dans ces dossiers par la Cour de Strasbourg, d'instaurer dans le projet de loi sur le droit des étrangers un référé-liberté suspensif

de plein droit. Il n'est toutefois pas non plus acquis que la possibilité introduite au 1er novembre 2016 par la loi du 7 mars 2016 au 3° de l'article L.514-1 du CESEDA pour les étrangers faisant l'objet d'une OQTF de ces départements ultramarins de bénéficier d'un référé-liberté suspensif de plein droit suffise à assurer le respect de l'article 13. Le législateur n'a en effet pas prévu de jour franc ou de délai pendant lequel l'étranger ne peut être éloigné le temps qu'il puisse effectivement saisir le tribunal administratif.

Nous ne doutons pas que la France finira par être condamnée par la Cour européenne, en particulier la pratique du rattachement fictif d'un mineur isolé à un adulte de la kwassa.

Voici deux exemples de reconduites de mineurs non accompagnés. C'est l'avocate Marjane GHAEM, une des seules avocate à pratiquer le droit des étrangers à Mayotte, et ancienne étudiante du M2 droits de l'homme de Nanterre, qui a assuré la défense de ces mineurs, en lien avec des associations membres du Migrants outre mer (Gisti, Cimade) et les services du Défenseur des droits.

Le premier est un adolescent né, selon son état civil que vous pouvez voir sur la diapo, en juin 1999. Il était donc âgé d'une quinzaine d'années au moment des faits (janvier 2014), scolarisé en 5^e. A la dérive en raison d'un contexte familial très difficile, il est suivi par le juge des enfants en assistance éducative (il a fait l'objet en 2013 d'une mesure d'assistance en milieu ouvert). Il est donc connu des services de police et de justice et tout le monde sait qu'il s'agit d'un mineur donc la mère vit régulièrement à Mayotte.

A la suite d'une affaire de vol de portable à la sortie de l'école il est interpellé par la police le 24 janvier 2014. Pourtant, la police dresse un procès-verbal – celui qui est reproduit sur la diapo – dans lequel il serait né le... 1^{er} janvier 1995 et aurait donc... 18 ans au moment des faits. Indéniablement donc, l'âge a été truqué par la police sur procès-verbal de police. La pratique est fréquente à Mayotte et a été dénoncée depuis de nombreuses années par des autorités indépendantes comme le Défenseur des enfants, le CGLPL ou le Défenseur des droits. Toujours d'après ce procès-verbal, cet adolescent n'aurait pas de statut à Mayotte ni d'attache familiale en France. Il pourrait donc être reconduit à la frontière sans difficulté puisque d'après la police française il est officiellement majeur, alors même qu'il a dans son cartable l'ensemble des justificatifs qui prouvent qu'il est mineur, qu'il est connu du juge des enfants et est scolarisé. Pire, et là l'affaire devient particulièrement grave, sa mère bénéficie d'une protection subsidiaire qu'elle a obtenu en raison d'une situation de violence intra familiale aux Comores. Donc l'enfant n'est pas sans-papier (du reste ça n'existe pas en droit français un enfant sans-papier) mais bénéficie de la protection subsidiaire par application du principe d'unité de famille. Ainsi, en tout état de cause, la préfecture ne peut légalement le reconduire à la frontière non seulement parce qu'il est mineur mais aussi parce qu'il bénéficie de la protection internationale accordée par l'OFPRA à sa mère. Il n'y a donc aucun doute que l'arrêté du préfet de Mayotte du 24 janvier 2014 reconduisant ce mineur prétendument

majeur et en affirmant qu'il n'y aucun risque d'atteinte aux articles 3 (traitement inhumain et dégradant) et 8 (vie privée et familiale) est manifestement illégal.

Avertie, l'avocate introduit immédiatement un référé-liberté, mais en l'absence de recours suspensif à Mayotte, l'enfant est renvoyé avant que le juge administratif ne se prononce. Il est débarqué sur le port d'Anjouan sans aucun adulte accompagnateur ou prise en charge. Sa mère assurera un hébergement par des proches et l'enfant sera caché pour échapper à la vindicte de son beau-père. Certes, dans son ordonnance du 30 janvier 2014, le juge des référés constate l'atteinte à la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CEDH. Toutefois il estime, de manière critiquable, « que la présente ordonnance n'implique pas que le préfet organise le retour de l'intéressé à Mayotte ; qu'en revanche, compte tenu de la situation d'isolement du jeune (...), il appartient au préfet de Mayotte de prendre l'attache du consulat de France compétent et de solliciter de ce dernier (...) un examen rapide de la situation de l'intéressé dès qu'il se présentera au consulat ». Autrement dit le juge des référés n'ordonne absolument pas le retour de l'intéressé mais uniquement un réexamen de sa situation dans la perspective de son retour.

Saisi en appel le Conseil d'État estime qu'il ne peut davantage ordonner le retour. Selon le juge des référés du Conseil d'État, « il n'appartient (...) pas au juge administratif de prescrire des mesures qui, telle l'autorisation de sortie du territoire d'un autre Etat d'un de ses ressortissants mineur, relèvent de la compétence des autorités de cet Etat ». Toutefois, à l'audience le ministère a reculé et reconnu l'illégalité du renvoi et la nécessité d'organiser le retour de l'intéressé. Ainsi, comme le note l'ordonnance du Conseil d'État, « au cours de l'audience, le ministre de l'intérieur s'est engagé, d'une part, à ce qu'une convocation à l'ambassade de France aux Comores et un laissez-passer consulaire soient délivrés au fils de la requérante dans les plus brefs délais, et, d'autre part, à prendre en charge financièrement le retour de l'enfant » (CE, réf., 19 février 2014, n°375256). C'est grâce à la mobilisation exceptionnelle des services du Défenseur des droits, à l'intervention du HCR et au suivi constant des associations, que l'enfant a finalement pu revenir après un mois à Paris. Et encore a-t-il fait l'objet d'un refus d'embarquement de la part de la compagnie aérienne et la préfecture a dû réserver un second billet. C'est l'un des seuls enfants que les associations ont réussi à faire revenir, après avoir tout de même saisi le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'homme en mesure provisoire et mobilisé le Défenseur des droits (Anne Du Quellennec notamment), le HCR, le Gisti (Danièle Lochak, Marie Duflo et moi-même), la Cimade (Gérard Sadik notamment) et le cabinet Spinosi.

Le second cas concerne un garçon âgé de cinq ans³². Dans la nuit du 21 au 22 mars 2016, il a été intercepté par la police au bord d'une kwassa avec deux autres enfants et un adulte (qui n'est pas un parent). En fait, le système est simple : l'adulte qui prend les enfants a une réduction pour le prix du kwassa. Il n'y a aucun lien entre l'adulte référent et l'enfant.

M^{me} Marjane GHAEM introduit dès le 22 mars un référé-liberté pour les trois enfants. Deux des enfants avaient leurs parents à Mayotte. Ces derniers se manifestent. La police les libère de rétention. Mais la troisième enfant est maintenue en rétention en étant affectée avec l'adulte référent de circonstance.

En mission sur l'île une représentante de l'ANAFÉ et une autre de l'ACAT ont assisté à l'audience du tribunal administratif, qui se déroulait en visioconférence avec un juge administratif situé à La Réunion et sans autre interprète que la greffière, alors que l'enfant ne parle pas le français et ne bénéficie pas de représentant légal. La police s'est même trompé sur les procès-verbaux sur le sexe de l'enfant.

L'avocate qui représente cet enfant ne la connaît pas et n'a pas été mandatée par ses parents ou un représentant légal, elle a juste déposé un référé à la demande d'un tiers. Normalement, cet enfant devrait être placé à l'ASE ou bénéficier d'un administrateur ad hoc désigné dans le cadre de cette procédure comme le permet le Code civil. C'est la loi. Mais à Mayotte, la protection de l'enfance passe au second plan lorsqu'il s'agit de renvoyer à tout prix un mineur non accompagné comorien. Si on veut faire 20 000 reconduites à la frontière par an dont plusieurs milliers de mineurs isolés, il est difficile de s'encombrer des procédures légales et des exigences de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Immédiatement à l'issue de l'audience vidéo, la décision est rendue sur le champ, sans aucune suspension de séance, et manifestement sans hésitation. Pour le juge des référés, les décisions en cause sont parfaitement légales et en conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par la convention internationale des droits de l'enfant et l'enfant peut donc être renvoyé immédiatement, sans autre accompagnant que l'adulte accompagnant de circonstance qui s'est engagé à la barre à remettre l'enfant à ses parents à son retour à Anjouan.

Pire, en appel, le juge des référés du Conseil d'État rejette, au tri, la requête pour irrecevabilité manifeste en considérant « qu'il résulte de l'instruction menée par le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte que, d'une part le jeune (...) n'était en possession d'aucun document attestant une filiation avec une personne résidant à Mayotte et, d'autre part, aucune personne ne s'est manifestée auprès de la préfecture ou du centre de rétention administrative en ce prévalant de la qualité de parent de cet enfant ; que M.X qui avait été interpellé en compagnie de ce mineur, a déclaré l'avoir amené à Mayotte à la demande de sa grand-mère et s'est engagé à remettre l'enfant à un de ses parents à son retour à Mayotte (sic) ; qu'après avoir exactement rappelé le cadre juridique applicable à l'éloignement forcé d'un mineur étranger au point 4 de la présente ordonnance, le juge des référés s'est fondé sur ces éléments pour en déduire que les circonstances du litige ne révélaient aucune méconnaissance grave et manifeste des obligations qui s'imposent en la matière à l'administration, et partant, aucune atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales évoquées » (CE, ord., 13 avril 2016, n° 398612).

Alors même que le juge des référés du Conseil d'État a développé depuis le début de l'année 2015 un embryon de jurisprudence protectrice visant à encadrer ces renvois avec un adulte référent afin d'assurer le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, il n'est même pas capable d'assurer le respect de ses propres exigences et ce alors même que cette audience s'est déroulée dans des conditions dignes d'une République bananière.

Dans une décision du 9 janvier 2015 alors même qu'il n'existe pas de base légale pour fonder la rétention et l'éloignement des enfants non accompagnés comme l'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Popov de 2012 (elle avait même évoqué une « vide juridique »), le Conseil d'État a bricolé un fondement légal en instrumentalisant l'article L. 553-1 du CESEDA qui prévoit la possibilité qu'un enfant mineur étranger soit « accueilli » dans un centre de rétention par voie de conséquence du placement en rétention du parent qu'il accompagne. Ainsi, pour le juge des référés du Conseil d'État « l'éloignement forcé d'un étranger majeur décidé sur le fondement de l'article L. 511-1 du CESEDA peut légalement entraîner celui du ou des enfants mineurs l'accompagnant ».

Il encadre néanmoins cet éloignement en estimant que « la mise en oeuvre de la mesure d'éloignement forcé d'un étranger mineur doit être entourée des garanties particulières qu'appelle l'attention primordiale qui doit être accordée à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant, en vertu de l'article 3 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 ; que doit également être assuré le respect effectif des droits et libertés fondamentaux de l'enfant mineur ; qu'au nombre des exigences permettant d'en garantir l'effectivité figure notamment l'obligation, posée par l'article L. 553-1, que le registre qui doit être tenu dans tous les lieux recevant des personnes placées ou maintenues en rétention, mentionne « l'état-civil des enfants mineurs (...) ainsi que les conditions de leur accueil » ; qu'il s'ensuit que l'autorité administrative doit s'attacher à vérifier, dans toute la mesure du possible, l'identité d'un étranger mineur placé en rétention et faisant l'objet d'une mesure d'éloignement forcé par voie de conséquence de celle ordonnée à l'encontre de la personne majeure qu'il accompagne, la nature exacte des liens qu'il entretient avec cette dernière ainsi que les conditions de sa prise en charge dans le lieu à destination duquel il est éloigné » (CE, 9 janvier 2015 n° 386865).

Au regard de ces exigences on peine à comprendre comment ce même juge des référés du Conseil d'État a pu valider l'éloignement forcé d'un mineur isolé de 5 ans avec un adulte qui n'a aucun lien avec lui, si ce n'est de circonstance, dont la police n'a même pas été capable de déterminer le sexe et sur la seule base d'un engagement verbal de cet adulte, pris dans le cadre contraint d'une audition devant la police et un juge.

L'affaire du 9 janvier 2015 concernait quant à elle le renvoi fin 2014 d'un mineur de 9 ans arrivé en kwassa alors que ses deux parents résidaient légalement à Mayotte. Le TA de Mayotte avait validé cette reconduite de l'enfant rattaché

à un passager du kwassa que l'autorité administrative aurait désigné comme « délégataire de fait (...) de la responsabilité parentale » (TA de Mayotte, réf., 19 décembre 2014, n° 1400699). Saisi en appel, le Conseil d'État avait certes constaté l'illégalité manifeste du renvoi mais n'avait qu'enjoint au préfet de Mayotte, sous astreinte de 100 euros par jour, de statuer sur une demande de regroupement familial présentée par ses parents dans un délai de quinze jours après le dépôt d'un dossier complet de la demande - à une époque où il n'existait pas encore de procédure formalisée de regroupement familial à Mayotte et où à l'évidence les parents n'avaient ni les ressources suffisantes ni le logement adéquat pour bénéficier d'un regroupement familial. Ainsi, après demande auprès de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, le regroupement a été refusé.

Qu'ont alors fait les parents face à cette barrière de papiers rendant légalement impossible la venue de leurs enfants auprès d'eux à Mayotte ? Ils ont de nouveau fait venir leur enfant en kwassa... qui a été de nouveau interceptée. Saisi avant l'exécution de la nouvelle mesure d'éloignement, le juge des référés a cette fois suspendu la mesure (TA de Mayotte, 20 février 2015, n° 1500082).

Cela montre qu'il n'y a pas de justiciabilité du droit des étrangers à Mayotte. Je crains qu'en l'absence de vraies voies légales d'immigration des Comoriens vers Mayotte, le recours aux kwassas est loin de se tarir.

 M^{me} Florence RENUCCI, directrice adjointe de la mission de recherche droit et justice

Pour suivre la question de la fragilité de l'étranger dans le passage de la frontière et son rapport avec les institutions, nous allons continuer avec Mathilde DARLEY, chargée de recherche au CNRS, à la fois rattachée au CESDIP et au centre March Bloch, qui étudie la traite des étrangers, en particulier la traite des femmes et le proxénétisme.

« LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS SAISIE PAR LES INSTITUTIONS »

 M^{me} Mathilde DARLEY, chargée de recherche, CNRS, CESDIP, centre March Bloch

Je coordonne avec une collègue allemande, Rebecca PATES, de l'université de Leipzig, le projet « *ProsCrim. La traite des êtres humains saisie par les institutions. Une comparaison France / Allemagne* ». Cette recherche, financée par l'ANR et son équivalent allemand, la DFG, est en cours ; ce que je vous présente correspond davantage à des pistes d'analyse qu'à des résultats.

Entre le début des années 1990 et le tournant des années 2000, la traite des êtres humains est devenue un enjeu international majeur. L'incertitude qui entoure l'ampleur du phénomène - on a un grand nombre d'estimations d'organisations internationales, qui varient de 700 000 à 4 millions de victimes par an, puisque par définition c'est un phénomène très difficile à quantifier - n'a d'égal que

le nombre d'acteurs ayant pris part à sa qualification normative et juridique, et à la formulation de politiques de lutte contre la traite des êtres humains.

Cette mise à l'agenda très rapide de la traite des êtres humains à l'échelle nationale aussi bien qu'internationale s'explique au moins en partie par le fait qu'elle apparaissait comme un espace où on pouvait poursuivre d'autres débats contemporains. Je pense notamment au débat relatif à la question migratoire, aux nouvelles migrations internationales, mais aussi à la prostitution, puisque le débat social, qui constitue un peu la toile de fond de cette production normative et juridique très importante sur la question de la traite et en particulier de la traite à des fins d'exploitation sexuelle, se caractérise par ses antagonismes. Pour reprendre les mots d'un chercheur, on pourrait dire que la traite est prise dans des *sex wars*, des guerres autour de la question de la sexualité, qui voient s'affronter deux courants. Ce sont des positions a priori inconciliables. On a d'un côté celui des féministes abolitionnistes qui appréhendent la prostitution en termes de violences à l'encontre des femmes, et de l'autre celui des féministes d'inspiration libérale qui revendiquent au contraire la liberté de disposer de son corps.

Ce clivage se retrouve parmi les travaux de sciences sociales sur la traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle, ce qui se traduit par la prévalence de deux corpus d'analyse. Les premiers travaux s'inspirent de l'approche abolitionniste et mettent l'accent sur les caractéristiques sociographiques de la victime décrite comme une jeune femme naïve, vulnérable qui doit être sauvée. Dans ces travaux on présente en général les inégalités Nord-Sud, le statut subordonné des femmes mais aussi et surtout la légalisation de la prostitution comme les causes structurelles d'un phénomène décrit comme la phase la plus sordide de l'esclavage moderne. Le second courant s'attache plutôt à déconstruire cette catégorie de victimes jugée misérabiliste, condescendante, et lui substitue celle de prostituées migrantes à qui les États déniaient le droit d'émigrer et d'exercer librement ce que ces femmes considéraient comme un métier légitime. Pour les tenants de cette seconde approche, la condition subordonnée de ces femmes est au contraire plutôt le résultat des politiques restrictives qui ont été adoptées, notamment dans les pays occidentaux, en matière d'immigration et de régulation de la prostitution.

Dans ces deux types de corpus transparait la tension inhérente aux politiques de lutte contre la traite, entre deux formes de légitimation de l'action : d'une part, un discours humanitaire dans lequel la traite est avant tout appréhendée comme une menace pour le corps des femmes, et d'autre part, le discours sécuritaire qui associe la traite à la criminalité transnationale organisée et qui de ce fait appréhende le problème en termes de menace pour la souveraineté des États.

Cette tension se traduit par une double dynamique à la fois de compassion croissante à l'égard des victimes de la traite et d'hostilité déclarée à l'encontre des réseaux criminels qui organisent la traite à des fins de prostitution,

avec une image de la victime innocente en proie aux réseaux de proxénètes qui justifie le déploiement de politiques caractérisées par le renforcement du contrôle aux frontières et la lutte contre l'immigration clandestine.

On constate alors que faire la sociologie de la traite des êtres humains et de la lutte contre la traite des êtres humains, c'est se heurter d'emblée à un autre paradoxe. On a la question de la traite qui occupe le devant de la scène internationale dans le domaine de la lutte contre la criminalité organisée. On a la traite qui est décrite comme l'une des pires atteintes aux droits de l'homme puisqu'il s'agit d'être acheté, vendu, exploité. Mais on a finalement peu d'affaires portées devant les tribunaux et peu de victimes de la traite, au nom desquelles on a constitué le phénomène en cause, qui parlent. Ces victimes accèdent difficilement au statut d'ayant droit.

Il est très difficile d'obtenir des chiffres sur cette question, notamment parce qu'en général on ne distingue pas forcément les condamnations pour traite et les condamnations pour proxénétisme. En 2013, on avait 53 personnes condamnées en France pour traite des êtres humains, dont 37 pour proxénétisme.

L'objet de notre recherche est d'interroger ce paradoxe à travers une étude empirique des usages de la catégorie de victime de la traite dans les interactions entre prostituées migrantes et acteurs ou institutions chargés à la fois de leur contrôle, de la régulation de leurs activités, mais aussi de leur prise en charge. Il s'agit finalement de mettre à l'épreuve des pratiques locales cette catégorie d'action de « victimes de la traite », énoncée par des dispositifs nationaux et internationaux de lutte contre la traite.

Pour ce faire, nous nous sommes inscrits dans une tradition classique d'ethnographie des pratiques au travers desquelles l'action publique se réalise. Nous avons essayé d'observer et d'analyser les pratiques professionnelles au sein de différentes institutions, étatiques ou non, qui jouaient un rôle déterminant dans l'identification et la labellisation des victimes. Nous avons retenu les associations, la police et la justice pour essayer de comprendre comment ces institutions et leurs agents s'approprièrent ou non cette catégorie de victimes de la traite qui est une catégorie trouble puisqu'elle est accolée à la fois aux représentations sociales et juridiques de l'innocence bafouée et à celles de la migrante clandestine coupable de séjour irrégulier. La thèse de Milena JAKSIC a très bien montré ce double ancrage.

Nous avons notamment suivi une trentaine de procès pour proxénétisme ou pour traite des êtres humains, majoritairement à Paris mais aussi à Grenoble et un peu à Lyon. Ces observations ont été complétées par des entretiens avec les acteurs associatifs, les magistrats du siège et du parquet, des avocats de la défense, des parties civiles qui intervenaient dans les procès ; avec des acteurs du ministère de l'Intérieur, du ministère des Droits des femmes. Bref, avec différents acteurs qui avaient été constitués en experts de la traite à l'échelle nationale et européenne.

C'est un projet comparatif. En Allemagne on a un régime réglementariste où l'exercice de la prostitution est reconnu comme une activité professionnelle indépendante. On a souvent accusé ce régime de favoriser la traite à des fins d'exploitation sexuelle en raison d'un contrôle qu'on supposait plus lâche des conditions d'exercice de la prostitution. Au contraire, du côté français, la position est officiellement abolitionniste depuis 1960. Les pratiques ont été fortement influencées, au moins entre 2003 et 2016, par la loi sur la sécurité intérieure qui avait réintroduit le délit de racolage, présenté comme l'un des principaux moyens de lutter contre la traite et l'exploitation sexuelle. Mais les représentants associatifs, notamment, accusaient ce cadre légal d'encourager l'exploitation en invisibilisant, voire en criminalisant les victimes et en négligeant les proxénètes. La loi récemment adoptée a relancé le débat en abrogeant ce délit de racolage et en introduisant la pénalisation du client.

L'idée de cette comparaison entre le cas français et le cas allemand était de permettre de décentrer le regard et l'analyse en interrogeant le poids du contexte juridique sur les pratiques de régulation mises en œuvre au niveau local, et en se demandant notamment ce que fait ce cadre légal de régulation des activités prostitutionnelles aux pratiques locales de contrôle et de prise en charge dès qu'on introduit la dimension migratoire du parcours des prostituées qui sont ciblées par l'action.

Nous avons d'abord essayé de faire une cartographie des acteurs en présence dans la lutte contre la traite pour essayer d'analyser la configuration associative et institutionnelle en place. Nous avons notamment essayé de retracer la manière dont s'était construite la légitimité ou la centralité de certains acteurs sur ces questions de traite et les trajectoires de ceux qu'on pourrait appeler des entrepreneurs de la traite, en interrogeant les ressorts qui les avaient conduits à se saisir, à un moment de leur carrière, de cet enjeu.

Cela signifie une analyse des formes d'engagement dans le thème de la traite en prenant en compte pour les associations, les évolutions de leurs publics, mais aussi les évolutions des sources de financement, ce qui n'est pas complètement anodin sur la question de la traite ; en prenant aussi en compte les concurrences dont cet enjeu a fait l'objet entre associations, mais aussi les formes de non-engagement puisque tout un réseau d'acteurs ou d'associations travaillant avec des personnes prostituées rejette la catégorie de traite des êtres humains, contestant l'usage de cette catégorie.

Nous avons essayé d'analyser l'activité de ces entrepreneurs en matière de construction de la cause de la lutte contre la traite en appréhendant notamment les différents dispositifs de sensibilisation mis en place en France, qui sont très nombreux et dont certaines formes assez stabilisées ont pu être observées dans le cadre de nos enquêtes ethnographiques. Nous avons par exemple assisté à de nombreuses formations professionnelles dispensées à la fois entre associations mais aussi à destination des magistrats, à l'École nationale de la magistrature. Il y a des colloques

institutionnels ou associatifs, mais aussi des rapports officiels, des films, de la communication dans les médias, des études à prétention scientifique. Nous avons un corpus très important visant à stabiliser une expertise sur la question de la traite.

À partir de là, nous avons questionné les effets des circulations d'acteurs et de savoirs en constatant qu'on assistait à l'émergence d'une figure assez stabilisée de la victime de traite que je pourrais décrire comme étant nigériane, jeune, décrite comme étant sous emprise, notamment du vaudou, et, je cite les propos des acteurs suivis, « ne se reconnaissant pas comme victime ». Nous avons émis l'hypothèse, sur laquelle nous travaillons actuellement, que cette figure assez stabilisée de la victime de traite, qui de fait exclut un certain nombre de personnes présentant des parcours différents, résultait d'un processus de coproduction, assez singulier à ce domaine de l'action publique, entre des acteurs associatifs, des acteurs policiers et des acteurs judiciaires ; coproduction d'une politique de lutte contre la traite qui avait conduit à l'émergence d'un réseau assez routinisé de coopération et de ce fait à la cristallisation d'une expertise sur ce qui fait la bonne victime de traite. Nous essayons donc de questionner les effets de ces réseaux d'acteurs, des formes d'entre-soi qui y président en matière de construction de la victime.

Le troisième point sur lequel se concentrent nos analyses est cette sphère judiciaire, la tenue d'un procès constituant finalement l'aboutissement de la chaîne que j'ai brièvement retracée. L'observation du déroulement des audiences puis la consultation des documents y afférent nous permettent d'analyser notamment les mécanismes d'administration de la preuve. Les acteurs du pénal ne se sont pas encore réellement approprié la catégorie juridique de la traite et de la victime de la traite, en dépit d'une circulaire de 2015 du ministère de la Justice appelant à faire un usage renforcé de cette qualification. En général, ils retiennent plutôt le proxénétisme aggravé. En revanche, ils se sont approprié la catégorie morale de la traite qui est notamment alimentée par de nombreuses sources médiatiques disponibles sur le sujet. Alors même que le nombre de procès ouverts sous la qualification de traite est assez réduit, on a une invocation récurrente dans l'arène du tribunal de la traite qui renseigne sur la plus-value morale et symbolique que semble représenter cette invocation dans le développement d'un argumentaire.

Le poids des représentations n'est pas anodin sur la justice rendue concernant la prostitution forcée – une équivalence est souvent posée entre prostitution forcée et traite – et explique sans doute l'inconfort des professionnels du droit à l'égard de victimes dont le rapport à la prostitution n'est pas tout à fait conforme aux schémas narratifs dominants. Je pense notamment aux victimes qui auraient fait le choix d'un recours à la prostitution ou aux victimes qui prennent la défense de leur proxénète.

Ce constat nous a amenés à poser l'hypothèse qu'il fallait penser ensemble les représentations des deux acteurs, proxénète et victime, avec l'impression que le bon proxénète fait aussi la bonne victime.

L'observation de ces procès pour traite ou proxénétisme mettant en scène des protagonistes étrangers impliqués dans la prostitution montre comment se combinent chez ces professionnels du droit une forme de savoir expert, donc un savoir juridique, avec un savoir plus quotidien qui relèverait plutôt d'un sens commun, nourri par les sources médiatiques. Ce sens commun conduit, d'une part, à ethniciser la figure de la victime et, d'autre part, à lier fortement la reconnaissance du caractère de victime à la performance de la souffrance par la victime elle-même, si elle est présente, ou à la possibilité de mobiliser la souffrance dans les plaidoiries.


Pour conclure, cette étude des pratiques institutionnelles d'aide, de contrôle, de qualification des prostituées migrantes renseigne à la fois sur la manière dont les configurations de l'espace public autour des questions de migration et de prostitution interagissent finalement avec le travail quotidien des agents qui sont chargés de mettre en œuvre les politiques publiques en matière de lutte contre la traite, et révèle en particulier le rôle des émotions.

Cette recherche devrait aussi nous permettre de comprendre la faible mobilisation de la ressource judiciaire par les victimes de traite et d'interroger au contraire les ressorts de l'action de celles qui se constituent partie civile, en essayant de savoir si cet accès à la justice répond plutôt à un désir de punition, à un désir de réparation ou à un désir d'indemnisation.

 *M^{me} Florence RENUCCI, directrice adjointe de la mission de recherche droit et justice*

Merci beaucoup.

Pour conclure cette table ronde, Cyril LACOMBE, magistrat, assistant du membre national pour la France à Eurojust, va nous donner une vision différente qui est celle de l'usage de la frontière et de son instabilité, voire de sa disparition.

 *M. Cyril LACOMBE, vice-procureur, point de contact Eurojust du groupe de travail sur la traite des migrants*

Dans ces présentations, on s'aperçoit que le fil conducteur, c'est l'étranger qui est vu en qualité de victime, de personne à protéger.

Avant d'évoquer les effets de la crise migratoire sur les frontières, je vous présente Eurojust et sa mission. Eurojust est un organe de l'Union européenne ; c'est le pendant, côté judiciaire, d'Europol, l'agence de coopération policière. Eurojust est l'union de coopération judiciaire européenne ; nous sommes des facilitateurs et mettons en relation les justices et les autorités de poursuite européennes de manière à les faire se rencontrer, à monter des centres de coordination d'équipes communes d'enquête. Il s'agit non pas de gommer les frontières juridiques qui existent entre les différents systèmes européens, mais de les faire entrer dans une même boîte à travers une enquête européenne

unique et une volonté de démanteler un réseau dans sa dimension transnationale.

Au niveau européen, on voit que le droit d'asile, les règles de séjour sur le sol européen, les droits de secours et d'assistance en mer et le principe de non-refoulement sont mis à rude épreuve dans la crise migratoire que traverse l'Europe. Cette crise a commencé en Méditerranée centrale avec l'île de Lampedusa et l'arrivée massive de migrants en provenance de la corne de l'Afrique. Elle s'est prolongée l'année dernière avec plus d'un million de migrants, essentiellement syriens, arrivés par les îles grecques et la Turquie, avec la mise en place par l'Union européenne d'un plan d'action et d'un accord avec la Turquie pour organiser la possibilité d'examiner le droit d'asile d'une personne, non pas une fois qu'elle est sur le territoire européen mais quand elle se trouve en Turquie, et de la faire venir sur le territoire européen de manière légale et encadrée.

On voit que le droit de secours et d'assistance en mer joue comme un facteur attractif et met à néant la notion même de frontière, puisqu'à partir du moment où les personnes prises en charge par des réseaux de passeurs, sont en mer, elles peuvent faire valoir le droit de secours. Puis, à partir du moment où les migrants mettent le pied sur un bâtiment de l'Union européenne, on se doit d'examiner leur demande d'asile et de ne pas les refouler. Cela pose des défis puisque cette masse migratoire arrivant en Europe génère des difficultés de prise en charge et la montée du populisme.

Dans cette situation, les victimes continuent à être des victimes, les migrants continuent à être des personnes exploitées considérées dans certains cas comme des marchandises. Les grands gagnants sont les passeurs qui ont compris le droit de secours et d'assistance, l'absence ou la difficulté à contrôler les flux financiers, les pays où il convient de s'installer. Ces réseaux de passeurs se caractérisent par une dimension multiculturelle et internationale : il n'y a plus de frontières et les différentes nationalités échangent et commercent au détriment du migrant et de la victime.


Doit-on arriver au *no border*, c'est-à-dire à une disparition de la frontière qui aujourd'hui renforce finalement les groupes de passeurs, puisque plus on va mettre des barrières physiques et plus le prix du passage va augmenter, plus il y aura de décès en mer, plus il va y avoir d'utilisation d'autres moyens comme les faux papiers ? Ou doit-on en rester ou en revenir à une politique extrêmement stricte et rigide où on met justement en place des frontières et on fait ce qui se passe dans les Comores en renvoyant et en expédiant systématiquement les migrants chez eux ?

L'équilibre est toujours difficile à trouver. Je vous ai livré quelques éléments de réflexion pour lancer le débat.

 *M^{me} Florence RENUCCI, directrice adjointe de la mission de recherche droit et justice*

Merci beaucoup. Je propose de commencer le débat.

Participant 1 – Concernant la traite des êtres humains, quid de la Suède, qui a fait le choix de condamner le « client » depuis quelques années ? Quid des réseaux d'esclavage ou de prostitution, de traite dans ce pays ? Et sur le plan juridique quelles sont les frontières entre l'esclavage, la prostitution et l'esclavage sexuel ?

 *M^{me} Mathilde DARLEY, chargée de recherche, CNRS, CESDIP, centre March Bloch*

Merci pour cette question.

La Suède n'entre pas dans notre champ de recherche, mais on sait que le modèle suédois est très contesté. La pénalisation du client aurait conduit à une invisibilisation accrue des prostituées et à les rendre de fait plus dépendantes des réseaux, puisque pour continuer à travailler, même si le terme de travail fait débat, elles sont contraintes à se cacher. Le débat s'est posé en termes comparables au moment de l'adoption de la récente loi en France.

Même si on peut trouver autant de défenseurs de ce modèle que de détracteurs, sachant que les débats sont très clivés, on peut néanmoins considérer que cette pénalisation du client ne va pas faire disparaître la prostitution du jour au lendemain, mais conduire à un plus grand secret des pratiques, ce qui pose forcément des questions en matière de protection des personnes.

Concernant votre deuxième question, la définition de la traite des êtres humains à laquelle fait référence le droit français est celle posée par le protocole additionnel de la Convention des Nations Unies de lutte contre la criminalité organisée. Ce protocole, appelé protocole de Palerme, définit la traite des êtres humains comme « le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. » C'est une définition qui a aussi fait l'objet de controverses, notamment parce que la notion de contrainte est un peu difficile à établir en droit. C'est précisément ce que nous essayons d'observer dans l'arène des tribunaux, à savoir les usages de cette notion de contrainte pour établir la preuve souvent retenue comme équivalente d'une matérialisation de la preuve dans les cas de traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle.

Participant 2 – M. SLAMA, j'ai l'impression que concernant Mayotte, le Conseil d'Etat fait presque de la politique, en soutenant la position de l'administration, là où la CEDH parle d'application du droit. Qu'en pensez-vous ?

 *M. Serge SLAMA, maître de conférences, université de Paris Ouest Nanterre La Défense*

L'analyse est assez complexe. Pour la Cour européenne

des droits de l'homme, l'arrêt de principe est l'arrêt DE SOUZA RIBEIRO qui concerne la Guyane.

Il est assez important de noter que la Cour européenne des droits de l'homme a balayé les arguments du gouvernement français disant qu'on est dans un contexte migratoire exceptionnel. La Cour a affirmé que quand on est dans le champ des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, à savoir l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants, on n'admet aucune dérogation, même si on est dans un contexte migratoire exceptionnel.

Donc si on applique l'arrêt DE SOUZA RIBEIRO à Mayotte, il devrait y avoir un recours suspensif, auquel cas tout le système s'effondre puisque les Comoriens en reconduite à la frontière pourraient saisir le juge et cela paralyserait la procédure le temps que le juge se prononce. À Mayotte, il y a un tribunal administratif à Mamoudzou, mais il n'y a qu'un magistrat et le reste se trouve à La Réunion en vidéoconférence. Donc ils n'ont absolument pas les moyens de traiter des milliers ou des dizaines de milliers de requêtes chaque année.

Ce qui fait que quand on porte l'affaire au Conseil d'État, ils sont relativement embêtés parce qu'ils veulent respecter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en apparence, mais en même temps laisser la marge de manœuvre à l'administration, notamment en laissant au législateur le temps d'adopter la loi du 7 mars 2016. Donc on tord complètement le droit avec un système qui respecte en apparence les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme mais qui en réalité n'offre aucun recours.

Sept ou huit affaires ont été portées au Conseil d'État. Toutes ont été portées devant la Cour européenne des droits de l'homme. La plus ancienne date de 2013. Donc on finira bien par faire condamner la France par la Cour. C'est une question de temps.

Plus largement, je pense qu'on est dans un système absurde. Il faudrait développer une autre politique d'immigration dans les Comores. Il faudrait arrêter d'appliquer la conception de la frontière à l'européenne, nationale, à cet endroit-là. Mayotte doit vivre avec son environnement qui est Madagascar et les Comores. Elle ne peut pas tourner le dos aux îles. Cela n'a aucun sens de dire que les Comoriens sont des étrangers à Mayotte. Ils ne sont pas étrangers à Mayotte, c'est faux. Le problème des émeutes xénophobes actuelles vient du fait qu'on a créé une opposition entre les populations.

Concernant la première question posée à Mathilde DARLEY, je voudrais préciser que la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt Siliadin de 2005, a défini la différence entre l'esclavage et la servitude ou le travail forcé. L'esclavage, c'est vraiment la réduction à l'état d'objet, la « chosification » d'une personne qui n'a plus d'identité, de personnalité, alors que la traite est une exploitation sous toutes ses formes.

J'aimerais aussi réagir à ce qu'a dit M. LACOMBE. L'accord entre l'Union européenne et la Turquie ne respecte absolument pas les droits fondamentaux ni le droit d'asile. Ce n'est pas la demande d'asile des Syriens qui arrivent en Grèce, depuis la mise en œuvre de cet accord, qui est examinée, mais la recevabilité de la demande, car se pose la question de savoir si la Turquie peut être considérée comme un pays tiers sûr. La Grèce a adopté dans des délais très brefs, ainsi que la Turquie, des lois qui disent que la Turquie est un pays tiers sûr. Mais ce n'est pas le cas au sens des textes. Il faudrait que la Turquie ratifie la Convention de Genève en reconnaissant son application. Pour l'instant, la Turquie ne reconnaît l'application de la Convention de Genève qu'aux populations européennes.

En l'état actuel du droit, c'est absolument certain que l'accord politique et sa mise en œuvre sont contraires au droit européen. D'ailleurs, des juges grecs l'ont reconnu récemment.

L'Union européenne organise un système de contournement généralisé des droits fondamentaux et notamment du droit d'asile par cet accord. Cela a fonctionné d'un point de vue politique en coupant le passage par la mer Égée avec des contreparties énormes à l'égard de la Turquie. Mais il y a une violation fondamentale par les institutions de l'Union européenne et mise en œuvre par les Grecs, des droits les plus fondamentaux, notamment le droit d'asile garanti par la charte des droits fondamentaux.

M. Emmanuel DOCKÈS, professeur, université de Paris Ouest Nanterre La Défense

M. LACOMBE, il m'a semblé lire dans votre discours, à plusieurs reprises, une sorte de lien de causalité, certes à nuancer, entre d'une part, une crise migratoire très forte en Europe et d'autre part, une fragilisation des frontières intérieures, une résurgence des frontières intérieures de l'Union, la montée des populismes, une montée de la xénophobie et toute la crise que traverse actuellement l'Europe, les deux étant liées par une forme de causalité en ce sens que la crise migratoire favorisait ces montées de mouvements xénophobes. C'est ce que j'ai cru lire dans votre propos à plusieurs reprises, sans erreur jusqu'ici.

Il me semble qu'il convient d'être plus prudent. Il se pourrait que la causalité soit double et qu'on ait aussi, et peut-être principalement, du fait de la montée de la xénophobie et du populisme en Europe, une violence accrue aux frontières et une réaction beaucoup plus grande en faveur d'une certaine expulsion.

Je pense que ce deuxième aspect est très important et qu'il faut le prendre en compte parce que si on reste seulement dans le premier, une causalité qui serait du migratoire vers la xénophobie, on aura une double réaction. Premièrement, considérer que la culpabilité de la montée de la xénophobie vient de l'étranger migrant. Deuxièmement, une justification d'une brutalité éventuellement accrue sur le mode de celle exercée à Mayotte ou au sein de l'Union européenne. Et quelque chose de plus grave encore, c'est

qu'au nom de la lutte contre la xénophobie, en quelque sorte, on va adopter toute une série de comportements qui sont en réalité des soumissions à cette idéologie xénophobe et des abandons des valeurs humaines essentielles. Donc j'ai trouvé dans votre discours quelque chose d'assez grave puisque sous l'idée d'une protection de l'Europe démocratique avec ses valeurs essentielles, vous prônez la violation des principes essentiels qui font justement cette démocratie. Ne conviendrait-il pas plutôt, si vous avez compris ce que je veux dire, de tenir bon dans nos valeurs humanistes dans ces époques troublées au lieu de les abandonner du fait des troubles ?

M. Cyril LACOMBE, vice-procureur, point de contact Eurojust du groupe de travail sur la traite des migrants

Je vous remercie d'avoir complété mes propos, qui n'avaient pas vocation à être polémiques ou à partir sur un terrain politique ou à juger différents États, comme la Hongrie et la Pologne, dans la manière dont ils réagissent à cette crise migratoire. C'est simplement un constat que j'ai fait, qui peut évidemment être des deux côtés (du côté de la pression migratoire et du côté de la bonne réaction ou non à cette pression), et les réactions sont multiples.

Mon propos était d'ouvrir le débat et j'aurais dû insister sur la composante judiciaire de cette crise qu'Eurojust traite dans la partie relative au démantèlement des réseaux de passeurs. Il est nécessaire de mettre en place une action judiciaire concertée, car ces passeurs se comportent, pour la plupart, en esclavagistes. On voit toute la difficulté à laquelle on se heurte puisque nous sommes contraints au respect des règles procédurales et on peine à coopérer avec les pays tiers, où les passeurs ont des intérêts.

Participant 3 – Mme CERUTTI, je voudrais savoir quelle a été la base empirique sur laquelle vous avez effectué la recherche ? Et trouvez-vous une relation entre cette procédure extraordinaire par laquelle ont été traités les étrangers et l'évolution des professions juridiques ? En particulier, y a-t-il une relation entre le traitement de ces gens et le rôle des gens du roi qui sont à l'origine du parquet contemporain ? Sont-ils intervenus dans les procédures et qu'ont-ils fait ?

M^{me} Simona CERUTTI, directrice d'études, EHESS

Une partie de la recherche portait sur une pluralité de sources. Il fallait trouver des traces du traitement des étrangers dans cette pluralité des sources (décrets sur la justice, etc.). Mais la partie la plus importante de ma recherche a porté sur le fonctionnement de la procédure sommaire pour les misérables mais aussi pour les gens mobiles, donc pour les étrangers. C'est la procédure qui était en vigueur dans les consulats de commerce pour les marchands. Elle est intéressante et a eu un succès extraordinaire en France. Avec cette idée d'équité, les tribunaux de commerce ont été les seuls tribunaux ayant survécu aux changements révolutionnaires, avec une

proposition d'une justice supralocale qui manifestement a largement intéressé aussi les révolutionnaires. Des travaux importants ont été faits par des collègues de l'EHESS, comme Alain COTTEREAU, sur ces justices marchandes en tant que justices pour les étrangers, justices supralocales. Il y a donc des corpus de procès, des procédures, sur lesquels j'ai largement travaillé.

En ce qui concerne votre deuxième question, elle est vraiment au centre des problèmes de la procédure sommaire. Les attaques les plus féroces de la procédure sommaire ont été portées par le corps des avocats. L'interdiction faite aux avocats de rentrer dans les tribunaux a été très controversée et très attaquée par le corps des avocats.

Aujourd'hui, si on dit jugement sommaire, on a l'idée de l'absence de justice. Jusque dans les années 1730, pour la situation sur laquelle j'ai travaillé, la justice sommaire était le comble de la bonne justice. C'était la justice directe par excellence.

J'ai essayé de reconstituer, dans un livre sur la justice sommaire, toute la compétition extraordinaire et le conflit qu'elle a suscité dans le corps des avocats. Finalement la défaite mais aussi la transformation du mot *sommaire* sont liées au succès des avocats et à leur prétention de rentrer dans toutes les procédures, en particulier celle-ci, qui les excluait largement. Les juges de la procédure sommaire n'étaient pas des juges professionnels.

M^{me} Sandrine ZIENTARA-LOGEAY, directrice de la mission de recherche droit et justice

J'ai exercé à Mayotte dans les années 1998-2002, où on assistait vraiment, en matière de droit des étrangers, à un infra-droit. Depuis, il y a eu un certain nombre de progrès effectués par le législateur, même s'ils sont limités, vous l'avez très bien montré, M. SLAMA. Ma question et mon étonnement sont les suivants : comment expliquez-vous que les avocats à Mayotte aient si peu investi la matière et qu'il y ait si peu de recours ?

M. Serge SLAMA, maître de conférences, université de Paris Ouest Nanterre La Défense

Auparavant, il y avait une ordonnance spécifique sur les étrangers à Mayotte et depuis une ordonnance du 7 mai 2014, le Code des étrangers s'applique sous réserve d'exceptions, notamment l'absence de recours suspensif de plein droit.

Pourquoi y a-t-il peu de recours ? Il est extrêmement compliqué de défendre les étrangers à Mayotte. La plupart des défenseurs des étrangers ont une pression très forte exercée par une partie de la population. Il y a une vraie xénophobie des Mahorais à l'égard des Comoriens. Ce sont souvent des fonctionnaires français qui sont là-bas qui les défendent à travers le Réseau éducation sans frontière, la CIMADE, etc. Ceux qui le font reçoivent des pressions au quotidien, notamment des autorités locales. Par exemple

des dossiers de fonctionnaires n'ont pas été renouvelés par la préfecture.

De plus, il n'est absolument pas rémunérateur, pour la seule avocate qui le fait, de défendre les Comoriens et également très dévalorisé sur place.

De manière générale, il y a très peu d'avocats à Mayotte. C'est un barreau très peu développé. Il n'y a quasiment pas de formations, même si des associations en organisent avec un coût énorme à assumer. Un ensemble de facteurs structurels explique donc l'absence de défense des étrangers. Il y a très peu de magistrats et ils ont un travail monstrueux. Les magistrats civils ont dû, par exemple, reconstituer l'ensemble de l'état civil religieux des cadis qui détermine évidemment la nationalité des gens.

C'est l'État de type colonial qui a construit cette opposition entre Mahorais et Comoriens. On est en train de créer une situation intenable d'un point de vue économique et d'opposition des populations. La seule solution est de sortir de l'infra-droit le tiers de la population, soit 60 000 personnes, qui actuellement n'a accès à rien.

M. Bruno CATHALA, premier président de la cour d'appel de Douai

En tant que premier président de la Cour d'appel de Douai, vous comprendrez que la question des migrants m'intéresse. Est-ce que cela intéresse également le GIP Justice ? Ce qui se passe à Mayotte est passionnant, mais ce qui m'intéresse aujourd'hui, ce sont les pratiques professionnelles et leurs conséquences sur les migrants.

M^{me} Florence RENUCCI, directrice adjointe de la mission de recherche droit et justice

La mission droit et justice a un rôle important de financeur de projets de recherche qui sont soit spontanés, avec un retour des chercheurs, soit des appels à projets.

Les appels à projets que nous développons sont faits en collaboration avec les différentes directions du ministère et des retours que nous en avons. Cette année, l'un des appels à projets lancés cible le racisme. Nous sommes ouverts à la présentation de futurs projets sur le thème des migrants, mais nous sommes tributaires des chercheurs, puisqu'il faut des équipes de recherche qui s'y intéressent.



TABLE RONDE 

TABLE RONDE

2

LES FRONTIÈRES DE LA JUSTICE EN PERSPECTIVE

M. Jacques COMMAILLE, professeur, ENS Cachan

Je suis particulièrement heureux d'être là, et ce n'est pas une formule. Par conséquent, je voudrais remercier les organisatrices, non pas parce que c'est une formule rituelle, mais parce que pendant plusieurs années j'ai été engagé dans l'organisation et l'animation de la recherche au ministère de la Justice, et une de mes très fortes préoccupations a été précisément la question du transfert de connaissances et des échanges entre les chercheurs et les professionnels du droit et les professionnels de la justice.

Au-delà de cette préoccupation, le souci que je porte toujours, c'est celui de favoriser une recherche citoyenne, c'est-à-dire qui est susceptible de contribuer, à partir de sa spécificité, aux débats sociaux et politiques sur les questions importantes et pourquoi pas aussi une recherche participative. Peut-être que ces Journées contribueront précisément à aller un peu plus loin du point de vue des relations entre les chercheurs, les professionnels du droit et de la justice, et les citoyens ?

Si nous adoptons l'approche binaire que suggère ce mot *frontières*, nous pourrions dire que les frontières de la justice posent la question du monopole ou non de la justice comme institution qui assume la fonction de justice dans les sociétés contemporaines : l'assume-t-elle seule ou en collaboration, en complémentarité avec d'autres agents, d'autres acteurs, d'autres institutions, d'autres instances ?

La question me paraît se poser d'abord sous l'angle de la relation avec d'autres instances porteuses, elles aussi, d'une Raison en ce qui concerne l'exercice fondamental de la fonction de justice. Je crois que c'est parfaitement illustré par ce que vous allez aborder, Mariana VALVERDE, c'est-à-dire les commissions de vérité et de réconciliation. C'est ce que fera aussi Sandrine LEFRANC. Des institutions prennent en charge la mission de redéfinir ou de réviser les principes généraux de l'exercice de la fonction de justice au sens le plus fondamental du terme.

Cette question des frontières de la justice a à voir aussi avec ce que nous pouvons appeler une logique de rationalisation, c'est-à-dire la recherche d'un accès plus simple à la fonction de justice qui peut justifier la mise en place d'instances et d'acteurs à côté de l'institution elle-même.

Enfin cette question renvoie à ce que j'appellerais une logique de déplacement du traitement des affaires suivant une conception agonistique marquée par l'affrontement direct, le conflit, à une conception plus consensualiste (c'est-à-dire la recherche de consensus) des rapports sociaux, des rapports au sein de la société.

Je crois que les vertus et les risques ou les faiblesses de ces dispositifs aux frontières de la justice dépendent des finalités qui ont fondé leur conception et leur mise en œuvre, et dépendent aussi d'une conception où l'on repousse, en quelque sorte, l'approche binaire et où les frontières suggèrent autre chose qui est la porosité possible, éventuelle, entre l'institution censée rendre la justice et d'autres acteurs et d'autres instances susceptibles de participer à l'exercice des fonctions de justice, éventuellement en complémentarité de l'institution elle-même.

La parole sera d'abord donnée à Mme Mariana VALVERDE, professeur à l'université de Toronto, qui, dans *Chronotopes of Law : Jurisdiction, Scale and Governance*, travaille admirablement une grille d'analyse spatio-temporelle de la justice, notamment dans le domaine pénal.

« ESPACES ET FRONTIÈRES DU DROIT »

M^{me} Mariana VALVERDE, professeur, université de Toronto

Si l'on considère les questions posées par cette Journée sur les frontières du droit et de la justice, du point de vue canadien, le processus le plus important auquel nous faisons face est ce qu'on appelle la Réconciliation, qui est une série de transformations institutionnelles très décentralisées dans le cadre de la Commission de vérité et réconciliation établie il y a dix ans. Après six ans de travail, elle a publié son rapport final en 2015.

L'origine de cette Commission n'est pas issue d'une décision volontaire du gouvernement. La Commission n'est donc pas un exemple de justice transitionnelle. Elle a emprunté quelques formes utilisées déjà en Afrique du Sud par la commission du même nom, mais la situation est très différente.

La Commission canadienne a été établie dans le cadre d'une action collective (*class action lawsuit*) portée par des adultes autochtones qui, lorsqu'ils étaient enfants, ont été placés de force dans un pensionnat pour enfants en vertu d'une loi fédérale. Cette loi a affecté 150 000 enfants pendant sept générations.

Le recours à l'action collective s'est traduit en indemnités individuelles et a permis la mise en place de la Commission de vérité et réconciliation par des avocats du gouvernement, bien que ces derniers n'y soient pas vraiment favorables.

Le but du système de pensionnat qui a existé pendant plus d'un siècle était d'éliminer les langues, les cultures, les

religions et les systèmes de droit autochtones. Le premier Premier ministre du Canada, Sir John A. MACDONALD, a expliqué la loi établissant les pensionnats en disant que : « *We must take the Indian out of the child.* » C'est une phrase qui se dit toujours en anglais.

Dans ces pensionnats à des centaines de kilomètres, voire à plus de mille kilomètres, des communautés autochtones, les enfants étaient punis lorsqu'ils parlaient leur langue. Par conséquent, aujourd'hui, il y a beaucoup d'adultes autochtones, peut-être la majorité, qui ne parlent pas leur langue. Il y a aussi la dépression, l'alcoolisme et le dysfonctionnement familial.

Tous ces éléments de preuve ont amené la Commission à déclarer que le gouvernement du Canada était responsable d'un génocide culturel. Mais il y a des juristes, des chefs autochtones, qui pensent que cette déclaration est un peu fourbe. Selon ces voix critiques, le Canada est responsable d'un vrai génocide ; pas seulement d'un génocide culturel, pas seulement de l'assimilation forcée des enfants. La très forte mortalité des pensionnaires (environ 5 %) et les manœuvres politiques qui étaient en cours en même temps pour expulser des peuples entiers hors de leur territoire traditionnel, les poussant dans de petites réserves, sans recours économique, tout cela est, selon les voix qui critiquent la Commission et qui critiquent l'idée de Réconciliation, un vrai génocide.

Aujourd'hui, des recherches tentent d'expliquer comment le régime des pensionnats a contribué aux graves problèmes des communautés autochtones, qui connaissent une grande violence. Par exemple, chez les Inuits, le taux de suicide des adolescents est très haut, puisqu'il est 6 à 11 fois plus élevé que la moyenne canadienne. Des parents sans enfants et des enfants sans parents, c'est une recette pour un désastre collectif.

Pour le reste de mon intervention, je vais aborder la question de la déclaration semi-officielle du génocide culturel, mais je donnerai aussi un peu d'informations sur diverses activités que des groupes de la société civile, peut-être plus que le gouvernement, sont en train de mettre en œuvre.

En 1948, les Nations Unies finalisent la Convention internationale sur le génocide. Le Canada s'est opposé à l'inclusion du génocide culturel dans la Convention. La Convention pénalise le transfert forcé d'enfants d'un groupe à un autre groupe, mais c'est un crime seulement s'il y a l'intention de détruire tout ou partie d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux. C'est l'article 2 de la Convention internationale sur le génocide. Le gouvernement du Canada a toujours dit que l'intention du système des pensionnats était l'assimilation et non la destruction des peuples.

Il est intéressant de savoir que Rapahel LEMKIN, l'inventeur du mot *génocide*, voulait inclure le génocide culturel dans la définition légale. Mais il n'a pas réussi, selon moi, à cause de l'influence des puissances coloniales aux Nations Unies.

Le terme *génocide culturel* a été utilisé en Australie en 1997 par la commission chargée d'enquêter sur le traitement

des enfants autochtones. Cette commission a déclaré que l'Australie a violé le droit international. En revanche, la commission canadienne n'a rien dit du droit international. Peut-être parce que son mandat est très limité. Elle n'a pas le pouvoir d'assigner des responsabilités civiles ou pénales.

Mais sans avoir de conséquences légales, le discours du génocide culturel a eu beaucoup de conséquences politiques, culturelles et sociales. La présidente de la Cour suprême du Canada, Beverley MCLACHLIN, a salué le rapport final de la Commission. Elle a dit que le gouvernement du Canada était responsable d'un vrai génocide culturel. Au Canada, comme en France, les juges ne parlent jamais des questions politiques, en dehors des textes légaux et des décisions judiciaires. Les déclarations publiques de Mme Beverley MCLACHLIN ont donc fait beaucoup de bruit dans la société et parmi les professionnels du droit.

La Commission a établi un grand programme avec 94 recommandations qui couvrent beaucoup de domaines : la politique, la santé, l'obligation du pape de faire des déclarations et de présenter ses excuses au nom de toute l'Église catholique, chose qui n'a pas été faite.

Parmi les professions juridiques, le barreau de l'Ontario, qui est le plus important du pays, a créé une structure avec le titre « *Aboriginal Initiatives Strategy* ». Ce barreau prend des initiatives pour faciliter l'accès des autochtones aux professions juridiques. Il est probable que le droit autochtone devienne une partie très importante des cours obligatoires en droit constitutionnel.

Au Canada les gouvernements des provinces sont presque entièrement responsables de l'administration de la justice. La police, les procureurs et la majorité des prisons sont des juridictions provinciales. Si vous vous intéressez à la question de la Réconciliation, il est important de savoir ce qui se passe dans toutes les provinces.

Les provinces ont beaucoup de travail à faire en matière de questions de justice. En Ontario, le gouvernement de la province a recruté une chef autochtone du peuple métis et ancienne directrice de la Commission de vérité et réconciliation. Le gouvernement l'a nommée sous-ministre de justice de la province.

Pour la première fois dans l'histoire du pays, la ministre de la Justice, au cabinet fédéral, est une juriste autochtone qui a beaucoup d'expérience comme activiste l'honorable Jody WILSON-RAYBOULD, députée de la ville de Vancouver.

Mais malgré tout cela, nous savons qu'il n'est pas facile de changer les institutions juridiques et politiques. Seul le temps dira si les institutions feront l'objet d'une transformation sérieuse ou si seuls des changements symboliques seront effectués.

Il y a beaucoup de débats sur ce qu'est la Réconciliation : les peuples autochtones doivent-ils pardonner aux autres ? sont-ce les citoyens mêmes qui doivent participer ? sont-ce seulement les institutions ? est-ce seulement le gouvernement ? Il y a un débat énorme parce que le mot *Réconciliation* est très ambigu.

Il est important de noter que des changements tectoniques similaires sont également en cours en Australie et en Nouvelle-Zélande, ainsi que dans certains pays d'Amérique Latine comme la Bolivie ou l'Équateur.

Ainsi peut-être est-il utile de porter l'expérience canadienne de changement ou, selon les optimistes, de Réconciliation, à votre attention aujourd'hui ?

M. Jacques COMMAILLE, professeur, ENS Cachan

Nous sommes tout à fait sensibles à cette analyse, que vous nous avez offerte, de processus politique qui concerne la reconnaissance des droits des peuples autochtones, de la première nation, et le rôle des différents acteurs. Nous avons là une très belle fresque sur la question de la justice en tant que question qui s'inscrit dans la dimension politique et donc au sein même d'une configuration d'acteurs et d'instances qui sont extérieurs à la justice elle-même, sur une question fondamentale qui est celle du génocide culturel et de la reconnaissance des droits fondamentaux.

Je donne la parole à Emmanuel DOCKÈS, professeur à l'université de Paris Ouest Nanterre La Défense et grand spécialiste de la question du droit du travail.

« LES FORMES ALTERNATIVES DE RÈGLEMENT DES CONTENTIEUX ET LEURS LIMITES »

M. Emmanuel DOCKÈS, professeur, université de Paris Ouest Nanterre La Défense

Il m'a été demandé de parler des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) ou des « modes alternatifs de règlement des différends », si je prends la terminologie du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle adopté le 12 juillet 2016 à l'Assemblée nationale. On parle aussi de modes alternatifs de règlement des conflits, de justice alternative, d'*alternative dispute resolution*. La terminologie est variable, complexe, mais surtout problématique.

Elle use de mots connotés très positivement et dont le sens commun occulte une partie des débats. Une « alternative », c'est changer les vieux modèles, trouver quelque chose de mieux. Et le « règlement des différends », le « règlement des conflits », n'est-ce pas une excellente chose ? Qui apprécie la guerre ? la violence ? le conflit ? Personne. L'idée de trouver de nouvelles méthodes d'apaisement de la société, plus consensuels, est une idée *a priori* très positive.

Ce que je voudrais essayer de montrer ici, c'est que cette présentation attrayante esquive certaines questions importantes.

Il convient de s'intéresser, premièrement, à ce qu'entend écarter l'« alternative » préconisée. Deuxièmement, il faut discuter de la valeur de l'accord entre les parties, que les modes alternatifs de règlement des litiges promeuvent souvent par opposition à l'unilatéralisme du juge. La

troisième question porte sur la valeur accordée à la procédure, comme moyen d'apaiser la vigueur des conflits.

L'idée est de trouver une alternative à la justice au sens institutionnel du terme, une alternative au juge. La figure du juge est un modèle bien connu du juriste, dont les faiblesses sont bien connues aussi : lenteur des procédures, coûts importants... Ne serait-il pas bon de trouver des solutions à la fois moins coûteuses et plus rapides ? Peut-on régler les litiges sans juge ou avec une méthode différente ?

Ces questions que posent le mot « alternative » sont partiellement trompeuses.

En réalité, la société est truffée de différends. Les désaccords, conflits, oppositions et autres altercations sont innombrables. Pour régler ces différends le recours au juge est, heureusement d'ailleurs, tout à fait marginal. Nous réglons la quasi-totalité de nos différends et conflits sans passer par un juge. Un sourire, une excuse, parfois une menace feront l'affaire. La soumission du plus faible contraint d'oublier ses prétentions, voire de les taire, est une voie de règlement des différends fort commune. Dans l'entreprise, la plupart des différends sont d'ailleurs réglés par cette soumission, induite par la crainte du licenciement.

Mais ni les sourires, ni les excuses, ni la soumission, quoiqu'elles règlent la plupart des différends, ne sont ce que l'on désigne habituellement sous le nom de mode alternatif de règlement des « conflits », des « litiges » ou des « différends ».

La question n'est pas vraiment d'opposer le juge aux autres méthodes, innombrables, par lesquelles une société règle ses conflits. Lorsqu'on parle de modes alternatifs de règlement des différends, on vise en réalité des moyens d'éviter le juge, lorsque celui-ci devrait normalement être saisi. Ne sont visées que les alternatives à un certain type de litige constitué, cristallisé, susceptible d'être exposé en termes juridiques et qui normalement, habituellement ou logiquement, devrait être transmis à un juge. L'idée n'est pas de s'intéresser à toutes les situations innombrables desquelles le juge est absent. Les MARL visent à remplacer le juge, c'est-à-dire à prendre la place qu'il occupe ou devrait occuper. Elles visent, autrement dit, à l'écartier. Renforcer les modes alternatifs, c'est affaiblir le juge. L'accroissement de l'un est pensé comme un évitement de l'autre.

Cet effet de substitution ne va pas sans difficultés. Derrière l'affrontement des procédures se cache un conflit de valeurs.

Les modes alternatifs de règlement des litiges s'appuient sur certaines valeurs, comme le consensualisme, la paix, voire une certaine idée abstraite d'équité, opposée à la rigueur des règles de droit. Le juge est un modèle qui, lui aussi, s'appuie sur d'importantes valeurs. Il est porté par l'impartialité du recours à un tiers désintéressé, par les idées de service public de la justice et par la valeur du droit, référence impérative du juge (article 12 du nouveau Code de procédure civile). Ces valeurs qui donnent au juge sa légitimité sont puissamment défendues, notamment par la Convention européenne des droits de l'homme qui exige le libre accès au juge, le droit à un procès équitable, en un mot le droit au juge.

Les modes alternatifs de règlement des litiges visent à écartier, à contourner du juge. Le droit au juge vise à

simplifier et à encourager l'accès au juge. Ceci s'oppose à cela. En d'autres termes, les MARL doivent être considérées comme des restrictions apportées au droit au juge et donc comme des restrictions à un droit fondamental dont il convient d'évaluer la justification, la pertinence.

Cela ne condamne pas nécessairement les modes alternatifs de règlement des litiges. Le juge à ses valeurs, mais il a aussi ses défauts et son évitement peut parfois être une solution utile, voire juste. Il convient simplement de rappeler que l'alternative des MARL, remplace ce à quoi elle se substitue. Par conséquent, elle ne se substitue pas seulement à ce qui fait problème dans le fonctionnement de la justice. Elle se substitue aussi à ce qui fait valeur dans le fonctionnement de la justice.

Un deuxième problème porte sur la modalité du règlement des litiges. Le juge est un modèle fait d'unilatéralisme et de justifications par la règle de droit, donc par des éléments qui sont extérieurs aux parties.

Dans les modes alternatifs de règlement des litiges, le plus souvent, un modèle est bilatéral, consensuel. Il s'agit de faire en sorte de rapprocher les points de vue des parties afin qu'elles arrivent à pacifier par elles-mêmes, par accord, leurs points de vue.

Nous avons d'un côté l'unilatéralisme, le pouvoir, la force. Et de l'autre côté, la paix, le synallagmatisme et la justice contractuelle. L'idée qui sous-tend cela est l'idée selon laquelle le contrat produit de l'équilibre et donc de la justice.

Cette vision du contractuel comme juste a pourtant été depuis longtemps fortement nuancée. Les forces au moment de la négociation ne sont pas toujours égales. Et, au moins dans certains cas, le contrat n'est que le réceptacle d'un rapport de force extérieur. En droit social c'est habituel.

Le consensualisme progresse souvent au dépend des protections accordées au plus faible. La loi travail du 8 août 2016 qui renforce les conventions collectives d'entreprise, au dépend des protections d'ordre public, en est un exemple. Entre le consensualisme, qui s'appuie sur l'accord, et l'unilatéralisme, qui s'appuie sur la justice, se joue un conflit difficile, de toute première grandeur. Aucune solution trop simple qui viendrait interdire l'un au profit de l'autre n'est très convaincante.

En droit judiciaire, on retrouve cette problématique, presque inchangée.

Dans les procédures judiciaires, la dimension temporelle est très importante. Or, elle est, en général, supportée par une seule des parties. C'est le cas du salarié qui n'a pas été payé et qui attend son salaire, celui du locataire qui attend que soit faite la réparation de son chauffage, de l'accidenté qui n'est toujours pas indemnisé par l'assurance,... Le temps de la procédure est, le plus souvent, à la charge de la partie faible.

Les procédures alternatives, qui visent à gagner du temps, incitent la partie faible à troquer cette attente difficile contre un abandon partiel de ses droits. Le salarié en attente de salaire ou l'assuré en attente d'indemnisation abandonnera une partie de ses droits pour recevoir plus vite l'argent dont il a besoin. Le locataire qui attend la

réparation de son chauffage, acceptera d'en payer une partie pour ne pas rester dans le froid, etc.

Le consensualisme est atteint au dépend des solutions jugées justes par le législateur. Lorsqu'ainsi le contrat sert de moyen de destruction des systèmes de protection, il inquiète.

Ce risque de glissement irrigue l'ensemble du droit. L'essor de la logique contractuelle menace trop souvent la justice et la loi.

Les MARL sont des procédures, parfois détaillées, qui participent aussi d'une certaine idée, positive, d'une mise en scène des différends au travers d'une procédure amiable codifiée. Deux exemples, tirés du droit positif, suffisent à démontrer les excès auxquels cette idée simple peut conduire.

Le premier exemple est tiré de l'article 1152-6 du Code du travail prévoit un système de médiation dans les situations de harcèlement moral. La médiation est un mode alternatif de règlement des litiges central. Plutôt que de voir le harcelé moral saisir un juge et déclencher toutes sortes de brutalités inhérentes à la justice, le législateur a pensé qu'il convenait de tenter, avant tout, une médiation.

L'initiative peut venir soit du harceleur, soit du harcelé, lesquels sont mis sur un pied d'égalité. Ceux-ci pourront désigner un médiateur d'un commun accord. Le médiateur s'informer de la situation. Il essaiera de concilier les parties. Pour ce faire, il devra probablement convaincre chacun de rapprocher son point de vue de celui de l'autre partie au litige. Ensuite le médiateur doit formuler un certain nombre de propositions écrites en espérant arriver à un consensus. En cas de succès, le harceleur et le harcelé valident ses propositions. Si la médiation échoue parce que le harcelé ou le harceleur ne sont pas arrivés à s'entendre, le médiateur informe des sanctions applicables.

Les résultats pratiques de cette procédure sont généralement épouvantables. Le harcelé, inquiet de perdre son emploi est en position de faiblesse. D'autant que le médiateur, n'est pas nécessairement extérieur à l'entreprise et peut fort bien avoir été suggéré par la direction, voire choisi en son sein. Pour prétendre être accepté par le harcelé et par le harceleur, le rapport du médiateur devra nécessairement être édulcoré, à mi-chemin entre la plainte du harcelé et les défenses du harceleur. Si le harcelé refuse ce rapport, quoique victime, il risque d'être tenu pour responsable de l'absence d'apaisement dans l'entreprise.

Enfin, même si le salarié refuse de signer le rapport et qu'il agit en justice, le rapport du médiateur sera produit contre lui. Il aura la valeur d'une certaine forme de vérité et aura un impact considérable sur le juge. La médiation, même non conclusive, produit alors un effet important contre le harcelé. Les faits édulcorés, amoindris et néanmoins authentifiés par la personne du médiateur seront un obstacle très difficile à surmonter pour le salarié. Après avoir placé victime et coupable sur un pied d'égalité et les avoir traités tous deux en auteurs de troubles, la médiation conduit à un véritable évitement du juge. Elle est pourtant presque impossible à refuser par une victime en situation de subordination.

Le législateur est allé plus loin que la médiation en matière de harcèlement moral. Dans la loi du 17 janvier 2002, cette procédure de médiation avait été organisée en matière de harcèlement sexuel, le médiateur incitant les parties, le harceleur sexuel et le harcelé sexuel, à se rapprocher. La caricature était tellement forte, cette fois-ci que les associations contre les violences faites aux femmes ont obtenu en 2003 l'abrogation de cette médiation en matière de harcèlement sexuel.

Il existe une idée très forte, un peu habermassienne, selon laquelle la paix sociale vient de la procédure. L'idée d'une procédure de discussion productrice en elle-même d'un apaisement du conflit est fondatrice, à certains égards, de la démocratie. Il ne s'agit pas ici, de dire que condamner comme telles les procédures, mais plutôt de rappeler qu'ici, comme ailleurs, il est imminent. Une vision idéologique, sans nuance, de cette valeur des procédures, risque de sacrifier le fond à la forme procédurale et peut produire certains effets effrayants.

Un exemple de ce risque peut être tiré des articles L. 4132-2 et suivants du Code du travail. Il s'agit de l'alerte du CHSCT (comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) en présence d'un danger grave et imminent pour la santé des personnes dans l'entreprise. Dans ce contexte, certaines prérogatives sont accordées au CHSCT, lequel est composé d'élus au second degré, de représentants des salariés. Ceux-ci vont pouvoir essayer d'intervenir pour faire cesser ce danger grave et imminent. Par exemple, on peut supposer qu'une grue mal fixée risque de tomber. Si le vent se lève et si la grue tombe, il risque d'y avoir de nombreux blessés, ce qui est un danger grave et imminent.

Selon la procédure, « en présence d'un danger grave et imminent, le membre du CHSCT peut alerter l'employeur ». Il doit respecter certaines formes, parce que nous sommes dans un cadre procédural. Il convient de le faire au travers d'un avis écrit qui doit mentionner le risque, les postes qui sont menacés par le risque et la liste des salariés qui sont menacés par ce risque. La grue tremble et l'écu du CHSCT doit donc commencer par courir dans tous les sens pour demander à chacun comment il s'appelle et quel est son poste. Il doit ensuite partir rédiger son petit dossier.

Une fois l'alerte écrite reçue, l'employeur mène une enquête contradictoire. On espère qu'un accord va naître entre cet élu et l'employeur et que chacun étant conscient du même risque, les mesures vont être prises.

En cas de désaccord, il convient de réunir le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail au grand complet. Et la discussion pourra alors s'engager entre l'employeur et l'ensemble des élus du personnel. Cette réunion aura lieu dans un délai bref, supposons-le, parce que je vous rappelle que la grue risque de tomber.

Si malgré cet effort, la divergence demeure, il sera possible, pour le CHSCT, de saisir le Directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (le DIRECCTE), lequel DIRECCTE pourra saisir la justice en référé.

On supposera, évidemment, que pendant tout ce temps réservé personne n'est mort ou blessé, alors même que le danger, par hypothèse, était grave et imminent.

De très nombreux commentateurs de ce texte pensent qu'il serait préférable d'envisager un recours direct du CHSCT devant le juge des référés, voire une possible suspension par le juge des référés de la situation de travail présentant un danger grave et imminent. L'employeur pourrait se défendre devant ce juge pour protester éventuellement contre l'absence de ce risque. C'est ce que nous avons prévu au sein d'un projet d'autre Code du travail au sein du GR-PACT (Groupe de recherches pour un autre Code du travail).

La philosophie des MARL est directement opposée à ce type de projet. L'idée qu'il est bon de trouver des procédures qui permettent de rapprocher les points de vue et de permettre la discussion est si forte que l'on tend à l'imposer partout, y compris là où cette procédure n'a aucun sens, comme en présence d'un danger grave et imminent, ou comme dans le cas d'un harcèlement subi.

De tout ceci, il est possible de tirer deux remarques. Premièrement, les justices alternatives sont parfois des alternatives à la justice, autrement dit des voies ouvertes à l'injustice.

Deuxièmement, le contractualisme peut devenir naïf, lorsqu'il n'est que le masque pris par le retour à des idéologies très anciennes et très contredites. Le consensualisme n'est une solution à tous les problèmes que dans un univers utopique composé d'êtres humains libres et égaux, capables entre eux d'assumer leurs différends et d'arriver à des résultats équilibrés. Cette vision contredite par les faits n'est trop souvent qu'un masque posé sur une volonté politique, celle de faire tomber les barrières juridiques auxquelles se heurtent les puissances économiques. Trop souvent, comme lorsqu'elles sont portées par les projets de TAFTA ou de TTIP, les MARL ne sont qu'un des aspects de la lutte actuellement menée contre toutes les règles de protection des plus faibles.

M. Jacques COMMAILLE, professeur, ENS Cachan

Cette analyse critique du développement et du renforcement de la logique « contractualiste » s'inscrit dans un débat déjà très établi sur les *alternative dispute resolution* où il y a effectivement une littérature importante qui montre les risques éventuels de cet excès des alternatives en la matière qui s'inscrirait dans une logique libérale ou néolibérale de nos sociétés contemporaines.

Il y a un risque de consécration d'inégalités entre des parties, mais il y a aussi un le risque de réduire des conflits, de les individualiser, de les singulariser et de masquer la dimension collective des problèmes qui se posent à des personnes. Il y a des analyses qui ont été faites, notamment sur tout ce qui concerne le harcèlement, qui montrent que c'est une sorte de réduction des rapports de travail à des rapports entre personnes et non plus à des rapports entre groupes sociaux avec des intérêts différents.

Je laisse la parole à Sandrine LEFRANC, chercheuse au CNRS, à l'Institut des sciences sociales du politique.

« L'INVENTION DE NOUVELLES FORMES DE JUSTICE DANS LE CADRE DU DROIT INTERNATIONAL : PERSPECTIVES CRITIQUES SUR LA JUSTICE RESTAURATIVE »

M^{me} Sandrine LEFRANC, chargée de recherche, CNRS, université Paris Ouest Nanterre La Défense

Il est question ici de frontières. Du côté de quelles frontières vais-je vous emmener ? Au-delà des frontières nationales, puisque les situations qui m'intéressent sont des situations de violence extrême, intense, de masse, dans des pays étrangers, par exemple au Burundi, en Colombie, puisque je travaille beaucoup sur la circulation des pratiques d'un pays à un autre. Ce sont des frontières et des pays étrangers, sauf qu'il peut aussi être question de la frontière du Rwanda à la cour d'Assises de Paris.

L'autre frontière, c'est la frontière d'une situation d'après-guerre, d'après-génocide, d'après des violences politiques, qui est en règle générale pensée par les experts de la situation post-conflit comme une situation d'exception. L'idée est d'essayer de trouver des solutions pour des pays qui auraient tout perdu, qui seraient dévastés, déchirés, dont les normes sociales n'existeraient plus, dont les membres seraient dans un état de désarroi, de déshérence.

Je vais vous parler des politiques qui entreprennent de reconstruire ces sociétés de l'après-conflit, de l'après-génocide, notamment autour de l'idée d'une justice qui serait une justice nouvelle. Les experts s'accordent sur le nom de justice transitionnelle, mais nous pouvons aussi l'appeler justice réparatrice ou justice restauratrice ; elle tente de répondre aux questions spécifiques d'une situation pensée comme une situation qui n'aurait rien à voir avec le droit commun, avec les normes sociales ordinaires.

Mais ces formes de justice transitionnelle pensées pour les situations d'après-conflit ont des liens assez forts avec d'autres dispositifs plus familiers, en tout cas dans les pays anglophones (donc des démocraties stabilisées, cette fois) : des dispositifs de justice restauratrice ou restaurative.

Ce que je veux évoquer devant vous, ce sont ces sociétés qu'on devrait réinventer, pour lesquelles, parce qu'elles ont connu des guerres qui ont tout détruit, on devrait inventer de nouvelles formes de justice qui devraient permettre de réparer les dommages subis, notamment des justices pensées pour les victimes.

Pour donner une idée de l'ambition des experts de la justice transitionnelle, je vais citer quelques auteurs. Kora ANDRIEU, par exemple, dans un ouvrage consacré à la justice transitionnelle, explique que l'élément en jeu dans ces débats n'est « rien de moins que de penser les modalités de la transformation globale d'une société traumatisée et de jeter ainsi les bases d'un nouveau contrat social ». Ou encore « Ces sociétés nous montrent à un état condensé et chimiquement pur comment fonder un nouveau contrat social ». Bref, ces situations-là seraient des situations qui n'auraient rien à voir avec nos situations ordinaires et pour lesquelles il faudrait réinventer les institutions, les normes, les pratiques relatives à la justice.

Pierre HAZAN, autre spécialiste, dit : « Si le crime contre l'humanité, par essence, délie les hommes, la justice transitionnelle entend accomplir le trajet inverse, celui qui mène à la restauration du lien social et à la refondation d'une communauté politique. La justice transitionnelle inaugure donc un avant et un après le crime. Elle marque l'an zéro d'une ère nouvelle. »

J'aimerais vous dire qu'une nouvelle justice est advenue ; qu'elle tient compte des souffrances des victimes et qu'elle correspond aux spécificités de cette situation. J'aimerais entretenir ce mythe de la transition vers la démocratie et vers la paix qui serait une forme de *tabula rasa* qui nous permettrait de trouver les moyens de reconstruire des sociétés meilleures *ex nihilo*.

Je n'ai pas observé cette révolution de la justice, mais je vais essayer d'expliquer ce que peut prétendre bouleverser la justice transitionnelle, ce qu'elle ne bouleverse pas du tout puisqu'elle est beaucoup faite de continuités, et ce qu'elle parvient néanmoins à inventer, notamment du côté de cette revendication qui lui est propre d'être consacrée tout entière aux victimes.

Dans un premier temps, cette justice est pensée comme une expérimentation fondatrice. Des philosophes mais aussi des théologiens y ont vu une belle opportunité pour repenser complètement la justice et pour repenser à partir de là la contribution de la justice à la construction de sociétés meilleures. Le principe affiché par les experts, c'est celui d'une paix durable. L'idée est d'implanter dans le contrat social, dans les nouvelles normes sociales, dans les individus qu'on va réformer et rendre plus tolérants, le principe d'une paix qui sera une paix permanente, une paix « durable », une paix « positive ».

Deux caractéristiques principales, deux choses sont mises en avant par les experts de la justice transitionnelle pour parvenir à cette paix durable en répondant aux crimes politiques passés.

Le premier principe est celui du dialogue social. Il s'agit de faire en sorte que la paix qui va être inventée ne soit pas une paix négociée par les seules élites. Parallèlement, la justice qui va être rendue, en dehors des institutions de justice, est une justice qui n'appartient pas aux magistrats professionnels, qui doit consister dans le dialogue entre l'offenseur et l'offensé de manière égale.

Ce principe de dialogue « par le bas » est un principe qui s'incarne dans une institution emblématique de la justice transitionnelle : les commissions de vérité. Ces commissions de vérité ne sont ni des commissions d'historiens, ni des commissions parlementaires, ni des commissions de juristes et de professionnels du droit. Ces commissions sont confiées à des notables, à des personnes privées, de bonne réputation qui ont une capacité d'empathie vis-à-vis des victimes. C'est en tout cas ce sur quoi on met l'accent. Ce sont des personnes qui ont aussi une caractéristique importante : elles ne doivent pas être politisées.

Ces commissions de vérité et de réconciliation sont aujourd'hui pensées comme un modèle. Environ 30 ou 40 institutions de ce type ont été installées dans des situations d'après-conflit définies de manière très variée. Cela a pu être après une dictature militaire dans un pays latino-américain, après un génocide en Amérique centrale, après d'autres formes de répression.

Aujourd'hui, je vais surtout vous parler de celle qui a été mise en place en Afrique du Sud en 1995 à la suite de la première élection réellement démocratique en 1994. Pendant trois ans, cette commission a travaillé avec un triple mandat. Elle devait établir la vérité ou les vérités, puisque cette commission revendique la possibilité de faire coexister des vérités différentes, sous la forme d'un rapport rendu au Président de la République, Nelson MANDELA, sur les violations graves des droits de l'homme commises entre 1960 et 1994.

Ces commissions de vérité établissent une vérité. Elles recommandent des réparations qui sont des réparations matérielles et symboliques à l'attention des victimes, et elles font dialoguer, en tout cas c'est l'ambition affichée par les experts de la justice transitionnelle, le public le plus large possible, mais aussi et surtout les victimes face à d'autres représentants de l'institution et parfois, mais dans les faits assez rarement, face à leurs offenseurs et notamment, en Afrique du Sud, face à ces personnes qui demandaient – c'est la troisième mission de la Commission – le bénéfice d'une amnistie individuelle et conditionnelle.

Le principe de dialogue s'incarne dans des commissions de vérité et de réconciliation. Le principe fondateur de la justice transitionnelle est d'être une justice pour les victimes, une justice qui, nous dit-on, répondrait aux besoins qui sont prêtés à ces victimes.

Quels sont ces besoins ? Le besoin de reconnaissance. Ces victimes de crimes politiques auraient par exemple besoin de passer du statut d'opposant ou de subversif au statut de victime. Elles auraient besoin, nous dit-on encore, de dignité. Elles auraient besoin de réparations symboliques et matérielles. Elles auraient besoin, enfin, de guérison au sens où elles devraient pouvoir accéder, dans ces dispositifs, à un espace public pour y prendre la parole, pour exprimer leur souffrance, les conséquences de ces crimes politiques, de manière à libérer des émotions traumatiques trop longtemps enfermées. C'est le principe actif de la justice transitionnelle. L'idée est que les victimes puissent enfin parler ; que cet exercice de justice, s'il n'aboutit pas à des sanctions à l'encontre des perpétrateurs, des criminels politiques, doit au moins permettre la guérison, le soulagement, l'apaisement de ces victimes.

Ces commissions étaient réunies dans de vastes salles, plates, sans personnes en position de surplomb. Les membres de la commission de vérité regardent les victimes, font brûler des bougies, leur rendent hommage, leur disent : « Merci d'être venues. Nous allons vous écouter attentivement. Racontez-nous avec vos propres mots ce qui vous est arrivé. Nous allons vous écouter et à la fin nous vous remercions de la contribution que vous avez faite par

le mari que vous avez perdu, par vos souffrances physiques, par les biens que vous avez perdus. Nous vous remercions de la contribution que vous avez faite à la construction de la nouvelle Afrique du Sud, la nation arc-en-ciel, le nouveau pays que nous sommes en train d'inventer ensemble grâce à votre magnanimité. »

Lors de ces audiences publiques, on voyait les victimes pleurer, affectées de convulsions, empreintes d'émotions fortes, avec l'idée que ce qui se jouait là était un principe de catharsis, un principe de libération des traumatismes enfouis. La justice transitionnelle, c'est ce double principe de dialogue d'une part, et de dialogue centré sur la narration par les victimes de leur souffrance d'autre part.

L'objectif que revendiquent les experts de la justice transitionnelle, sur la base de ces expériences et notamment des commissions de vérité et de réconciliation, c'est de réconcilier ou plus exactement d'inventer une forme de justice qu'ils disent « holistique », qui articulerait certaines caractéristiques de la justice pénale et certains aspects de la justice réparatrice. L'ambition est d'inventer une justice exceptionnelle répondant à la spécificité de la situation, qui accepterait de ne pas sanctionner pour au moins une bonne raison : sa capacité à satisfaire les besoins présumés des victimes.

Ces ambitions sont en fait le produit d'un travail qui a été fait à partir de contraintes imposées par la situation politique. La justice transitionnelle telle que nous la connaissons aujourd'hui, dans sa revendication d'inventer une nouvelle forme de justice holistique, c'est d'abord quelque chose qui est le produit de la nécessité politique, c'est quelque chose qui a fait avec une double impossibilité : l'impossibilité, dans de nombreuses situations d'après-conflit, de faire justice d'abord, parce qu'il n'y a pas de magistrats, parce qu'il n'y a pas d'avocats, parce qu'il n'y a pas suffisamment de tribunaux, parce qu'il n'y a parfois pas même les incriminations. Dans le Cône sud latino-américain, dans les années 1980, lorsqu'il s'agissait de poursuivre les disparitions, les moyens juridiques n'existaient pas. Bref, dans l'état où on trouve le droit au moment où on entre dans une démocratie possible, on n'a pas les moyens juridiques et judiciaires de faire justice. Le droit international ne le permet pas toujours non plus. La justice transitionnelle, c'est d'abord ce constat qu'on ne peut pas mettre en branle les processus ordinaires de la justice pénale.

Le deuxième aspect est le suivant : la justice transitionnelle est le rejeton, le produit, d'une réflexion sur une transition vers la démocratie à partir d'une situation où il n'y a ni vainqueurs ni vaincus. Cette justice transitionnelle, c'est le constat que l'on doit faire avec cette nécessité de la recherche de la stabilité d'une petite démocratie : pas de délibérations, pas de mobilisation populaire, un accord entre élites, entre les plus doux ou les moins durs des durs, c'est-à-dire les plus favorables à la libéralisation du régime autoritaire d'une part, et les moins enthousiastes et férocelement démocrates des démocrates d'autre part. C'est ce petit pacte, cette petite démocratisation, qui va historiquement dicter les conditions initiales de la justice transitionnelle.

La justice transitionnelle, c'est ce contournement d'abord de la justice pénale parce qu'on n'a pas de moyens juridiques, mais c'est aussi ce contournement de la justice pénale parce qu'on ne peut pas politiquement se payer le luxe de poursuites pénales ordinaires systématiques à l'encontre des criminels politiques. On ne peut pas. En tout cas, c'est le discours que tiennent les acteurs politiques et avec eux ces experts de la « transitologie » qui vont essayer de construire une nouvelle manière de penser la démocratisation et en même temps une nouvelle manière de penser la justice dans ces situations-là.

La justice transitionnelle s'encastre dans une politique du compromis systématique et va se développer en opposition à une justice ordinaire à partir de là. De fait, quand on regarde par exemple ce que produit une commission de vérité, on est toujours dans un modèle qui s'oppose presque trait pour trait à la justice pénale ordinaire. Là où on a un tribunal permanent, on va avoir une institution *ad hoc* fugace, provisoire. Là où on a de la qualification juridique, on invente une qualification politique. On va notamment travailler sur une catégorie de violations graves des droits de l'homme qui est liée au contexte lui-même. Là où on attend une décision judiciaire du côté de la justice pénale ordinaire, on va attendre une leçon d'Histoire. Là où on voudrait une sanction ou en tout cas où on peut attendre une décision, on veut, du côté de la justice transitionnelle, non pas une sanction, non pas, par exemple, une peine d'emprisonnement ; on veut une réprobation morale, on veut une stigmatisation. On ne condamne pas, ou en tout cas on condamne très peu, les responsables de ces crimes politiques. On les réprovoque, on les affecte d'un signe social de stigmatisation.

Il y a une divergence par rapport au droit et aussi, compte tenu des nécessités de la situation, il y a la recherche systématique du contournement du conflit politique. On ne veut pas entendre parler de politique dans ces instances-là, notamment dans les commissions de vérité. Cela a été consacré par ces normes, ces textes qui ont été produits notamment par l'Organisation des Nations Unies sur les institutions de commissions de vérité et de réconciliation. Les commissions de vérité, la justice transitionnelle, essaient d'éviter systématiquement à la fois tous les acteurs politiques et tout langage politique.

Dans un troisième et dernier temps, qu'en est-il de cette ambition qui est propre à la justice transitionnelle d'être une justice pensée pour les victimes ?

D'abord, les victimes ont une place centrale dans ces dispositifs. Les victimes sont bien là, assises, debout ; elles prennent la parole ; elles peuvent pleurer en public. Les caméras enregistrent ces pleurs. Leurs narrations sont retranscrites. Par exemple, en Afrique du Sud, ce sont 20 000 témoignages qui ont été recueillis par écrit et rendus publics.

Oui, les victimes sont centrales, mais sous des conditions strictes : elles doivent tenir, dans ces espaces inventant une nouvelle justice, un discours, une narration, un récit des événements compatibles avec les exigences de la situation. Oui, la victime peut s'exprimer, si tant est qu'elle soit une

bonne victime, une victime raisonnable, une victime qui entre dans les cadres que lui propose l'institution.

Pour reprendre l'exemple de la commission de vérité sud-africaine, ces cadres étaient assez simples : pas de politique, pas d'insultes, pas d'énerverment, une modération générale de l'opprobre et par ailleurs, pas non plus de demandes matérielles. Ce qu'on demandait aux victimes à titre principal, ce vers quoi on les orientait avec des questions qui étaient toujours bienveillantes et chaleureuses, c'était un discours centré sur leur souffrance.

Les discours, les échanges, les interactions entre les membres de la commission et ces victimes sont toujours des échanges chaleureux et respectueux. Mais ce sont des échanges chaleureux et respectueux qui vont inciter les victimes à s'en tenir à un discours qui est un discours compatible avec les exigences de la situation : pas de politique parce que le politique, c'est du conflit ; pas de demande de justice pénale parce que la justice pénale, c'est du conflit et qu'on n'a pas les moyens de la rendre ; pas de demande de réparation matérielle parce que cela est traité ailleurs et que nous n'avons pas beaucoup de moyens dans cette nouvelle Afrique du Sud.

On demande aux victimes de tenir un discours qui est un discours centré sur leur souffrance morale, parfois sur leur souffrance physique, sur leur difficulté à faire le deuil. Bref, on les fait entrer dans un cadrage thérapeutique qui est tout à fait bienveillant, mais qui leur impose un discours un petit peu particulier qui va, par exemple, se retourner contre les victimes, et elles sont assez nombreuses, qui vont refuser ce cadrage. Par exemple, certaines femmes militantes et les femmes de militants haut placés du Congrès national africain, n'ont pas cette attitude-là : elles tendent leur papier, lisent leurs notes, disent ce qu'elles ont à dire, utilisent des catégories politiques, ne lèvent pas les yeux et ne pleurent pas, ne veulent pas pleurer.

La première conclusion, c'est que la justice transitionnelle, c'est de la politique. C'est une politique qui permet de la cohésion. C'est une politique qui permet de nouveaux arrangements et de nouvelles entrées sur la scène politique. On fait entrer sur la scène politique les anciennes oppositions.

Puis la justice transitionnelle, à partir de ce cadrage thérapeutique des expériences des victimes, c'est aussi quelque chose qui permet de réfléchir à ce que peut être une justice pour les victimes. C'est-à-dire qu'une justice pour les victimes qui partirait du principe que la victime est libre d'exprimer exactement ce qu'elle veut se heurte ici aux contraintes de la situation politique, mais se heurte toujours aux contraintes d'une situation hiérarchisée. Une justice pour les victimes, cela fonctionne tout à fait bien. Mais c'est une justice qui est aussi une justice totalement asymétrique et une justice politique. Et c'est aussi cela qu'il faut regarder quand notre premier réflexe est celui de l'empathie vis-à-vis des larmes versées par les victimes. Elles sont libres, oui, mais sous conditions. Les expériences de rénovation de la justice peuvent être aussi pensées de ce point de vue-là : les hiérarchies ordinaires.

M. Jacques COMMAILLE, professeur, ENS Cachan

C'est la justice au-delà des frontières de la justice au sens classique du terme, qui serait fondatrice d'une société idéale en quelque sorte. Ce sera intéressant de confronter cette approche et celle de Mariana VALVERDE, sur le fait que cette forme de justice, hors des frontières classiques de la justice, est susceptible de traiter de questions que la justice ne traite pas, comme celle de la reconnaissance du génocide culturel.

J'ai le plaisir de passer aussi la parole à Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, spécialiste de la médiation, qui nous dira peut-être si la médiation échappe aux inconvénients de la logique « contractualiste » évoquée par Emmanuel DOCKÈS.

« LES EFFETS DES PROCESSUS DE MÉDIATION »

M. Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, chargé de recherche, CNRS, centre Max Weber, université de Lyon 2

Face à ce réquisitoire contre la médiation, je vais essayer de plaider en faveur de la médiation ! Il y a un discours très idéologique autour de la médiation : on est pour ou contre. C'est même parfois un discours presque religieux. On « croit » à la médiation.

Mon hypothèse, c'est d'appréhender, non pas la médiation, comme une simple technique de gestion des conflits, mais comme un nouveau mode de régulation sociale, ce qui veut dire que cela influe sur les rapports entre société et État.

Dans nos sociétés, il y a une évolution vers une forme de pluralisme des modes de règlement des conflits, et même un pluralisme des sources de normativité parce que les accords créent des droits. Il est important d'y réfléchir et c'est pour cette raison que la médiation n'est pas bonne ou mauvaise en elle-même ; c'est ce qu'en font les acteurs.

Mon propos sera axé autour de trois points : tout d'abord un rappel sur l'état actuel de la justice informelle, ensuite la pratique de la médiation, puis les effets de la médiation en indiquant ses effets contrastés.

Des deux côtés de l'Atlantique, au même moment, on voit apparaître ce qu'on appelait les justices informelles ou les justices alternatives, qui ont pris la forme, par exemple en France, des conciliateurs. Aujourd'hui, on les aurait appelés médiateurs, ce qui montre que ces alternatives existent depuis longtemps et qu'on se trouvait déjà dans une logique instrumentale, pour faire face à l'explosion judiciaire. Dès le départ, il y a eu des praticiens et des chercheurs qui ont critiqué ces formes alternatives en les qualifiant de sous-justice ou de justice de deuxième classe.

La deuxième étape, c'est l'autonomisation de la médiation au sein des MARC, c'est-à-dire qu'on s'est aperçu au milieu des années quatre-vingt que la médiation ne se développait pas seulement au sein de la justice, mais dans

tous les champs de la vie sociale. Il existe des médiateurs familiaux, des médiateurs en entreprise, des médiateurs de quartier et même des médiateurs scolaires.

Le développement de la médiation en dehors de la justice a contribué à ce glissement conceptuel des alternatives à la justice aux alternatives en matière de règlement des conflits. C'est un moment important parce qu'on ne se rend pas toujours compte que la médiation n'est pas simplement réduite à la médiation judiciaire. On a assisté, à partir du milieu des années quatre-vingt, à une autonomisation de la médiation au sein de ces MARC.

La troisième étape dans les années quatre-vingt-dix, c'est l'institutionnalisation de la médiation, avec la création d'organismes de médiateurs comme le Centre national de la médiation, l'APMF qui est l'Association pour la médiation familiale, la FENAMEF qui est aussi une organisation de médiation familiale, le RME, le Réseau des médiateurs en entreprise.

Ensuite, comme il n'y avait pas de textes pour « encadrer » cette nouvelle pratique, il y a eu la création de codes de déontologie en médiation généraliste avec le CNM ou en médiation familiale avec l'APMF.

À partir du moment où on veut « contrôler » une nouvelle profession, on va la contrôler à travers la formation. Dans les années quatre-vingt-dix, on a vu apparaître les premières formations. Au départ, la durée des formations de médiation familiale, par exemple, étaient d'une quarantaine d'heures et maintenant, le diplôme d'État exige autour de 600 heures. On se trouve donc dans un mouvement de professionnalisation de la médiation. Puis sont venus les premiers textes d'institutionnalisation de la médiation : la loi de 1993 sur la médiation pénale et la loi de 1995 sur la médiation civile.

La quatrième étape, c'est l'hégémonie paradoxale de la médiation, c'est-à-dire que la médiation est devenue hégémonique au sein des MARC. Au niveau européen, il y a la directive de 2008 et au niveau national, il y a eu la création d'un diplôme d'État, mais aussi d'une filière de médiation sociale qui va du CAP de médiation jusqu'au Master de médiation.

Pourquoi est-ce une hégémonie paradoxale ? Premièrement parce que le développement quantitatif de la médiation reste faible. Deuxièmement parce qu'il y a aussi une forme de désenchantement. On avait l'impression, dans les années quatre-vingt-dix, qu'avec la médiation on allait régler tous les maux de la société. Puis on a assisté à une dilution du concept de médiation dans des activités qui relèvent de la communication et même de la sécurisation. Il y a actuellement une galaxie de médiations et souvent une dilution de la notion de médiation.

J'en viens à mon deuxième point : la pratique de la médiation, une réalité mal connue.

Il y a chez les médiateurs une multiplicité de statuts, avec surtout des médiateurs et peu de généralistes. Il est donc

difficile de « protéger » le titre, malgré le travail fait par certaines organisations de médiateurs, puisqu'il y a des bénévoles dans la médiation de quartier, par exemple, pour régler les conflits de voisinage ; des salariés, le plus souvent dans la médiation pénale ; et aussi des professions libérales.

Il est difficile de connaître le nombre de médiateurs à l'échelle nationale ; on a des données fiables que pour les médiateurs familiaux, grâce au financement des Caisses nationales d'allocations familiales. Il y a, à peu près, 285 équivalents temps plein, soit 1 000 professionnels, souvent à temps partiel. Il y a 395 médiateurs pénaux, qui sont le plus souvent des retraités.

Il est difficile de connaître le nombre d'affaires traitées en médiation à la fois sur le plan quantitatif et sur le plan qualitatif. Seules sont connues les statistiques sur les médiations judiciaires.

Les médiations conventionnelles sont faites par des médiateurs le plus souvent professionnels. Il existe des médiations institutionnelles comme celles mises en place au ministère de l'Éducation nationale, de l'Économie et des Finances... Désormais pratiquement toutes les banques et assurances ont mis en place un médiateur, qui se substitue au service consommateurs. En matière de consommation, la médiation est pratiquement obligatoire. Il y a aussi des médiations « citoyennes » qui sont réalisées aussi par des médiateurs bénévoles. Par exemple, une association lyonnaise, comme l'association AMELY, gère 700 conflits de voisinage ou de consommation par an.

S'agissant des médiations judiciaires, il y a des flottements dans les logiques étatiques. On assiste depuis quelques années à une baisse tendancielle des médiations. Par exemple, en matière pénale, le rappel à la loi est plus développé que la médiation avec en 2015, 13 093 médiations et 265 845 rappels à la loi.

La médiation, c'est plutôt le modèle de la justice douce, pour paraphraser le titre d'un de mes ouvrages. On peut se demander si le croisement, sur un plan statistique, entre une baisse tendancielle du nombre de médiations et une croissance du rappel à la loi ne montre pas un retour vers des modes plus autoritaires de gestion des conflits. Néanmoins, il y a aussi une relance de ces différents processus avec les expériences de justice restaurative.

En matière civile, il y a aussi un faible nombre de médiations. On peut même constater que paradoxalement les cours d'appel développent plus de médiations que les tribunaux de grande instance. Si on prend l'exemple de la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble, où il y a eu jusqu'à 10 % des contentieux qui étaient renvoyés en médiation et dont une présidente a créé le Groupement européen des magistrats en faveur de la médiation (GEMME), on s'aperçoit que malgré les incitations, le phénomène reste limité.

Dans le domaine familial, moins de 1 % des affaires font l'objet d'une médiation. On dit que la justice est lente,

que les magistrats sont surchargés, mais on constate que les injonctions de la médiation sont très peu suivies. Une statistique publiée par la CNAF montre que les médiations conventionnelles représentent une majorité d'affaires pour les services qui délivrent la médiation familiale. C'est du rapport 2/3-1/3. Une autre statistique tirée des entretiens d'information, durant lesquels les magistrats peuvent renvoyer une affaire en médiation, mais seulement si les parties y consentent.

Le deuxième point, c'est la temporalité et les accords de médiation. La loi de 1995 a fixé un délai de deux fois trois mois. C'est un temps contraint, mais la plupart des médiations se réalisent en moins de six mois. On s'aperçoit qu'il est difficile, par exemple en matière de divorce, de pouvoir faire une médiation en moins de six mois. Régler un conflit de ce type n'est pas simple et nécessite plusieurs séances. Le temps contraint de la médiation judiciaire ne permet pas toujours d'avoir une « bonne » médiation.

Il peut y avoir des formes d'instrumentalisation, par exemple, le renvoi en médiation des affaires avec enfants, remplace un peu l'enquête sociale. Le médiateur familial a alors pour fonction d'aider le juge à prendre des décisions sur des cas difficiles.

Concernant le nombre d'accords de la médiation, ils sont plus nombreux en matière de médiations conventionnelles que judiciaires, tout simplement parce qu'on a tendance à renvoyer en médiation judiciaire des affaires très conflictuelles. On peut comprendre que si on a une forte conflictualité, le taux de réussite soit moins élevé.

Il ne faut pas oublier que tous les accords sont faits de manière orale ; la médiation est un processus oral, il ne faut pas l'oublier.

J'en arrive au troisième point, sur les effets de la médiation. On s'aperçoit qu'il faut faire attention aux analyses purement quantitatives puisqu'à la question « Est-ce que les relations se sont améliorées ? », dans 53 % des cas les médiés ont répondu : « N'ont pas changé. » Cela tendrait à démontrer une certaine limite de la logique communicationnelle, c'est-à-dire, si je reprends la terminologie d'HABERMAS, une limite de cette rationalité communicationnelle par rapport à la rationalité instrumentale que représente la justice. Mais les entretiens ont montré que les relations n'avaient pas changé car les médiés avaient déjà de bons rapports. Donc ils ne pouvaient pas répondre qu'ils se sont améliorés. Il faut donc toujours faire attention à doubler des approches quantitatives avec des approches plus qualitatives.

Le deuxième point porte sur l'utilité de la médiation. Le passage en médiation, avec sa temporalité un peu longue, permet d'apaiser un peu les tensions, d'échanger sur des sujets sur lesquels les couples ne pouvaient plus discuter. La médiation facilite la discussion et permet de comprendre les besoins réciproques. Une médiation n'est pas un double monologue, c'est aussi un dialogue. Pour reprendre HABERMAS, c'est l'intercompréhension, c'est-à-dire qu'il faut que les deux puissent se comprendre.

Un autre point important, ce sont les cas qui se terminent par une absence d'accord. On s'aperçoit que malgré l'absence d'accord, bon nombre de personnes passées en médiation disent quand même que la médiation a permis de faire connaître son point de vue à l'autre (33 %) et de comprendre le point de vue de l'autre partie. C'est pour cela qu'il peut y avoir un apport communicationnel même en l'absence d'accord.

Il convient de faire attention, dans les évaluations des processus de médiation, à ne pas rester sur une approche purement quantitative (accord ou non) et voir qu'à un moment donné, cela peut apporter quelque chose.

On a essayé d'analyser les effets de la médiation sur l'évolution des relations entre les médiés. Il y a là aussi une limite de l'effet communicationnel car il persiste toujours une communication difficile, c'est-à-dire que le passage en médiation n'est pas obligatoirement quelque chose qui a transformé les relations.

Si on s'intéresse à la gestion des conflits après la médiation, on constate les limites du passage en médiation. Il y a toujours des conflits, même si dans 60 % des cas il n'y a pas eu de problème à régler. Le plus souvent, c'est l'application ou la modification de l'accord qui a posé problème. Dans ces situations de conflits, seuls 2 % des médiés ont eu de nouveau recours à la médiation.

On s'aperçoit que le recours au juge dans nos sociétés juridicisées et judiciairisées reste encore la culture dominante et que la médiation demeure encore une contre-culture.

Comme Jacques COMMAILLE a évoqué une démarche citoyenne, je conclurai qu'il est regrettable d'en rester à un discours binaire sur la médiation. En France, nous n'avons pas de culture d'évaluation, contrairement aux pays anglo-saxons. C'est pour cela que je pousse à la création d'un observatoire des médiations, qui a déjà fonctionné puisque nous avons mené quelques recherches, pour connaître cette sociographie de l'activité et pour réaliser aussi une évaluation des processus et des effets de la médiation. Cette connaissance du phénomène de la médiation permettrait de cerner les résistances au développement de la médiation. Ce ne sont pas simplement des résistances de la part des acteurs que sont les magistrats ou les avocats, mais aussi des justiciables qui à un moment donné ne veulent pas recourir à la médiation.

Avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, nous menons actuellement une recherche sur trois cours d'appel pour suivre les prescriptions judiciaires et identifier quelles sont les bonnes pratiques, dont vous pourrez prochainement connaître les résultats.

M. Jacques COMMAILLE, professeur, ENS Cachan

Merci beaucoup pour ce propos nuancé sur la question de la médiation, notamment à partir de ses réalisations effectives et aussi ses limites. Ce sont des éléments utiles pour revenir à une interrogation fondamentale sur ce

que signifie la médiation comme mode de gestion des rapports sociaux dans nos sociétés et sur la place qu'elle occupe précisément par rapport à la justice et aux formes classiques de traitement judiciaire.

Je vais maintenant passer la parole aux professionnels, en miroir par rapport aux propos qui ont été tenus jusqu'à présent par les chercheurs. En premier, je vais laisser la parole à M^{me} MÉRIGONDE, directrice des services pénitentiaires, qui va nous parler d'expériences très concrètes de justice restaurative.

M^{me} Claire MÉRIGONDE, directrice des services pénitentiaires

En tant que directrice des services pénitentiaires, je vais vous faire part de mon expérience à la direction des services pénitentiaires d'insertion et de probation des Yvelines.

Dans le département des Yvelines où j'ai conduit deux expériences de justice restaurative inspirées très directement des modèles canadiens, il y avait notamment une maison centrale, donc un établissement ayant vocation à ne recevoir que des personnes condamnées à de longues peines, avec 85 % de détenus pour procédure criminelle.

Ces expérimentations ont eu lieu avant la consécration législative de la loi du 15 août 2014 qui, pour la première fois, reconnaît et légalise l'existence de dispositifs de justice restaurative.

Ce sont des dispositifs qui sont totalement gratuits dans tous les sens du terme, c'est-à-dire que pour les personnes qui participent, et en premier lieu les personnes sous main de justice, qu'elles soient écrouées ou non, il n'y a pas de plus-value attendue, si ce n'est de façon très personnelle, dans leur processus de compréhension du passage à l'acte et de tentative de prévention de la récidive.

Les dispositifs de justice restaurative mettent un nouvel interlocuteur au sein de ce qu'est l'instance habituelle telle que nous la connaissons dans la justice avec l'auteur, la victime et la décision pénale. Là, vous introduisez ce que les Canadiens appellent la communauté, ce que nous, plus facilement, nous appelons la société civile.

Cette justice vient s'inscrire en plus de la décision de justice en tant que telle, c'est-à-dire que ce n'est en aucun cas une alternative. La justice restaurative déclinée en rencontres détenus-victimes ou en cercles de soutien et de responsabilité vient en plus du travail qui doit être réalisé par un SPIP avec la personne condamnée.

Dans les dispositifs de justice restaurative, nous sommes à la fois sur du collectif, nous sommes sur l'action du SPIP, mais à un moment nous laissons la main à la société civile.

Pour entrer dans les aspects un peu concrets, concernant les rencontres détenus-victimes de Poissy, dans le cadre du partenariat avec l'INAVEM, il s'est agi d'organiser, des temps de rencontre de trois heures entre a minima trois

auteurs de crime et trois victimes. Évidemment ce ne sont pas des victimes et des auteurs directs.

L'objectif de la rencontre c'est de permettre qu'à un moment ces auteurs, ces victimes, accompagnés par des médiateurs et par des représentants de la société civile partagent ce qui fait leur point de jonction, c'est-à-dire avoir été victime d'un crime, avoir commis un crime, et parviennent à se trouver.

Chacune des rencontres détenus-victimes qui ont eu lieu a permis que les auteurs, qui à la fois étaient volontaires et n'étaient pas dans le déni des faits commis, puissent dire des choses aux victimes et venir quelque part réparer quelque chose d'un temps qui pour la majorité d'entre eux est un temps j'allais dire raté, qui est le temps de la session de la cour d'assises.

Ils sont là pour accepter de rencontrer des personnes dont ils savent qu'elles ont subi, qu'elles subissent encore tous les effets, et ils sont multiples, des faits qu'ils ont commis, et les victimes viennent avec un besoin qui recoupe évidemment celui sans doute du temps de la cour d'assises, où il y a des choses qui n'ont pas été dites et des choses qui n'ont pas été comprises, avec le besoin d'entendre comment cet individu a pu commettre ce qu'il a commis.

Au vu des enjeux majeurs pour l'ensemble des parties, il est évident que tout cela doit être très largement préparé. La phase de préparation est quand même à 90 % celle qui va contribuer à ce que les rencontres se passent bien. Quand le dispositif fonctionne bien, et il fonctionnait plutôt bien, nous sommes un peu dans une inversion des préoccupations, c'est-à-dire que nous, administration pénitentiaire, nous étions très préoccupés que les victimes aillent bien, et l'INAVEM était très préoccupé que les victimes ne disent pas de choses trop violentes pendant les rencontres et que les détenus ne sortent pas trop abîmés de ces temps-là.

Les victimes parlent de réparation. Ce sont elles qui le disent. Ce n'est ni l'INAVEM ni l'administration pénitentiaire. Il y a une forme de compréhension effectivement. Le monstre devient au fil des échanges et des discussions celui qui est toujours l'auteur mais qui a néanmoins eu, souvent, un parcours chaotique et qui est capable, à un moment, de dire des choses qui n'avaient pas été dites sur le temps de la session d'assises. Elles en sortent avec un processus, que l'INAVEM expliquerait beaucoup mieux que moi, qui consiste à un moment à sortir du statut de victime.

Pour les auteurs, c'est évidemment un temps où ils entendent des choses que l'institution pénitentiaire n'est pas capable de leur dire parce qu'il n'y a jamais que la parole de la victime qui peut avoir cette vérité-là. C'est souvent un accélérateur dans la prise de conscience de l'acte qui a été commis. Cela peut être violent, mais c'est un accélérateur et c'est aussi sans doute le moyen, à un moment, dans la prise en charge psychologique, de déclencher des choses qui éventuellement préalablement n'avaient pas pu être mises en place.

Sur les cercles de soutien et de responsabilité, nous sommes sur un autre dispositif, qui est celui-là en milieu ouvert, qui au Canada s'est développé dans les années soixante-dix pour les auteurs de violences sexuelles et que nous, au SPIP des Yvelines, nous avons choisi de mettre en place pour des auteurs qui étaient particulièrement isolés.

Une fois par semaine le cercle rencontre le condamné dans un lieu neutre pour échanger et créer du lien avec lui, pour qu'il n'existe pas que dans le regard de l'institution judiciaire ; pour contribuer à mettre du récit et des mots sur ce qu'est sa vie. Il joue aussi un rôle à la fois de confident, de tuteur, d'alerte éventuelle, ce cercle étant actionnable pour le condamné à tout moment. C'est-à-dire que contrairement à un SPIP, il n'y a pas de jours fériés, il n'y a pas de week-ends et il n'y a pas d'horaires de fermeture.

L'idée est d'agréger au dispositif pénitentiaire, judiciaire, existant, autre chose, cette autre chose que les citoyens sont capables d'apporter en complément de ce que le SPIP et l'institution judiciaire travaillent avec eux.

M. Jacques COMMAILLE, professeur, ENS Cachan

Je passe la parole à Maître DENOIT-BENTEUX, avocate.

Maître Carine DENOIT-BENTEUX, avocate

Je suis avocate en droit de la famille. Je suis praticienne de droit collaboratif depuis quinze ans. Et je suis formée à la médiation pas tellement pour intervenir moi-même comme médiatrice, mais parce qu'en ayant la même formation que les médiateurs, on accompagne de manière plus constructive nos clients en médiation.

Donc vous l'aurez compris, les modes amiables de règlement des différends, j'en suis assez convaincue. On a évoqué simplement la médiation alors qu'en réalité d'abord on n'est pas sur les MARD, on est sur les MARD (modes amiables de règlement des différends), qui est une formule beaucoup plus constructive et qui en dit bien davantage, et on n'a pas du tout évoqué ni la procédure participative ni le droit collectif. On n'a parlé vraiment que de médiation en ne faisant pas tellement de distinction d'ailleurs entre la médiation judiciaire et la médiation conventionnelle.

Je vais prendre au pied de la lettre la formule de discutante et revenir sur quelques formules d'Emmanuel DOCKÈS. Vous avez parlé de la médiation comme alternative au juge, comme une façon de régler les conflits sans juge, voire en opposition au juge.

Je suis profondément convaincue que tant qu'on aura cette vision-là, les MARD n'avanceront pas, parce que la médiation notamment, c'est un travail d'équipe interprofessionnel entre le médiateur, l'avocat et le

magistrat. C'est pour cela que tant que nous ne travaillerons pas ainsi, cela n'avancera pas.

Il y a une place vraiment essentielle du magistrat et de l'avocat dans le développement des MARD. L'avocat doit accompagner son client en lui disant : « Moi, je pense que c'est bien pour vous. Cela va se passer comme cela. Cela va se dérouler comme cela. » Et le magistrat est là aussi dès le début pour inciter au bon déroulement du processus, pour inciter les parties à choisir leur médiateur parce que la personnalité du médiateur est absolument essentielle. Je me souviens d'un dossier de négociation dans lequel nous étions dit, avec le confrère, qu'il faudrait désigner un médiateur dans ce dossier. Il y avait des discussions d'éducation, etc., mais il y avait aussi beaucoup de discussions techniques. Il y avait des liquidations de parts de société. Nous nous étions dit qu'il fallait peut-être quelqu'un qui ait quand même une expérience un peu technique. Nous avons pensé à un notaire, à un expert-comptable. Nous en avons parlé à nos clients et tous les deux nous avaient dit : « Un médiateur bien sûr ! Mais rabbin ! »

Cela peut faire sourire mais dans ma formation à la médiation, dans les 200 ou 300 personnes qui venaient se former, il y avait des DRH, il y avait des prêtres, il y avait des rabbins, il y avait des magistrats, il y avait des avocats. Il y avait un peu de tout et c'est cela, la richesse de la médiation. Le médiateur doit avoir une personnalité adaptée au dossier, adaptée à nos clients. Je pense que c'est absolument essentiel et que les magistrats ont une part fondamentale dans la réussite du processus parce que le magistrat est là aussi pour donner confiance dans le processus.

Vous évoquiez tout à l'heure l'importance du choix de la médiation. Vous disiez que la médiation ne devait pas être quelque chose d'imposé parce que la réussite du processus tient aussi à cela. Malheureusement, nous sommes en train de glisser vers une médiation obligatoire à peine d'irrecevabilité dans certains cas, sur des médiations familiales, ce qui écarte tout un pan de la population des médiateurs qui peuvent apporter, encore une fois, par leur profil et par leur origine professionnelle, une richesse particulière.

Tout à l'heure, vous avez aussi dit : « Qui dit contractuel dit juste est une formule qui doit être nuancée. » J'ai envie de vous dire oui mais. Il y a une distinction à faire entre la négociation sur positions et la négociation raisonnée.

La négociation sur positions, c'est celle que les avocats français pratiquent quasiment au quotidien dans leurs dossiers quand ils disent qu'ils ont négocié. C'est-à-dire que c'est un accord sans équilibre constructif, un accord perdant-perdant. Il y en a un qui dit : « Je veux 500 000 € de prestation compensatoire », l'autre qui dit « Non, tu auras 300 000 € » et on négocie à 400 000 €.

La négociation raisonnée, qui est la technique de communication qui est utilisée en droit collaboratif, en médiation et en procédure participative de plus en plus, c'est quelque chose qui est complètement différent parce

que nous travaillons autrement. Nous travaillons sur les intérêts, les besoins, les préoccupations, les valeurs. C'est : « Mais madame, pourquoi voulez-vous 500 000 € ? Quelle est votre préoccupation ? Qu'est-ce qui est important pour vous dans cette demande-là ? » Quand on va expliquer au monsieur que la préoccupation, c'est le rachat du compte retraite, c'est la sécurité parce qu'elle a peur, c'est une transmission aux enfants, là on arrive à travailler autrement avec un objectif qui est tout à fait atteint et on n'est pas du tout dans une construction du plus fort contre le plus faible. Absolument pas.

Vous avez dit que le temps était préjudiciable. Si vous me parlez de droit collaboratif, je comprends parce qu'effectivement le processus collaboratif est en amont de la saisine du juge, donc on ne peut rien faire en attendant. Mais désormais la procédure participative est en train d'évoluer. Dans J21 cela va être possible, de manière beaucoup plus répandue. Et la médiation c'est à n'importe quel moment. Donc ce n'est pas du tout exclusif de la saisine du juge. Il n'y a aucune perte de temps.

M^{me} VALVERDE a parlé de « différence de langage ». La médiation, c'est exactement cela. C'est faire émerger des solutions en travaillant sur un langage commun. Je suis profondément convaincue de la nécessité d'organiser un maximum de formations communes entre les avocats et les magistrats, parce que finalement nous sortons de la même maison et aucun de nous n'a été formé aux techniques de communication. L'écoute, la reformulation, je pense que c'est absolument indispensable.

Je travaille, pour le Conseil national des barreaux, à la création d'un centre national de médiation des avocats pour donner davantage de visibilité aux justiciables sur les avocats qui peuvent les accompagner en médiation, les avocats qui peuvent être médiateurs dans les dossiers. Cela me semble être une opération de prosélytisme rassurante parce que je suis vraiment profondément convaincue que nous devons être tous extrêmement proactifs sur le développement des modes amiables, qui sont extrêmement constructifs pour les justiciables.

M. Jacques COMMAILLE, professeur, ENS Cachan

Nous avons beaucoup de choses à régler autour de cette table, puisque nous avons eu vraiment, sur les commissions de vérité et de réconciliation, deux regards de nature différente : l'un qui met l'accent sur la différence très forte par rapport aux formes traditionnelles de justice, et l'autre qui met l'accent sur comment ces formes différentes, au-delà de la justice ordinaire, peuvent peser sur des questions importantes comme celle de la prise en compte du génocide culturel. Bref, l'effet des autres justices, qui sont au-delà des frontières de la justice, sur la justice elle-même.

Et là nous avons aussi eu une illustration du débat autour des formes alternatives.

M. Emmanuel DOCKÈS, professeur, université de Paris Ouest Nanterre La Défense

Il y a quelques malentendus à faire disparaître tout de suite. J'ai peut-être été peu clair sur certains points.

La première chose, c'est qu'on ne peut pas dire que la médiation c'est le mal et que l'absence de médiation c'est le bien. Cela n'a aucun sens. La médiation peut être quelque chose d'extrêmement utile dans toutes les matières et je connais même des médiations sociales qui se sont très bien passées. Donc les choses peuvent bien fonctionner.

Tout ce que je veux dire, c'est attention à ne pas tomber dans un excès inverse. Il convient d'apprécier la médiation au cas par cas et de faire attention parce que parfois elle se substitue à certaines autres formes de justice. Dans certains cas les dysfonctionnements de la justice ne sont pas améliorés mais aggravés par la médiation. Dans d'autres cas, la médiation génère un dysfonctionnement en elle-même.

Pour répondre à Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, la médiation est une chose qui peut être très utile, mais typiquement dans son évaluation à un certain moment on s'aperçoit qu'elle est survalorisée.

Lorsqu'on fait une évaluation, il faut faire attention à bien prendre un point de comparaison qui ait du sens. Lorsque la médiation se substitue à une décision de justice, j'ai parfois peur que le point de comparaison ne soit pas pris, qu'on le regarde *ut singuli* en quelque sorte, et que de ce fait-là il y ait un biais dans l'interprétation.

M. Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, chargé de recherche, CNRS, centre Max Weber, université de Lyon 2

Dans le monde scolaire, un peu comme dans le monde du travail, des conflits peuvent exister, et tout comme il y a des représentants des élèves, il y a des représentants du personnel. J'ai été saisi par des délégués syndicaux à un moment donné qui disaient : « Écoutez, nous, notre travail, ce n'est pas de gérer les conflits entre salariés. Vous savez très bien que dans l'entreprise il y a des conflits aussi entre personnes et ce n'est pas notre rôle. Nous, nous sommes là pour "défendre" les intérêts des salariés. »

Pour revenir aux problèmes d'inégalités, il est clair, à un moment donné, que beaucoup de rapports sociaux sont des rapports inégaux. Je suis tout à fait d'accord avec vous là-dessus. La médiation peut aider aussi à fractionner les conflits, etc.

Nous parlions de la chambre sociale. L'avantage de la cour d'appel, c'est qu'on a déjà une décision prud'homale. Donc la justice a rendu une décision puisqu'on arrive en appel avec une médiation. Quand on dit que la médiation doit intervenir rapidement, parfois c'est trois ou quatre ans après les faits.

L'analyse des décisions à la fois judiciaires et des accords de médiation montre que les salariés sont gagnants paradoxalement. Ils obtiennent autour de 65 % à 70 % de leurs demandes, ce qui montre que la médiation ne se fait pas au détriment des droits.

Tout bon médiateur doit dire aux personnes, dès qu'elles parviennent à un accord : « Allez voir un conseil, comme cela a été dit tout à l'heure, pour savoir si cet accord se fera au détriment de vos droits ou de vos besoins. »

Maître Carine DENOIT-BENTEUX, avocate

Je suis très attachée à la présence du juge à l'issue du processus de médiation. C'est l'ombre portée du juge. La présence du juge à l'issue de la médiation est tout à fait essentielle.



TABLE RONDE



TABLE RONDE

3

LES FRONTIÈRES MOUVANTES DES PROFESSIONS JUDICIAIRES

M. Harold EPINEUSE, secrétaire général adjoint de l'IHEJ

Je suis ravi d'être ici. Merci de votre invitation.

Je vous invite à reprendre notre voyage à travers les frontières du droit avec cette troisième et dernière table ronde : les frontières mouvantes des professions judiciaires. Je trouve étrange l'expression « frontières mouvantes ». N'attend-on pas d'une frontière qu'elle fixe, fige, marque une limite qui sert de repère ? Le paradoxe que pose ce titre et que nous allons explorer est très intéressant.

Paolo NAPOLI, directeur d'études à l'EHESS enseigne l'histoire des catégories et des pratiques normatives. Après avoir travaillé sur les aspects juridico-politiques de FOUCAULT et sur la police en France et en Allemagne aux XVIII^e et XIX^e siècles, il s'est intéressé à d'autres sujets comme les racines canonistes et théologiques de la pratique gestionnaire. Actuellement il achève deux recherches : l'une sur le charisme et l'autre sur le cas judiciaire portant sur la notion de souveraineté mutilée.

« LE JUGE ET LE POLICIER : QUELLES PRÉROGATIVES ? UN DÉTOUR PAR GOETHE »

M. Paolo NAPOLI, directeur d'études, EHESS

Mon intervention porte sur une affaire qui a eu lieu en 1816 dans le grand-duché de Saxe-Weimar-Eisenach où règne le grand-duc Karl AUGUST. Ce grand-duc a fait éditer une charte constitutionnelle contenant certaines libertés accordées à la population. Quelques mois après sa publication paraît le premier numéro de la revue *Isis*, dirigée par un professeur d'anatomie, Lorenz OKEN, un esprit assez audacieux et provocateur qui décide immédiatement de fester la portée réelle de la liberté de la presse consacrée par la Constitution.

Quelques mois plus tard, la patience du grand-duc atteint ses limites. Il réclame l'intervention des autorités suprêmes de police qui veillent à la sûreté publique et demande simultanément l'avis de l'un de ses collaborateurs, le plus fidèle depuis toujours, à savoir GOETHE.

Toute une correspondance se développe entre les deux personnages et dans une lettre du 5 octobre, GOETHE explique pourquoi l'affaire *Isis* doit être traitée moins par l'application des règles de droit que par la voie policière.

Ce qui est intéressant, c'est qu'il n'y a pas, dans l'explication de GOETHE, la définition du portrait du policier ou du juge ; il n'y a pas de type idéal déterminé. Le raisonnement se

développe à partir d'argumentations pratiques. Il y a véritablement un travail de terrain à partir de situations concrètes.

La question n'est pas nouvelle dans ce grand-duché d'Allemagne, puisqu'il y a eu un cas polémique, que vous connaissez sans doute davantage, une vingtaine d'années plus tôt. Il concernait la question de l'*Atheismusstreit* (la polémique sur l'athéisme) débattue au sein de l'université d'Iéna, avec le même enjeu et les mêmes acteurs institutionnels (le grand-duc et GOETHE), mais avec un autre inculpé : le philosophe FICHTE qui en 1794 avait été appelé à l'université d'Iéna où il donnait des cours qui lui valurent immédiatement la réputation de jacobin. Des bruits arrivèrent aux oreilles du souverain qui commença à se méfier du caractère quelque peu subversif des idées professées par FICHTE à l'égard de Dieu. Son conseiller particulier, GOETHE, se montra plutôt solidaire, à l'époque, de FICHTE. L'affaire frappa l'opinion publique et se termina cinq ans plus tard par le licenciement de FICHTE et par l'intimation aux professeurs universitaires d'éliminer de leurs cours tout passage susceptible de mettre en doute l'existence de Dieu.

Si l'on regarde toute cette correspondance qui se développe entre GOETHE et le grand-duc, on s'aperçoit que tout ce qui se joue là est une question de normativité, celle de la manière la plus adéquate de maîtriser la gêne occasionnée par la spéculation philosophique. La disproportion entre l'urgence du remède que l'effet contesté exige et la lenteur de l'appareil pénal est au centre de la polémique. D'après GOETHE, c'est toujours la voie la plus expéditive qui est préférée.

Comme dans l'affaire *Atheismusstreit*, il n'y a qu'une mesure convenable pour l'affaire *Isis* : celle de la police. La démarche juridique ou judiciaire et la démarche policière composent donc les deux facettes d'une rationalité gouvernementale qui se nourrit de cette disjonction complémentaire. La correspondance met certes en lumière les frontières, mais aussi la limite constitutive de la loi et de la dimension judiciaire. La voie policière, qui emprunte souvent la stratégie de la prévention, se retrouve face à une voie judiciaire qui intervient *ex post* pour sanctionner l'infraction.

Sur l'opportunité d'une intervention policière, GOETHE dit des choses qui sont dignes de la plus grande attention. Il regrette que toute cette affaire n'ait pas été gérée par la police, dont l'intervention prompte aurait étouffé l'audace intolérable que s'accorde la revue. Mais il est désormais trop tard et il faut trouver la bonne méthode pour désamorcer le conflit.

Il examine tout d'abord les trois mesures envisagées par le comité de notables auquel le président du *land* avait confié le dossier *Isis*. Quelles étaient les trois mesures possibles ? Rappeler à l'ordre le professeur OKEN qui dirige la revue. Menacer d'interdire la publication. Procéder par la voie judiciaire et satisfaire les droits des personnes lésées.

Dans le cas de la première mesure, le rappel à l'ordre, GOETHE précise que pour ce faire, il faut qu'OKEN soit physiquement présent devant le comité de notables investi de l'affaire. Mais cette seule éventualité fait immédiatement surgir une interrogation : comment le pas de convoquer ? *simplement ou manu militari* ? Et que faire si OKEN accepte de se présenter et si, grâce à son habileté rhétorique, ses mots se révèlent être particulièrement convaincants ? Comment devrait-on alors se comporter à son égard ? Tout le raisonnement de GOETHE est loin des raisons internes ou des principes. C'est une sorte de *phronesis* appliquée au cas concret, l'art de la prudence extrême.

La deuxième option prise en considération par GOETHE et envisagée par le comité de notables, c'est la menace d'interdire la publication. La préfiguration d'une telle issue serait-elle à même de faire changer de nature une revue qui se caractérise par son style extrême ? GOETHE n'y croit pas trop. La modération ne convient pas à une personne comme OKEN et à son organe, la revue, constitutivement voués à l'excès.

La question qui se pose est fondamentale d'un point de vue conceptuel parce qu'elle laisse des traces très fortes sur l'histoire très longue du droit constitutionnel. Pour exprimer cette impossibilité d'opposer une barrière à la folie, à l'absence de modestie, à l'imprudence, à l'absence de limites, à savoir des états d'esprit et des attitudes exorbitants et inapprivoisables, le conseiller GOETHE pose une interrogation à la fois simple et capitale en termes de rationalité normative. Il dit ces mots très importants : « Où trouver une mesure (*Maaßstab*) pour ce qui n'a pas de loi (*Gesetzlosigkeit*) ? » On a affaire à un objet qui ne tolère pas la loi. Comment le maîtriser et par quel instrument ? Il faut inventer un instrument ou le repérer s'il existe déjà.

Ce sont donc les faits, d'une certaine manière, qui déterminent la fonction régulatrice.

GOETHE est un fonctionnaire qui connaît bien les catégories du droit public de son temps. Il faut toujours se rappeler qu'il faisait partie du cercle des *Dichterjuristen*, des poètes juristes. GOETHE esquisse avec élégance la tension conceptuelle existante entre deux formes de normativité : la loi et la mesure. On pourrait même dire qu'à ses yeux, la mesure est l'épithète de la loi. Là où la force générale de la loi se montre incapable de faire régner l'ordre, c'est dans les potentialités de la mesure qu'il faut chercher les critères réglementaires ponctuels qui conviennent à la situation concrète. Quand on parle ici de mesure, ce n'est pas un concept idéal mais l'acte concret adopté pour dompter une situation autrement ingérable.

GOETHE écarte les arrangements et subtilités casuistiques pour ne parvenir qu'à une seule décision drastique :

l'interdiction de la publication. Il faut encore suivre ce raisonnement très intéressant, dans la mesure où GOETHE comprend que la menace reste un remède interlocutoire et donc inefficace. Si la revue est destinée à survivre, qui pourra vérifier, se demande GOETHE, qu'elle respecte les bonnes mœurs et ne franchit pas les limites du supportable ? Et que faire en cas de *crescendo* et si un esprit rusé et brillant comme OKEN utilise un style ironique qui déguise bien le caractère insultant de son propos ? L'effet nuisible se produit et les personnes insultées risquent de ne pas avoir les appuis légaux pour se plaindre. GOETHE imagine toujours la situation où le droit n'a pas de prise sur les personnes. Dans ce vide normatif où les limites de la loi peuvent être totalement démontrées et où le juge n'a pas les moyens d'intervenir, qui doit faire régner l'ordre et faire la justice complète ?

La déficience du droit devant ces stratégies dialectiques est flagrante et GOETHE semble s'acharner avec plaisir à la démasquer. Il s'agit d'intervenir sur ce terrain laissé vacant par les catégories juridiques et de le baliser à coups d'autorité en anticipant les événements. La sanction préventive devient donc la solution la plus judicieuse, peut-être pas la plus juste, sinon l'entière assise socio-politique du *land* sera ébranlée par les attaques d'OKEN, car ses collègues et finalement le souverain lui-même et sa famille ne resteraient pas à l'abri de sa critique iconoclaste. GOETHE dit qu'il faut adopter la mesure (*Maaßregel*) qui méritait d'être prise déjà au début de cette histoire : la revue doit être aussitôt arrêtée.

Nous voyons bien qu'il y a une certaine sagacité métrique du contenu de GOETHE, qui parle toujours de mesure, de *Maaßregel*, de *Maaßstab*, qui affleure de nouveau à la surface de cette prose bureaucratique. Il n'y a qu'une mesure de l'exécutif qui soit à même de remédier à la situation, car c'est précisément d'un antidote médical, voire chirurgical, qu'il s'agit. Tout le discours de GOETHE emprunte d'emblée une tonalité organiciste qui le pousse même vers des considérations pour ainsi dire hormonales sur la nature de la « mesure » préconisée, à savoir l'interdiction de la publication. Il arrive même à faire figurer des prérogatives sexuées de la police – il y a là une autre frontière dans la frontière – qui est l'institution chargée naturellement de la tâche, qui sont revendiquées avec une certaine conviction. Il dit : « Il ne faut pas craindre les conséquences d'une démarche virile (*männlichen Schrittes*), d'une décision radicale. Seulement à cette condition aura-t-on le sentiment d'avoir opéré d'une manière juste, l'hésitation étant toujours gênante. En interdisant la revue, on estompe l'hémorragie. L'amputation d'une jambe est plus virile qu'une mort lente. »

Police virile et coupe chirurgicale, voilà le dispositif pour désamorcer le cas *Isis*. La préoccupation majeure dans l'esprit de GOETHE, qui une fois de plus raisonne en gestionnaire plutôt qu'en homme de droit, consiste à réduire l'impact public du cas et à favoriser ainsi un oubli rapide. En fait sa stratégie consiste à savoir comment esquiver le tribunal. À quoi bon troubler la tranquillité d'une population traditionnellement obéissante aux ordres éclairés du grand-duc en amplifiant des événements qui pourraient altérer les

esprits ? Il faut éviter le scandale, ne pas mettre en place un système judiciaire avec tous ses formalismes et surtout tout son système de publicité.

Une option consisterait à se situer du côté de la position individuelle – OKEN, la revue – selon la chaîne sujet-droit-procès. L'autre option, souhaitée par GOETHE, est celle qui vise le bon ordre de la population selon la chaîne collectivité-police-gouvernement. Si le second terme de l'alternative est viril, le premier est plutôt timide et circonspect. C'est ce que GOETHE identifie comme l'*Ängstliche Rechtliche*, c'est-à-dire le droit freiné par la peur. Pour GOETHE, il s'agit d'éviter la transformation du scandale académique en différend judiciaire. Il raisonne une nouvelle fois en termes préventifs et, en imaginant toute la situation, dit qu'il ne faut pas arriver jusqu'au juge, mais trouver une autre solution pour régler l'affaire. Il préconise une allure masculine incarnée par la police, alors que la justice, par son féminin éternel tranche le cas sans pour autant résoudre le problème. C'est la raison pour laquelle il écarte avec fermeté la troisième hypothèse envisagée par le comité de notables, à savoir la saisie du tribunal.


Donc, en essayant de minimiser l'affaire par son expulsion du champ de visibilité dans lequel un procès quelconque, universitaire ou judiciaire, l'aurait projetée, GOETHE dénonce la portée non mesurable selon les paramètres ordinaires du droit.

Il conclut en disant que ce n'est sûrement pas une question de droit (*Keineswegs ist es eine Rechtssache*) et qu'elle ne doit pas le devenir. Comment pourrait-on désapprouver le refus du juge de la part d'un tribunal éloigné, étranger au contexte des événements ? C'est une affaire de police qui doit être évaluée et résolue sur place.

J'attire l'attention sur le cas récent, qui a des analogies frappantes, de l'acteur allemand Jan BÖHMERMANN, auteur d'un poème satirique, datant de quelques mois, contre le président turc ERDOGAN et les réactions de ce dernier qui s'appuie sur le paragraphe 103, qui remonte au XIX^e siècle, du Code pénal allemand, qui punit les offenses aux chefs d'États étrangers. Ainsi, ERDOGAN a demandé au gouvernement d'Angela MERKEL d'appuyer sa demande d'être indemnisé. Cela a été fait et Angela MERKEL, pour justifier sa position, a dit que dans un État de droit, ce n'est pas au gouvernement mais aux tribunaux que revient la tâche de peser les droits individuels et les libertés de l'art. Le dernier mot revient à la justice et non à l'exécutif. C'est l'inverse de ce que disait GOETHE deux siècles plus tôt.

Pour conclure, selon GOETHE, ce n'est pas à l'autorité gardienne des lois qu'il appartient de traiter ce problème. Au fond, c'est plutôt une question de contrôle du territoire et de la population, et il n'y a qu'une force compétente : la police. Le pragmatisme administratif du conseiller propose en définitive de laisser décanter les choses. Il faut ignorer OKEN et interdire d'office à l'imprimeur la fabrication de la revue. La vigilance de la police empêchera que des cas semblables puissent se reproduire à l'avenir.

À travers cette affaire qui n'est pas un cas judiciaire, il est très intéressant de noter que la dimension policière et la dimension de la justice ne sont pas déterminées de façon abstraite. Là où il y a des sujets qui se rebellent vis-à-vis de la loi (*Gesetzlosigkeit*), qui ne tolèrent pas d'être soumis à la loi, il faut inventer les moyens adéquats, à savoir la mesure de police, c'est-à-dire l'application, de manière inductive, d'un terme normatif au réel, en fonction de ce que le réel exige et non pas en fonction d'un principe qui s'applique au réel.

 M. Harold EPINEUSE, secrétaire général adjoint de l'IHEJ

Avec cette analyse des fonctions de « la » juge et « du » policier, cet évitement du droit et du juge, on découvre un GOETHE conseiller du prince, poète, juriste et aussi sociologue du droit.

Sans plus tarder, je vais donner la parole, à Antoine VAUCHEZ, directeur de recherche au CNRS et au Centre européen de sociologie et de science politique, au laboratoire de l'université Paris 1, Sorbonne, EHESS. Vos travaux se situent au croisement de la sociologie politique et de la sociologie du droit. Vous avez travaillé sur les rapports entre la justice et la politique en Italie, sur les politiques de réforme de la justice en France. Vous terminez actuellement un ouvrage tiré d'un rapport de la Mission de Recherche Droit et Justice sur la relation entre barreaux d'affaires et élites politico-administratives. C'est justement le sujet de votre intervention.

« AVOCATS-HOMMES POLITIQUES : DES FRONTIÈRES POREUSES »

 M. Antoine VAUCHEZ, directeur de recherche, CNRS, université Paris 1, EHESS

Cette recherche soutenue par la Mission Droit et Justice se situe tout à fait dans la question des frontières, une frontière sur laquelle on n'a pas l'habitude de porter le regard, qui est celle entre le barreau et les élites politiques et administratives. On en a un peu parlé récemment, entre la période allant de l'affaire WOERTH-BETTENCOURT jusqu'à l'affaire CAHUZAC ou dans une série de discussions ayant émergé autour de la question du conflit d'intérêts. C'est la question du passage d'un ensemble d'hommes politiques et de très hauts fonctionnaires au barreau de Paris et au barreau des Hauts-de-Seine, tels que Jean-François COPÉ, Dominique DE VILLEPIN, Rachida DATI, Dominique PERBEN, Hubert VÉDRINE et bien d'autres.

Si on y regarde de plus près, on s'aperçoit que c'est tout un segment des élites politiques administratives qui passe, depuis une vingtaine d'années, dans les grands cabinets parisiens de droit des affaires. Ce sont des anciens présidents de section du Conseil d'État, des secrétaires généraux de l'Élysée, de Matignon, des anciens ministres de l'Économie, de la Justice, des jeunes maîtres de

requêtes au Conseil d'État, des conseillers référendaires à la Cour des comptes, des hauts fonctionnaires du ministère de l'Économie, notamment du service de la législation fiscale, des membres des cabinets ministériels et aussi des fonctionnaires des nouvelles agences de régulation des marchés qui se sont multipliées depuis une vingtaine d'années. C'est toute une frange de l'élite qui rejoint aujourd'hui des cabinets d'avocats et essentiellement ce que l'on pourrait appeler des *law firms*, car construites sur le modèle des cabinets d'affaires américains. Dans les milieux de la justice, ce sont des noms que l'on connaît tels que Cleary Gottlieb, Gide Loyrette Nouel, August & Debouzy, Darrois, Veil Jourde, CMS Lefebvre, etc.

En soi la chose est intrigante parce qu'on imaginerait plutôt une circulation au sein de la justice, par exemple de magistrat à avocat. Mais cette circulation est en réalité très secondaire.

C'est aussi intrigant car si on se réfère au début des années 1990, les rapports entre le barreau et les élites politiques et administratives, les points d'intersection et la circulation entre ces deux espaces sont pratiquement inexistantes. D'abord parce que cela fait longtemps que la République n'est plus celle des avocats, que le barreau n'est plus une filière de recrutement de l'élite politique. Donc, cette filière s'est tarie dans une certaine mesure. Si l'on regarde la composition des cabinets ministériels, les chiffres indiquent seulement 2 % à 5 % d'avocats. Inversement, les mouvements de la haute fonction publique vers le secteur privé, qu'on appelle les pantouffages, s'orientent davantage à ce moment-là et encore aujourd'hui vers les grandes entreprises et banques proches de la commande publique ou de secteurs stratégiques.

Ma curiosité a été piquée par ce phénomène. Un projet initialement assez modeste visait à se demander simplement qui étaient ces hommes politiques, ces hauts fonctionnaires. On voyait bien que le prisme du conflit d'intérêts avait en quelque sorte orienté le projecteur médiatique sur un certain nombre de hautes figures et de personnalités politiques de premier rang. Assez rapidement on voit que cela touche des segments plus larges des élites, notamment administratives.

En constituant une base de données de l'ensemble de ces « transfuges », je me suis rendu compte que c'était un phénomène assez diffus. Sur vingt ans, j'ai réuni 250 cas de hauts fonctionnaires et d'hommes politiques, définis comme députés ou ministres, ayant rejoint le barreau d'affaires. En mettant bout à bout ces trajectoires reconstituées, on voit émerger un espace social total d'une circulation entre le public et le privé et quelque chose qui est en quelque sorte relativement invisible, à savoir un espace frontière entre le public et le privé, une zone de contiguïté aux frontières de l'État, assez nouvelle, où le droit et notamment le barreau d'affaires fait figure d'espace carrefour entre l'État et le marché. C'est une réflexion sur cette frontière du public et du privé.

Pour repartir de l'origine de cette circulation, il convient de savoir qu'un décret de 1991 ayant fait suite à la fusion de

la profession d'avocat et de conseil juridique permet, par voie dérogatoire, à des fonctionnaires de catégorie A ou assimilés de rejoindre sans examen le barreau, à condition d'avoir rempli huit années d'activité juridique.

L'interprétation faite par le barreau, notamment celui de Paris, est que « fonctionnaire de catégorie A » signifie aussi homme politique et que huit années d'expérience juridique peut vouloir dire aussi travailler à la Commission des lois de l'Assemblée nationale ou du Sénat.

Finalement, ce qui devait être une passerelle relativement étroite finit par être un pont assez large, d'autant que la condition de diplôme en droit a été interprétée de manière extensive, permettant à des diplômés de gestion ou de science politique et à des économistes de rejoindre également le barreau.

En regardant la manière dont cette passerelle a été empruntée, on se rend compte que le phénomène a progressivement monté en puissance. Jusqu'aux années 1990 et avant le décret passerelle, on a un « transfuge » par an. Le nombre passe à six dans les années 1990, puis à dix par an dans les années 2000. Il y a un pic pendant le mandat de Nicolas SARKOZY, avec treize « transfuges » par an. Ce nombre peut paraître relativement limité au regard des grandes masses que constituent les associés du barreau de Paris et l'effectif des élites politiques et administratives françaises. Mais ce chiffre est largement sous-évalué et sans doute incomplet, car nous n'avons pas bénéficié du concours du barreau de Paris pour nous communiquer les données.

L'extension de ce phénomène à la fois en termes numériques et de domaines du droit est progressive. Ce ne sont plus essentiellement des fiscalistes de l'État, comme au départ, qui vendent leurs compétences fiscales à des cabinets d'avocats, mais cela touche désormais le domaine de la concurrence, des partenariats publics-privés, des opérations financières et boursières de l'État qu'il faut encadrer juridiquement, et l'arbitrage.

Ce chiffre doit aussi être apprécié en fonction de la position centrale dans l'État qu'occupent ces 250 personnes : 117 énarques, 89 anciens membres de cabinets ministériels, 47 députés anciens ou actuels, 35 anciens ministres, 30 directeurs d'administrations centrales, 29 anciens directeurs de cabinets ministériels, 8 anciens présidents et secrétaires généraux de partis politiques, 6 anciens secrétaires généraux ou adjoints de la Présidence de la République. Certains d'entre eux ont pu occuper plusieurs de ces fonctions.

De même, si on essaye de situer le groupe dans l'État, il se trouve dans une position charnière, au cœur de la régulation juridique de l'économie : 26 % d'entre eux sont passés par un ministère économique, 15 % par les agences de régulation, 20 % par des positions économiques ou de cabinet à la Commission européenne comme la DG concurrence, et aussi d'importantes positions dans l'état-major de l'État comme des directions de cabinet, le secrétariat général de la Présidence mais aussi le Conseil d'État pour 28 % d'entre eux.

On peut parler de position charnière, car la position qu'ils rejoignent au sein du barreau, pour la majorité d'entre eux, se trouve à l'intérieur du barreau d'affaires, pôle très particulier du barreau de Paris. Rares sont ceux qui comme JOXE ont rejoint le barreau pour y pratiquer simplement le travail de commis d'office par exemple. Il s'agit donc d'un espace social très particulier et non pas d'un pantouflage à l'ancienne de ces hauts fonctionnaires qui rejoignent les secteurs sur lesquels l'État, dans l'économie, dispose d'une sorte d'emprise et a des relations étroites avec ce pôle de l'entreprise.

De quoi ces circulations sont-elles le nom ? À quoi tient cet intérêt des cabinets d'avocats pour ces profils ? Et comment expliquer que ces univers jusque-là assez distants se soient rencontrés ?

Je tire différents fils pour essayer de donner un sens à cette convertibilité des profils politiques et administratifs dans le barreau d'affaires.

Le premier est l'émergence, au sein de l'État, de ce qu'on pourrait appeler un droit public des affaires, mais un droit qui n'est ni seulement public ni seulement privé, qui emprunte beaucoup au droit de la concurrence, au droit européen qui est justement un droit hybride ne pouvant être classé uniquement du côté public ou privé. Si je parle de cela à propos de l'État, c'est pour évoquer notamment les nouvelles formes d'intervention à travers les agences de régulation qui sont précisément des organismes frontières (l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers) qui ont construit leur légitimité en s'appuyant sur les professionnels des secteurs qu'elles prétendaient réguler, en intégrant au sein de leur personnel des opérateurs de ces secteurs. La procédure auprès de ces autorités de régulation était judiciaire et les avocats étaient donc les premiers porte-parole des entreprises au sein de ces agences.

Le deuxième élément de ce droit public des affaires est le recours croissant de l'État à des conseils juridiques privés, surtout pour les partenariats publics-privés, mais aussi pour toutes les opérations financières et boursières de l'État à travers l'Agence des participations de l'État, à travers la Caisse des Dépôts. Pour montrer que l'État agit comme les autres opérateurs, il s'appuie sur un ensemble de conseils bancaires, juridiques qui permettent de crédibiliser sa position d'acteur de marché. Ce premier fil montre l'entrée des avocats dans les franges poreuses de cet État régulateur comme on dit en science politique.

À côté de ce droit public des affaires émerge un droit des affaires publiques, à savoir que toutes les grandes opérations actuelles des entreprises (les cessions, fusions et acquisitions, les entrées sur de nouveaux marchés) sont dans une large mesure des batailles juridiques qui se jouent devant une multiplicité de personnes publiques comme la DG concurrence, l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers, le pôle financier du parquet de Paris, la chambre de régulation économique de la cour d'appel de Paris, voire aujourd'hui le droit constitutionnel.

À travers cette multiplicité de personnes publiques régulant les marchés, la capacité à pouvoir conseiller les entreprises, à maîtriser ces différents espaces de réglementation publique, à accompagner l'entreprise depuis le *lobbying* parlementaire jusqu'aux QPC devant le Conseil constitutionnel, à pouvoir les accompagner à Bruxelles comme dans les couloirs du Parlement, est devenue un élément essentiel à la fois du pouvoir de marché que les entreprises sont capables de conquérir et aussi, par voie de conséquence, du travail des avocats qui les accompagnent dans ces démarches. De fait, ils se sont dotés au fur et à mesure d'une expertise publique dont l'un des grands pôles est constitué par les cabinets d'avocats.

C'est à la croisée de ces deux mouvements, d'un côté le droit public des affaires, cette transformation des formes d'intervention de l'État dans l'économie qui s'appuient de plus en plus sur des acteurs privés mais aussi sur les cabinets d'avocats, et de l'autre côté le droit des affaires publiques, c'est-à-dire tout le travail d'influence à faire pour accompagner désormais les entreprises auprès d'une multiplicité d'acteurs publics, que se construit cet espace brouillé des frontières du public et du privé.

D'une certaine manière, toutes les politiques publiques qui ont contribué à contractualiser, à sous-traiter, à judiciariser l'action publique dans le domaine économique ont contribué à élargir cet espace brouillé qu'on pourrait dénommer champ de l'intermédiation du public et du privé. C'est dans ce champ que se situent et qu'évoluent particulièrement ces avocats fonctionnaires.

Concernant la manière dont ils fonctionnent à l'intérieur de ces cabinets d'avocats d'affaires, ils sont naturellement ceux qui occupent les fonctions publiques dans les cabinets privés. Ce sont eux qui créent les départements *Compliance and Regulation*, droit public. Tout semble en quelque sorte marquer la continuité entre les fonctions qu'ils occupaient dans l'État et celles qu'ils occupent à l'intérieur des cabinets. L'ancien secrétaire général de la présidence de Jacques CHIRAC, Frédéric SALAT-BAROUX, s'occupe aujourd'hui de *French Public Law and Government Affairs Practice*. L'ancien conseiller référendaire à la Cour des comptes, Laurent DERUY, intervient chez Gide dans le secteur Gouvernement et Secteur Public comme conseiller régulier de la Caisse des Dépôts, de la SNCF, des Voies Navigables de France, etc. Ils sont en quelque sorte les *leaders* naturels de ce droit public des affaires au sein des cabinets et défendent un ensemble d'entreprises publiques et d'établissements publics, de ministères ou de gouvernements, notamment du côté africain.

Il est intéressant de voir que cette expérience au sein de l'État n'est pas cachée. Au contraire, elle fait partie intégrante de leurs états de services. Le lien est fréquemment marqué symboliquement sur la carte de visite, même si cela n'est pas toujours autorisé, et indique par exemple « Avocat à la Cour, ancien élève de l'ENA, *partner*, ancien ministre ». De fait, les liens sont maintenus avec l'État, qui fait tendanciellement appel à eux pour peupler toutes ces commissions qui se constituent autour des ministères économiques ou dans les groupes de travail

des agences de régulation. On aura davantage tendance à appeler les avocats fonctionnaires que les avocats purs, mais il faut toujours des avocats dans ces groupes de travail. De ce point de vue-là, ils maintiennent un rapport privilégié à l'État.

Ces avocats fonctionnaires pensent aussi leur métier comme une continuation de leur vocation publique par d'autres moyens. L'un de mes interlocuteurs, énarque issu d'un grand corps, me disait avoir le sentiment de défendre l'intérêt général dans le privé. Ainsi en est-il de ce cabinet d'avocats qui ne cesse d'énumérer sur son site ses expériences dans la haute administration, au Parlement et dans les collectivités locales, et qui finit par définir son métier d'avocat comme celui d'auxiliaire du service public en ce qu'il privilégie, en matière de conseil, un rôle d'aide à la décision publique. Comme me le disait ce conseiller d'État, ils continuent à conseiller l'État mais de façon plus efficace, voire de jouer comme lobbyistes à Bruxelles une fonction de service public.


Pour conclure ce bref relevé topographique, j'ai pu tirer quelques fils, mais on peut en tirer d'autres, sur ce que ces quelques circulations révèlent de transformations plus profondes. Voici deux éléments de conclusion.

Le premier est que la mue libérale, régulatrice, de l'État depuis une vingtaine d'années n'a pas, comme cela avait été avancé par les tenants de ces politiques, clarifié les rôles respectifs du marché et de l'État. Ce qui est frappant au contraire, c'est que la zone de contact entre les personnes publiques et le marché n'a jamais été aussi importante, puisque désormais les institutions publiques sont la cible privilégiée de la concurrence que se livrent les entreprises parce que c'est là que se construit justement le pouvoir de marché de ces dernières dans leurs conditions d'accès et dans les contours de ces mêmes marchés.

Le deuxième concerne la catégorie par laquelle on saisit en général cette circulation, à savoir la catégorie du conflit d'intérêts. Cette catégorie est certainement utile d'un point de vue juridique ou judiciaire, mais passe à côté du caractère systémique de ce brouillage. En fait, c'est le mode ordinaire de fonctionnement de l'État qui produit ce brouillage, du moins dans son pan économique, dans ses modes d'intervention et ses rapports avec l'économie. Toujours pour critiquer ce prisme du conflit d'intérêts, cette frontière du public et du privé n'est pas simplement technique, juridique, professionnelle, mais d'un point de vue normatif, c'est aussi là que se définit l'espace légitime du bien commun, ce que circonscrit le terrain d'expansion de la volonté générale, et dès lors aussi des formes de procédures de délibération et de prise de décision qui sont forcément distinctes et ainsi également d'un espace d'efficacité des contrôles parlementaires ou administratifs, car c'est jusqu'à cette frontière-là que peut jouer le contrôle.

Je conclus sur cette catégorie qu'utilise Pierre LASCOUMES de « trous noirs du pouvoir » parce que d'une certaine manière, avec ces zones grises qui se construisent justement dans l'angle mort des contrôles parlementaires

et bureaucratiques, on se situe peut-être aux frontières de la démocratie et c'est pourquoi aussi elles sont intéressantes à étudier.

 M. Harold EPINEUSE, secrétaire général adjoint de l'IHEJ

L'exemple que vous évoquez témoigne d'un désir de frontière mouvante entre ces deux territoires, pour accélérer la circulation des savoirs, des expériences ou des intérêts bien compris.

Notre troisième intervention traite de l'entrée de la gestion et du management au tribunal, avec la diffusion plus insidieuse, peut-être inévitable d'un modèle de performance appliqué à la justice. Puisque la question est un peu polémique, nous allons prendre l'exemple belge. Frédéric SCHOENAERS, vous êtes docteur en sociologie de l'Institut d'études politiques de Paris, professeur de sociologie des organisations à l'université de Liège, doyen de la faculté des sciences sociales de la même université. Vos domaines de recherche sont les suivants : l'impact de la nouvelle gestion publique sur les organisations et les professions judiciaires, l'analyse des politiques publiques judiciaires et de la santé, et les transformations de l'action de l'État. Parmi vos derniers travaux, je cite cet ouvrage collectif paru aux Presses Universitaires de Rennes : *Justice ou précipitation. L'accélération du temps dans les tribunaux*.

« QUAND LE MANAGEMENT ENTRE AU TRIBUNAL : QUELS EFFETS SUR LA JUSTICE ? »

 M. Frédéric SCHOENAERS, professeur, université de Liège

Par managérialisation, on entend de manière générique la volonté ou le souhait d'introduire des préoccupations de type organisationnel, gestionnaire, budgétaire au sein des tribunaux, lorsqu'on parle du siège, avec la perspective d'améliorer les performances du fonctionnement organisationnel, que ce soit en matière de qualité du service rendu ou en matière d'efficacité, c'est-à-dire d'utilisation des moyens publics mis à la disposition de la justice.

Dans cette perspective, on tente de faire cohabiter une rationalité de type juridique classique présente au sein des juridictions, des tribunaux, et une rationalité managériale qui relèverait plutôt des grands classiques utilisés au sein du secteur privé, puisque le *new public management* consiste basiquement à importer dans le secteur public des outils de gestion du secteur privé.

Il est intéressant de discuter de cette évolution-là en Belgique, parce qu'à partir de 2008, il y a eu à ce sujet un véritable effet d'emballage observable au sein du paysage judiciaire et politique belge. Le phénomène s'est accéléré et toutes les dimensions de la vie des juridictions sont touchées. Ainsi, on va reconsidérer la carte judiciaire belge, réorganiser des structures, en créer de

nouvelles, mettre en place une nouvelle GRH au sein de l'ordre judiciaire et reconsidérer aussi toutes les questions budgétaires. Après quelques années d'observation de cet emballement de la managérialisation de la justice belge, on peut se demander quels sont les effets induits que l'on peut observer.

Nous ferons un bref retour sur l'histoire de l'introduction du nouveau management public dans la justice belge. Puis nous verrons quels sont les impacts présents ou à venir à la suite de la grande réforme managériale de 2013/2014. Il s'agit d'une première analyse exploratoire qui repose sur la réalisation d'une trentaine d'entretiens semi-directifs avec des cadres de toute une série de tribunaux belges, la réalisation de deux focus groupes et une analyse documentaire.

Avant 1996, la question managériale, ne se pose pas dans la justice belge. Celle-ci vit protégée de toute velléité du politique qui consisterait à essayer de la stimuler à entrer dans des réflexions de type managérial. En Belgique, la justice est un pouvoir au sens premier du terme – c'est le troisième pouvoir à côté de l'exécutif et du législatif – et a donc un statut d'indépendance reconnu par la Constitution.

Qui plus est la Belgique est un pays consensualiste, c'est-à-dire qu'il repose sur des piliers philosophiques, un pilier laïque et un pilier confessionnel. Les élites politiques issues de ces piliers délèguent à des élites, dans les différents secteurs, la fonction de gérer ce secteur de manière autonome. Il y a une distance au pouvoir central politique qui crée un terreau favorable à ce que la justice se développe de manière très autonome. Par conséquent, les intrusions qui auraient consisté à tenter d'introduire au sein de la justice des éléments qu'elle ne souhaitait pas ont été purement et simplement rejetées pendant des années.

En 1996 on connaît un premier basculement : la justice belge a vécu une crise de légitimité profonde avec l'affaire DUTROUX, de sinistre mémoire. Cette crise de légitimité a émergé du fait que la crise DUTROUX est le catalyseur de toute une série de critiques sociétales, politiques et médiatiques à l'égard des dysfonctionnements de la justice qui étaient déjà là mais qu'on parvenait à cacher. Avec l'affaire DUTROUX ils éclatent au grand jour et on observe l'émergence d'un discours politique très intrusif sur la nécessité d'observer une justice qui se réforme, qui se réorganise et qui renforce son profil d'administration, de service public.

Pour ce faire, le politique va développer quelques dispositifs, mais tâtonne véritablement à l'égard de la justice. Il s'agit de la mise en place de mandats pour les chefs de juridiction, du développement de la statistique judiciaire, de l'obligation pour chaque juridiction et chaque service du ministère public de produire annuellement un rapport d'activité, voté par l'assemblée générale des magistrats. Il y a donc une volonté d'impliquer tout un chacun dans les questions gestionnaires.

On observe néanmoins que ces différents dispositifs sont peu guidés dans leur mise en place et ont peu de substance.

Peu de procédures concrètes sont mises en place pour infléchir véritablement l'action des juridictions. En même temps, peu de moyens sont investis. La crise budgétaire était déjà là alors qu'on était douze ans avant 2008. Quoiqu'il en soit, les finances de l'État n'ont permis d'investir que peu de moyens additionnels.

Cela donne l'impression d'avoir un management de type 1.0 fait de bricolages locaux au travers desquels les magistrats et chefs de juridiction tentent, sur leurs marges locales disponibles, de mettre en place de nouveaux modes de fonctionnement mais qui restent marginaux. En effet, une franche révolution n'a pas été observée, mais simplement une évolution.

Cette évolution aura quand même un effet induit premier qui est la pénétration dans toutes les strates des organisations de la rhétorique managériale. À partir de 1996 et dans les années qui suivent, il devient rare d'entendre un magistrat dire qu'il rejette l'idée d'une réforme parce que finalement cela fonctionne bien ou parce que pour lui, améliorer la qualité n'a pas de sens. Ce discours a percolé dans les différentes strates organisationnelles.

On passera du côté sombre de la force à partir de 2008. En effet, autant le management 1.0 était fait de bricolages locaux qui ne brouillaient pas les frontières entre les différents pouvoirs présents en Belgique, notamment le judiciaire, l'exécutif et le législatif, autant à partir de 2008 la donne va changer puisque sous l'égide du ministre DE CLERCK, le projet dit Atomium avait pour ambition de tracer les contours d'un nouveau paysage judiciaire.

La donnée de départ émise par le ministre consiste à dire que la part du budget public attribuée à l'ordre judiciaire est faible mais qu'elle est maintenue, et qu'avec cette enveloppe budgétaire, il convient d'améliorer les performances. Il s'agit d'activer la rhétorique managériale et ses dispositifs pour tenter une réorganisation.

La grande réforme du paysage judiciaire belge comporte trois pans essentiels.

Le premier pan, que la France a connu 25 ans avant la Belgique, est une fusion des arrondissements judiciaires, une réforme de la carte judiciaire dans la perspective déclarée de réaliser des économies d'échelle, notamment par un principe de spécialisation des magistrats. Avoir un magistrat spécialiste en droit fiscal sur trois petits arrondissements judiciaires est plus rentable que d'avoir trois magistrats dans trois arrondissements différents. Ce but est bien de faire du *case management* pour dégager des économies d'échelle, mais aussi à terme de supprimer des lieux de justice pour supprimer les coûts afférents.

Le deuxième pan de la réforme est l'introduction d'une logique de flexibilité beaucoup plus grande pour le personnel. Que ce soit pour le siège ou pour le ministère public, les magistrats sont à présent nommés à l'échelle du ressort de la cour d'appel, même si après on les bascule dans un tribunal donné pour le siège. Au cours de leur carrière, ils peuvent être rebasculés dans les autres tribunaux du même ressort de la cour d'appel, ce qui peut induire

des distances importantes. Le rapport à la mobilité n'est pas le même qu'en France. En Belgique, on est davantage sédentaire.

J'en arrive au morceau de choix, le troisième pan de notre réforme : la mise en place de contrats de gestion entre le monde politique et les tribunaux dans la perspective de mener à bien l'allocation des ressources aux entités judiciaires en échange de la prestation d'une série de missions pour atteindre des objectifs prédéfinis.

Pour ce faire, le monde politique a mis en place deux nouvelles structures : le collège des cours et tribunaux et le collège du ministère public. Au niveau de leurs organes de gestion, ces deux collèges sont composés de magistrats issus du pilier du siège et du ministère public et des différents types de juridictions ou d'entités qui les composent. Ce sont donc des représentants des cours d'appel, des tribunaux de première instance, des tribunaux du travail, des tribunaux du commerce, qui représentent leurs pairs au sein, par exemple, de ce collège du siège. Ils se voient investis de la mission de gérer les moyens et les enveloppes budgétaires que le politique va leur allouer en les redistribuant aux différentes entités qui composent leur domaine de compétence.

Pour ce faire, les deux collèges devront, dans un premier temps, négocier avec le monde politique une enveloppe budgétaire couvrant les besoins pour remplir les missions. Un contrat est passé au sommet entre le politique et chaque collège obligeant les deux parties : la première à verser une enveloppe budgétaire, la seconde à atteindre des objectifs prédéfinis. Dans un deuxième temps, chacun des deux collèges va négocier avec toutes les entités dont la responsabilité leur échoit un second contrat de gestion qui prévoit les moyens que le collège va allouer à une entité donnée en échange de la réalisation d'une série de missions, la principale d'entre elles consistant à dire le droit dans les litiges portés devant les juridictions.

Un double mécanisme de contractualisation est ainsi mis en place. Il pourrait être très alléchant si nous étions dans une économie d'abondance. Mais dans une économie de la pénurie, la magistrature s'est entendu dire que les enveloppes qui allaient être négociées à la justice le seraient à hauteur de 90 % du budget de l'État alors alloué à la justice.

On commence par un déficit de 10 % qu'il faudra gérer en interne par la suite. On essaye de raboter dans tous les postes budgétaires de la justice. L'orientation donnée à la managérialisation va vers la rationalisation, la performance budgétaire et financière au travers de mécanismes organisationnels qui doivent la servir. Le discours autour de la qualité de la justice reste très prégnant dans le politique, mais les moyens pour y parvenir sont réduits.

Voici un bilan intermédiaire analytique de cette phase de managérialisation de type 2.0. Premièrement, la fusion entre les tribunaux et les juridictions est très peu guidée, laissant apparaître un très fort émiettement de l'action sur le territoire belge. Deuxièmement, la mobilité des magistrats semble, dans certains cas, réintroduire de l'arbitraire. On sert de la mobilité forcée comme un outil de sanction et

de récompense. De fortes incertitudes apparaissent sur la gestion autonome parce que les magistrats belges ne sont pas formés, n'ont aucune connaissance de la gestion des finances publiques. Ils vont devoir procéder à la reddition de comptes. Donc la responsabilité et le statut sont en cause. Le tout se fait en complément de dispositions légales nouvelles pour la diminution des délais qui ajoute une couche de pression supplémentaire sur les juridictions en matière de réorganisation et de processus cette fois juridiques.

Fondamentalement se pose aussi la question de l'autonomie de la justice. Un fort brouillage apparaît puisque derrière le terme « autonomie » qui devrait garantir l'indépendance, il y a des mécanismes insidieux et cachés qui dénotent une mainmise du politique sur la justice. Par exemple, dans les conseils de gestion des deux collèges, il y a des commissaires du gouvernement qui sont là pour vérifier au jour le jour la bonne exécution du contrat de gestion passé entre la justice et le politique.

Des confusions résultent de la mise en compatibilité de la rhétorique managériale et de la rhétorique juridique classique. N'y a-t-il pas une confusion qui apparaîtrait entre vitesse et précipitation ? La justice ne devient-elle pas parfois expéditive au nom du souhait d'être plus performant ?

La deuxième confusion est la suivante : n'apparaît-il pas un paradoxe entre volonté d'autonomie et mise en compétition des juridictions ? Si un gâteau est à partager, il y aura 49 entités qui devront négocier leur propre enveloppe. N'y a-t-il pas un risque de basculer dans des jeux de pouvoir, dans des rapports de force entre juridictions dans la course aux moyens alloués par les collèges ?

N'y a-t-il pas une confusion entre le mandat donné à un magistrat chef de juridiction pour mener à bien une gouvernance organisationnelle responsable et le fait de lui donner carte blanche pour atteindre coûte que coûte ses objectifs, avec le spectre du retour d'un arbitraire dans la gestion locale ?

N'y a-t-il pas une confusion entre un objectif de saine gestion qui me paraît être un défi démocratique pour la justice comme pour la santé ou tout autre secteur public, et un contrôle abusif par le politique ? Ne devrait-on pas être capable de déléguer la responsabilité avec un contrôle a posteriori à la place des commissaires de gouvernement présents en permanence, avec le spectre d'une rupture de la séparation des pouvoirs ?

N'y a-t-il pas une confusion qui pourrait apparaître également entre la figure du magistrat responsable avec sa conscience professionnelle et des préoccupations d'efficacité bien légitimes, mais qui pourraient toutefois trouver une forme d'exacerbation avec la figure du magistrat manager que le politique tente de vendre à l'heure actuelle ?

Enfin et pour terminer, n'observe-t-on pas l'apparition d'une confusion entre la maîtrise des coûts au niveau des budgets publics et un véritable étranglement budgétaire ?

Je rappelle que seulement 90 % du budget initial sera mis à disposition de la justice. Il me semble que cela rend la gestion compliquée et peut mener vers des effets induits néfastes en matière de qualité, et que le spectre de la privatisation de la justice me paraît de plus en plus présent à travers l'augmentation des procédures de type *Online Dispute Resolution*, notamment en droit commercial.

M. Harold EPINEUSE, secrétaire général adjoint de l'IHEJ

Ces dernières nouvelles de Belgique font écho à des débats très actuels en France, qui n'échappent pas à une sorte de lame de fond sur les sujets dont vous avez parlé et qui touche de nombreuses justices européennes. Une partie des débats actuels sur l'avenir de l'autorité judiciaire française était encore sur la place publique hier et avant-hier au Parlement, à l'initiative de la Cour de cassation.

Je remarque qu'il y a deux choses dans votre double modèle 1.0 et 2.0 : d'abord l'entrée du management dans le tribunal, puis l'entrée du management, de la gestion, en tant qu'outil et thème dans les rapports et comme langage entre le politique et le judiciaire. Chacun peut être un bon gestionnaire dans son coin, mais ne rendre compte de la communication entre le judiciaire et l'exécutif par exemple comme politique, qu'à travers une grammaire de la gestion et du management. C'est peut-être cela qui perd tout son sens pour l'institution judiciaire.

Il est temps de donner la parole à notre discutant, Emmanuel CHARRIER, expert, commissaire aux comptes en France et en Belgique, administrateur de la Compagnie Nationale des Experts Comptables de Justice, professeur associé en sciences de gestion à l'université Paris Dauphine. Vous avez également participé à l'étude sur l'expertise judiciaire dirigée par Jérôme PELISSE pour la Mission de Recherche Droit et Justice, publiée chez Armand Colin en 2012.

M. Emmanuel CHARRIER, expert, professeur associé, université Paris Dauphine

En vérité, pour jouer des métaphores qu'inspire le thème des frontières qui nous occupent aujourd'hui, on peut dire que l'expert judiciaire est un passeur autorisé, accrédité, puisqu'il a pour mission d'éclairer le juge sur un élément de fait qui requiert les lumières d'un technicien. C'est la formule du code de procédure civile. Autrement dit, il s'agit pour le technicien de permettre à des faits bruts, techniques, arides, d'atteindre le statut de faits catégorisés, pesés par l'expert, épurés jusqu'à en devenir qualifiables par le juge dans l'ordre du droit. C'est bien là un passage de frontières par les faits qui atteignent ainsi l'agora judiciaire une fois marqués par l'avis de l'expert.

Parlant en tant que praticien expert, et bien évidemment en mon seul nom, je vous propose de saisir certains éléments de ces présentations pour prolonger la réflexion avec le cas des experts de justice.

Préalablement, il faut rappeler que l'expertise de justice n'est pas à proprement parler une profession judiciaire. Le décret de 2004, suivant en cela la loi de 1971, prévoit l'établissement de listes d'experts près les cours d'appel. Ces listes recensent certes des professionnels de diverses spécialités : aujourd'hui quelque 12 000 professionnels de la médecine, du bâtiment, de l'industrie, de la psychologie, de l'informatique, de la finance et bien d'autres. Mais le statut d'expert ne donne pas accès en soi à une profession, seulement à une fonction exercée quand un tribunal désigne ledit expert. Il en est de même en Belgique. Il en va différemment au Royaume-Uni ou aux États-Unis qui ne connaissent guère l'expert du juge et considèrent que la preuve étant à la charge des parties, il en est de même de l'intervention de l'expert dit *expert witness* ou *forensic expert*.

Ce statut de l'expert le place *de facto* à l'extérieur des tribunaux, des prisons, du ministère de la Justice. Contrairement aux avocats, les experts croisent peu les juges et les autres auxiliaires de justice, sauf quand on parle de *serial experts* selon la formule consacrée par Caroline PROTAIS.

Les évolutions managériales présentées par M. SCHOENAERS font écho, en France, au sujet de l'informatisation des relations avec les tribunaux. L'application Chorus, par exemple, qui traite des frais de justice, provoque pratiquement quotidiennement des réclamations, voire des récriminations de la part des experts. En parallèle, au contraire, la dématérialisation des communications est pour sa part bien mieux reçue, sans doute parce que tout au contraire, les experts ont collectivement poussé le projet. Cela permet un modelage concerté de l'objet frontière qui est le support de communication entre les experts, les tribunaux et les ministères, tout particulièrement pour les ordonnances, courriers, rapports et travaux d'expertise. Ce travail de modelage concerté s'observe même aujourd'hui avec les avocats, puisque dans quelque temps le RPVA, le réseau électronique des avocats, pourra être connecté avec les réseaux des experts.

Les pratiques professionnelles des juges évoluent et en conséquence leurs attentes à l'égard des experts. Une expertise doit toujours être efficace, rapidement délivrée, techniquement lisible, certainement également judicieusement discutée avec les belligérants, de sorte que le juge n'ait plus à y revenir. Il est probable que les contraintes d'objectifs en la matière imposent encore plus au juge d'espérer ne pas avoir à revenir sur ce qu'il a confié à un expert.

Mais comment cette expertise doit-elle être menée dans les faits ? Qui est le « patron » de la méthode expertale ? Est-ce l'expert ou le juge ? Face à une difficulté de mission, de communication, est-ce à l'expert de faire montre de son autorité ou est-ce que c'est au juge, à ce moment-là, d'exprimer cette autorité ?

Depuis quelques années, l'idée d'un expert du juge qui avançait avec efficacité et autorité, avec la confiance de son mandant, passe au bénéfice d'un expert dans la procédure qui doit subir la procéduralisation des débats

et rendre compte au juge et aux parties de la conduite quotidienne de sa mission.

On peut se demander si cette mesure d'instruction a encore l'efficacité et la pertinence que GOETHE donnait à la mesure de police en la matière, comme présenté par M. NAPOLI. Dès lors que l'expert passe d'un maître du sens technique, d'un maître du sens professionnel, à un maître des formes (la forme de la procédure, d'une technique), il doit être capable de rendre compte de la façon dont il a et dont il aurait dû penser sa méthode et son expertise au fur et à mesure de son déroulement. Cette évolution ne concerne pas uniquement les rapports de l'expert et du juge, mais également ceux de l'expert avec les parties et les avocats. Aujourd'hui, l'expertise devient également un terrain de jeu des avocats qui saisissent ce qui jusque-là était une mesure assez discrétionnaire, avec ce risque-là dans les pratiques de l'expert d'un droit procédural souple.

Ce mouvement de sens et de valeur exprime un déplacement des frontières pour l'expert, déplacement que l'on observe dans toutes les spécialités de l'expertise. Les expertises civiles et commerciales sont celles pour lesquelles le contact distant au juge induit sans doute la mutation la plus profonde mais la plus sourde. L'expertise pénale est en revanche celle qui la vit le plus crûment aujourd'hui. En effet, l'expert commis dans une procédure pénale est rémunéré par l'État alors qu'en matière civile et commerciale, la rémunération est fixée par les tribunaux mais payée *in fine* et rapidement par les parties. Aujourd'hui, nombre d'experts en matière pénale attendent longuement le paiement de missions achevées un an, deux ans, voire quelquefois trois ans plus tôt. Il s'agit par ailleurs des professionnels les plus sollicités par les tribunaux en matière pénale, comme l'expert en matière psychologique, psychiatrique, ou l'expert traducteur.

Jusque-là ces professionnels étaient convaincus d'être reconnus dans leurs services de la fonction de justice. De ce fait, il y a donc un comportement de discrétion, car ces experts sont restés longtemps silencieux sur cette tension. Pourtant, depuis quelques mois, on note un changement sensible puisque dans plusieurs cours d'appel de France, les experts psychiatres refusent désormais les missions proposées par les juridictions qui les saisissent au motif de la situation personnelle dans laquelle ils se retrouvent contraints. Ces experts, plus proches d'un modèle de profession que de fonction, consacrent environ la moitié de leur activité à l'expertise de justice et se retrouvent avec trois ans de rémunération non perçue. On voit la tension. C'est un sujet qui, quoique polémique, est bien connu puisque c'est l'un des premiers dont le nouveau garde des Sceaux s'est saisi il y a quelques semaines.

Mais si on le place dans le cadre de nos discussions d'aujourd'hui, il ne me paraît pas impertinent de mettre cette observation en parallèle avec le glissement de sens et de valeurs suscité, sur la nouvelle distance que l'expert ressent dans ses relations au juge, qui est plus attentif à ses propres opérations et qui attend de l'expert de résoudre les opérations à lui confiées selon un dispositif davantage contrôlé par le droit et sans doute, avec moins d'autonomie que par le passé.

Une autre frontière a été mise directement en lumière par les travaux de Monsieur VAUCHEZ : qui sont les experts ? Les effectifs des experts inscrits sur les listes diminuent par l'effet de la révision quinquennale depuis la loi de 2004. Selon les spécialités, les candidats voient dans l'expertise un complément d'activité, une activité significative ou la mise en valeur de leurs compétences et de leur notoriété. Tous affichent leur souhait de servir un intérêt général et supérieur. Peu le disent mais cela se perçoit de plus en plus : les opérations d'expertise deviennent des situations d'interactions collectives. Les modèles français, belge, espagnol, allemand... et même japonais font intervenir des experts qui mènent leurs opérations avec autorité, mais contradictoirement (hors missions pénales), en relation directe avec les avocats et les parties.

Un changement qu'on observe aujourd'hui ou plus exactement une accentuation, c'est l'intervention d'experts privés aux côtés des parties. Jusque-là on connaissait les experts d'assurances, médecins, ingénieurs, comptables, mais l'intervention s'accroît au titre de ces experts dits de partie, à savoir l'apparition des experts judiciaires de manière plus systématique intervenant à titre privé. On pressent immédiatement les interférences possibles. Par exemple, dans ma spécialité, la gestion et la finance, on compte en France un millier d'experts inscrits sur les listes des cours. On se connaît facilement. Les compagnies ont de ce fait édité de bonnes pratiques déontologiques pour favoriser la confraternité, et l'objectivité.

On peut aussi analyser ce phénomène dans la logique présentée par M. VAUCHEZ à propos des barreaux politico-administratifs. La technicité des sujets en expertise requiert incontestablement qu'on en débattenne. Après tout, l'expertise est considérée aujourd'hui comme un petit procès. Le juge attend que le débat technico-factuel soit clos quand l'expertise lui revient. Et une fois passée, presque tout est dit de la technique. L'intervention privée d'experts de justice est certainement un facilitateur d'un déroulement pleinement contradictoire et moins autoritaire des opérations d'expertise. La Cour de cassation en chambre mixte, en septembre 2012, a entrouvert une voie dans ce sens, mais de la pointe de la plume. On est très loin du modèle anglo-saxon. Se pose en effet la question de l'impact sur la légitimité des acteurs d'un excès de familiarité non point avec la matière technique discutée mais entre les techniciens.

Il faut évoquer un dernier point concernant les espaces territoriaux et frontières de l'expertise. Aujourd'hui, l'expertise se déplace et plus précisément, une part significative des litiges entre entreprises aujourd'hui ne vient pas devant les juridictions et ne viendra pas devant les experts de justice. L'arbitrage est très fréquent en la matière. Les arbitrages, même à la française, sont marqués par la *common law*, par des procédures de droit ne relevant pas de notre environnement naturel et souvent dans une langue internationale, l'anglais. Cela signifie que dans cet espace, les experts ne sont pas des experts du juge, experts de justice, selon le terme statutairement consacré. Au contraire, ce sont des experts mâtinés de *common law*. Cela signifie qu'en termes de familiarité ce n'est sans doute plus seulement le lien excessif entre experts ou entre experts et juges qu'il

faut questionner, mais aussi le lien entre experts et nouveaux prescripteurs, avocats d'affaires, pour lesquels, en suivant le propos de M. VAUCHEZ, le travail d'influence compte au moins autant que la compétence technique.

En guise de conclusion, on perçoit qu'en dépit des points de tension évoqués, l'objectif supérieur d'un procès équitable est partagé et la transparence sur les processus et les techniques va bien dans ce sens. En revanche, je ne suis pas certain que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou le projet législatif de convention judiciaire d'intérêt public, même si ces deux mécanismes répondent à de louables soucis d'efficacité, aillent nécessairement dans ce même sens, dans la mesure où ils peuvent conduire à constituer des territoires privés, hors de toute transparence publique, hors de toute idée d'un droit partagé, et entre les mains de divers intermédiaires du droit, ce qui déplacerait les frontières connues autour de la décision de justice.

 M. Harold EPINEUSE, secrétaire général adjoint de l'IHEJ

Merci, Emmanuel CHARRIER.

Ces trois interventions et la vôtre illustrent le caractère mouvant des frontières des professions qui s'explique aussi par des représentations que vont se faire ces professions qui sont forcément différentes de celle de la justice, à la fois ce qu'on attend d'elles en tant que professions et de leurs propres attentes en tant que participant à un objet justice.


Intervenante A - Entendre parler cet après-midi des frontières mouvantes des professions judiciaires m'inspire des réflexions sur les frontières du métier de magistrat et de juge.

À cet égard, je voudrais vous dire que le magistrat regarde ce qui se passe autour de lui et qu'effectivement le juge a bien vu que le policier était un homme et que le juge était une femme. Il a regardé aussi autour de lui ce qui se passait dans les frontières entre les avocats et les politiques en matière de rapports de force qui sont en train de s'instaurer. Nous réfléchissons aussi à nous-mêmes et à ce que nous allons devenir. Les choses bougent dans la magistrature. Des magistrats sortent, vont en détachement, exercent leur activité ailleurs. Mais il y a aussi beaucoup d'intégrés arrivant dans la magistrature et favorisant les mélanges de cultures. Je pense que c'est une bonne chose et que cela changera forcément la magistrature.

Pour faire écho à l'intervention de M. SCHOENAERS, le magistrat doit aussi devenir un manager et doit donc s'interroger sur le périmètre dans lequel il va définir son espace de management. À cette occasion, on peut dire à quel point il est important que le manager reste un juge. Vous n'avez pas évoqué cette hypothèse, mais cette menace pèse sur le juge. Il faudra définir cette frontière très clairement. C'est un enjeu pour la magistrature d'être capable de garder cette maîtrise économique, budgétaire, mais également de sens et d'affirmation de la qualité de son travail.

Le magistrat va lui-même se construire ses frontières dans les années à venir. Par ses pratiques professionnelles, il a presque le devoir de définir lui-même son territoire.

Intervenante B - Dans un contexte d'inquiétude, je souhaite avoir quelques paroles réconfortantes notamment à l'égard des magistrats. Il y a des directeurs des services de greffe judiciaire qui sont là pour aider les magistrats dans le management. C'est notre « spécialité », nous sommes formés à cela. Nous sommes tous une équipe, surtout depuis le décret du 26 avril 2016 qui rappelle que nous sommes un service commun. Malgré l'inquiétude, je pense que le management est en train de rentrer dans les juridictions de façon structurée.

 M. Serge SLAMA, maître de conférences, université de Paris Ouest Nanterre La Défense

Concernant le propos d'Antoine VAUCHEZ, je ne suis pas sûr qu'on puisse mettre au même niveau tous les passages entre fonction publique, vie politique et profession d'avocat.

Ce qui est critiqué, ce n'est pas tant la disposition qui prévoit que des fonctionnaires de catégorie A ayant huit ans d'expérience dans le domaine juridique puissent devenir avocats, mais le décret passerelle qui pendant deux ans permettait à des politiques sans aucune expérience dans le domaine juridique de devenir avocats. C'est notamment le cas pour Claude GUÉANT. Il existe tout de même l'examen de déontologie qui s'applique à tout le monde.

La question est de savoir ce que recherchent des membres du Conseil d'État ou certains ministres lorsqu'ils vont dans des cabinets d'affaires. Il y a aussi l'idée d'avoir une meilleure rémunération, de faire jouer leurs carnets d'adresses. En cela, il est critiquable de dire qu'ils jouent pour le service public, pour l'intérêt général, alors qu'en fait c'est exactement l'inverse.

 M. Antoine VAUCHEZ, directeur de recherche, CNRS, université Paris I, EHESS

Auparavant, ces voies qui permettaient aux conseillers d'État de devenir avocats n'étaient quasiment pas empruntées. Ce qui m'intéresse n'est pas la circulation elle-même mais ce qu'elle révèle, de quoi elle est le nom, de ces transformations qui deviennent intéressantes à la fois pour des hauts fonctionnaires dans des carrières qui se déroulent aujourd'hui de plus en plus dans le privé et du côté des cabinets d'avocats, pour se doter de cette expertise publique pour toutes ces raisons.

Le décret passerelle ne faisait en réalité qu'entériner ce qu'est l'interprétation que font les barreaux de ce décret de 1991, c'est-à-dire de l'étendre aux hommes politiques, à ceux qui pratiquent, qui font la loi, et pas seulement à ceux qui font du droit, qui ont l'expérience juridique, au-delà du seul diplôme en droit.



CONFÉRENCE CONCLUSIVE

CONFÉRENCE CONCLUSIVE : LES LIMITES DU DROIT

M^{me} Liora ISRAËL, sociologue, maîtresse
de conférences, EHESS

Antoine LYON-CAEN est professeur de droit à l'université de Nanterre et aujourd'hui avocat au Conseil d'Etat, mais aussi, et nous en sommes fiers, directeur d'études à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales. À ce titre, il importait que dans l'une de nos conférences conjointes avec le ministère, nous fassions appel à son savoir et à son esprit. C'est pourquoi je lui ai proposé de plancher sur les limites du droit.

M. Antoine LYON-CAEN, professeur, université de Paris
Ouest Nanterre La Défense, directeur d'études, EHESS

Je suis un juriste pur, formé selon les canons des juristes. J'ai donc « fait du droit » comme on dit. Mais au fond j'ai décidé de tenter de montrer ce que le commerce avec les non-juristes m'a appris du droit.

Aujourd'hui, je ne parle pas complètement de droit comme je l'aurais fait il y a quelques décennies, quand je finissais ce long processus de formation.

Je voudrais rappeler les deux éléments constitutifs de la culture des juristes français contemporains, parce que c'est justement contre ou à distance de cette culture que j'ai commencé à analyser d'autres mouvements et phénomènes.

Le premier élément de cette culture est que le droit est posé. C'est pour cela qu'on l'appelle positif. Tous les juristes formés à l'école française, tout comme en Allemagne, en Italie ou en Espagne, pensent que le droit est déjà là quand ils se mettent au travail et qu'il suffit simplement de l'observer et de l'utiliser. Le droit est déjà là, sauf quand on est législateur. Cela permet d'avoir une sorte de définition du droit dont on ne se souvient pas tous les matins mais avec laquelle nous vivons : le droit est l'ensemble des propositions ayant généralement une valeur prescriptive énoncée par les autorités publiques.

Ce premier élément de notre culture a conduit en général les juristes à se désintéresser de l'amont de ces énoncés, à savoir de l'origine, de la raison et du comment. Cette sorte de genèse est oubliée. Il est vrai que la positivité du droit, phénomène né avec le début du XIX^e siècle, rend les juristes amnésiques de ce qu'ils manient : on ne s'occupe plus de ce qu'ont été les facteurs ayant contribué à faire naître quelque chose.

Mais le plus grave, c'est que le deuxième corollaire est le désintérêt pour l'aval, à savoir ce qu'il se passe entre ces énoncés et le monde vécu, le monde social, la réalité.

Le deuxième élément de notre culture de juriste est de penser que le droit est partout. Il est même là quand il y a une liberté, puisque le droit nous a concédé la faculté de choisir. Il y a une sorte d'arrière-plan.

Selon la très belle formule de CARBONNIER, les juristes sont habités par une sorte de « panjurisme », ils pensent que le droit est partout. Je pense que le commerce, pour reprendre l'expression de MONTAIGNE, avec les historiens, les sociologues, avec certains économistes, qui sont malheureusement de plus en plus minoritaires, m'a montré que si on s'en tient là, on ne comprend pas grand-chose. On comprend la culture des juristes, mais c'est insuffisant pour comprendre les frontières du droit.

Pour faire comprendre la critique ou la distance qu'il y a lieu de prendre avec cette culture, je vais partir du dernier livre de Jacques COMMAILLE¹, où il dit que « quand on veut comprendre ce qu'est le droit et comment il fonctionne, il faut se rendre compte qu'il y a une dualité de la légalité, c'est-à-dire que le droit est d'abord une référence et le droit est ensuite une ressource ». Il construit ce très beau livre en établissant la pertinence de cette distinction, bien que je ne sois pas tout à fait d'accord avec lui.

La première dimension, le droit comme référence, fait apparaître que le droit est évidemment un ensemble de règles à distance du monde social. C'est cette mise à distance qui est fondamentale pour comprendre qu'elle ouvre un espace de jeu et non une sortie de scène. Sans cet espace de jeu, il n'y aurait pas de débats, de discussions, de polémiques. Par exemple, si le droit était un ensemble de barèmes, il n'y aurait plus de débats et nous serions en train de mourir à petit feu. C'est le monde parfait dans lequel il n'y a plus de possibilité de se reconnaître comme sujet capable de demander quelque chose. On cesse d'être un sujet pour devenir un objet de règles. Il n'y a plus de distance.

Dans cette première dimension, l'énonciation de ces règles mérite notre attention. Même dans le cadre de la culture des juristes français, même si ce processus d'énonciation est l'œuvre des nombreuses autorités (le Parlement, le gouvernement, les juges, les autorités administratives indépendantes), il conserve de très larges parts de mystère si on se déprend d'une vision purement formelle en disant que les règles, en fait, ne sont pas votées par le Parlement au sens propre. C'est ce que m'a appris le contact avec les théories littéraires.

L'un des mystères de l'énonciation invite à revenir à la deuxième dimension, à savoir le droit comme ressource, selon Jacques COMMAILLE, parce qu'il met en lumière ce que nous sentons tous, les magistrats et avocats plus encore que tout autre, à savoir que le droit ne se réalise pas tout seul. Il n'y a pas de processus d'autoréalisation. J'emprunterai la formule de Paul RICCEUR en disant qu'il faut essayer de comprendre les mystères de l'effectuation du droit, comment il devient quelque chose de l'action même des personnes, de leur vie. C'est sur ces deux versants que je vais me promener un instant.

Du côté de l'énonciation, grâce au travail effectué avec des historiens qui s'occupent de la socio-histoire des institutions, je pense qu'on peut distinguer deux types de règles. Je parlerai davantage de la seconde catégorie, mais la première est vraiment très intéressante à analyser. Il y a des règles qui sont constitutives des activités auxquelles elles s'appliquent. On

donne généralement comme exemple, dans le cadre d'un séminaire à l'école, les règles du jeu d'échecs. Il n'y a pas d'échecs s'il n'y a pas de règles. Le jeu d'échecs suppose des règles qui définissent d'abord la forme des pièces, leur mode de mobilité et leurs poids respectifs. Les règles, assez nombreuses, instituent des activités.

Mais au lieu de parler des plus traditionnelles, celles instituant l'État, je vais parler surtout du capitalisme qui n'existe pas sans certaines règles. C'est le droit qui a institué le capitalisme et qui permet le développement d'un certain capitalisme financier. Si le droit n'avait pas inventé la personne morale et son autonomie, la limitation de responsabilité de l'actionnaire qui n'est responsable qu'à hauteur de son apport et qui peut donc causer les plus grands dégâts sans encourir davantage que la perte de son apport, le capitalisme n'aurait pas pu vivre ni même être inventé. Aujourd'hui, des travaux très importants sont menés, notamment par des Anglais et des Français, sur l'histoire de la société anonyme, sur l'histoire de ses institutions. Sans le droit de propriété, il n'y a d'ailleurs pas de titrisation, d'invention. Comment peut-on faire circuler des dettes et faire de la spéculation sur des dettes agrégées ? Il y a dans le capitalisme un droit de l'économie beaucoup plus important à connaître que l'économie du droit lui-même.

Les autres règles ne constituent pas des activités et sont extrêmement diverses. Pour montrer les limites du droit, il est intéressant de montrer ces règles très difficiles à qualifier parce qu'elles ont des objets très variables. Par exemple, certaines qualifient ce qu'est un père : c'est le mari de la mère. Les règles qualifient quelquefois des choses comme un immeuble ou un OGM. Plus fréquemment, elles ont comme objet des conduites. Mais il est faux de dire que toutes les règles sont des règles de conduite, car beaucoup d'entre elles qualifient des choses.

La règle n'a pas un objet tangible. Autrement dit, ce n'est pas simplement une proposition grammaticale, mais ce n'est pas non plus une enveloppe juridique d'un énoncé. La règle, c'est la signification d'un certain message, d'un énoncé, comme l'indiquent les travaux effectués à l'EHESS par Olivier CAYLA. Cela permet de voir ce qu'on oublie trop vite, à savoir cette énorme distance entre un texte et une règle. Il est faux de dire que le droit est le code du travail ou la constitution. Le texte est un énoncé assez ouvert et c'est de l'interprétation de ce texte qu'on inférera une règle. Un texte peut faire naître 18 règles ou davantage, peu importe. C'est dans le rapport entre le texte et celui qui le lit que naît la règle.

Les règles ont des objets variables, ne sont pas les textes et n'existent pas si on n'accepte pas de considérer que l'activité principale qui donne du sens à des textes est une activité d'interprétation.

La question principale est : comment réfléchir à la force de ces messages et qu'est-ce qu'un message juridique ? C'est un mystère total.

Quand vous êtes positiviste, vous pensez que le droit est un énoncé d'une autorité publique, monade élémentaire

du droit, en déduisant le caractère juridique de la qualité de celui qui l'énonce. Beaucoup d'énoncés viennent de l'administration, du Parlement et il y a même des censures du Conseil constitutionnel à l'égard d'énoncés supposés ne pas être normatifs. La France reconnaît le génocide arménien. Le Conseil constitutionnel a décidé que c'était un énoncé non juridique, reconnaissant.

En réfléchissant à cette force, une distinction permet d'entrer dans cette boîte noire que nous n'ouvrons peut-être pas souvent parce qu'il y a un consensus du milieu professionnel pour dire que c'est une règle juridique. Mais on peut distinguer que la valeur d'un énoncé, c'est la force que l'auteur lui donne. Quand le Parlement dit que c'est dans la loi, il y a du point de vue de son émetteur l'idée que cela a une valeur juridique. Du côté du destinataire, il y a la portée juridique et non la valeur, c'est-à-dire quelle est la force perçue, conférée, ressentie par les destinataires ?

Il est très important de faire cette différence, car il y a des fulminations législatives et personne n'a l'impression que cela s'adresse à quiconque. Il est important de réfléchir à ce qu'on appelle la normativité juridique car beaucoup de normativités ne le sont pas. Il faut voir l'écart entre la perception par le destinataire de la force d'un énoncé et la perception par celui qui l'émet.

Un troisième élément, qui va me permettre de passer rapidement à l'effectuation, est l'existence de garanties, de dispositifs par lesquels un énoncé est supposé pouvoir informer et guider les conduites et comportements. On entre dans des mots juridiques bien connus : opposabilité, invocabilité, sanction, contrainte. Les trois dimensions de la force ne sont pas liées les unes aux autres, parce qu'on voit très bien que certains énoncés n'ont pas une force juridique pour leurs émetteurs, mais sont assortis de garanties extraordinaires d'exécution, de contrôle, etc. Par exemple, il y a le grand débat sur les codes de conduite ou les codes d'éthique dans lesquels ceux qui les énoncent disent qu'ils n'ont pas de force juridique. La norme ISO 26 000, par exemple, commence par indiquer qu'elle n'a aucune valeur juridique. Puis des dispositifs apparaissent, dont les plus importants concernent la mise en œuvre. Nous sommes déjà là dans l'effectuation.

Ce que j'ai entendu cet après-midi concernait plutôt l'effectuation. Si je le pouvais, je répudierais le mot « application ». Généralement, dans la culture des juristes, l'énoncé est déjà là et tout le problème est alors de savoir comment il est appliqué. On se plaint parce qu'il ne l'est pas. On en dénonce l'ineffectivité. Nous connaissons tous ce discours qui a été démonté par Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN dans un article déjà ancien. Je pense que l'application est une notion très pauvre. C'est simplement l'utilisation d'une référence en raison de son applicabilité. Mais cela ne renseigne pas sur la façon dont les personnes s'emparent ou non des règles.

Autrement dit, ce qui est important, et c'est là qu'une certaine sociologie a ouvert des études très importantes, c'est l'étude des conditions d'invocation. Quelles sont les conditions sociales pragmatiques de l'invocation de la règle ?

1. J. COMMAILLE, A quoi nous sert le droit ?, Gallimard, 2015

Cette invocation de la règle ne se fait pas forcément devant le juge, mais peut avoir lieu dans une cage d'escalier, dans un marché public.

Cet espace qui se trouve entre la culture des juristes, c'est-à-dire le droit comme référence, le droit positif, et l'espace des sociologues qui s'intéressent plutôt à ce qu'il advient, qui constitue au fond le résultat d'une division du travail très historique, comme le disait Max WEBER, peut être comblé par les recherches.

Voici ce que j'ai retenu de quelques années de fréquentation des multiples sociologies de l'école, d'autres lieux et de Jacques COMMAILLE. Je donne un exemple de type de sociologie permettant de rapprocher le point de vue des énoncés, de leur application et le point de vue de ce qui advient chez les individus dans leur action. Il y a toute la sociologie du formel, c'est-à-dire de ce qui fait qu'on met en forme quelque chose et qu'on utilise telle ou telle forme.

Pour aller plus loin, je pense qu'il y a une manière aujourd'hui d'ouvrir des voies importantes pour combler cet espace, c'est de s'intéresser aux actions humaines et de la vie réelle qui ont comme cœur l'évaluation. Il s'agit de s'intéresser aux jugements ordinaires. Nous avons dans notre vie de nombreuses occasions pour effectuer des évaluations ordinaires.

Des travaux dans lesquels on regarde comment ces jugements ordinaires peuvent être modifiés, transformés et par quels processus, au nom des évaluations que le droit comporte, méritent d'être poussés. C'est mettre en rapport ces normes servant de références et les jugements ordinaires. On se rend compte que pour que ces normes transforment progressivement les jugements ordinaires, il faut beaucoup d'équipements. De nombreux travaux, notamment sur les discriminations, l'ont montré. On peut évoquer l'interdiction des discriminations sur laquelle tout le monde s'entend plus ou moins aujourd'hui avec beaucoup d'énoncés, et le fait de corriger ces discriminations dans les entreprises, les administrations. Entre cet immense espace, il faut des équipements multiples dans lesquels il y a des observatoires de vigilance, des statistiques. Il y a sur ce chemin du droit des micro-institutions avec des commissaires à la lutte contre les discriminations, des correspondants du Défenseur des droits.

C'est sur ce chemin qu'on rencontre les professionnels du droit qui jouent un rôle majeur dans la façon de transformer éventuellement des jugements ordinaires. C'est la raison pour laquelle ils ont tant d'importance dans la compréhension des processus d'effectuation du droit, parce qu'il faut regarder quelle est la représentation du droit qu'ont les professionnels et l'outil qu'ils prétendent utiliser. Certains se voient comme des ingénieurs du droit. Ce sont les avocats d'affaires qui font des montages avec des tuyaux, des canalisations. Ils ont un langage d'ingénieurs. Il y a ceux qui se représentent le droit comme source de mise en cause de l'état des choses. Ce sont des juristes protestataires. Il y a quelques juristes comme Jacques COMMAILLE qui sont conscients de la dualité, car on peut à la fois utiliser le droit comme un ingénieur mais aussi pour essayer de transformer le monde et des situations intolérables.

Vous vous êtes attachés cet après-midi aux rapports mutuels entre ces différents professionnels, à leur distinction, leur rivalité.

Un point qui me fascine n'a pas été évoqué, c'est le débat qui existe entre les avocats et tous ceux qui ont touché un peu au droit, de près ou le loin. Il pose la question : « Qu'est-ce que faire du droit ? » C'est le débat sur le périmètre du droit. La loi de 1991 a donné aux avocats le monopole du conseil juridique et sont nées en France comme partout ailleurs de nombreuses entreprises pour proposer leurs services aux entreprises pour dire qu'elles vont examiner le taux d'absentéisme et pour montrer comme on peut le réduire. Elles étudient les règles sur l'absence pour cause de maladie, les contrôles d'absences. Elles ont été poursuivies pour violation du périmètre du droit, car elles faisaient du droit sans en avoir l'air ou sans avoir le droit d'en faire.

Il y a là un contentieux extraordinaire parce que c'est la première fois qu'on demande au juge de dire ce signifie pour lui : faire du droit. La question est très embarrassante pour un juriste positiviste. Cela exige un peu de réflexivité : s'agit-il simplement de se référer aux textes, d'utiliser le droit comme ressource ?

Pour l'instant, la première chambre civile de la Cour de cassation n'a pas été tendre avec ces cabinets puisqu'à deux ou trois reprises, elle a estimé qu'ils violaient le périmètre du droit. Mais comme c'est très auto-référent, il n'est pas dit en quoi les uns font du droit et les autres aussi.

Quand vous faites des statistiques sur le taux d'absentéisme de telle ou telle catégorie de salariés, vous utilisez le mot « absentéisme » qui n'a de sens que pour un juriste, car c'est la suspension du contrat de travail en raison d'un événement extérieur à la vie de l'entreprise. L'absentéisme est une notion juridique. C'est un mot constitué par le droit.

Quand vous faites des statistiques sur le taux d'absentéisme, faites-vous du droit ? Si on suit la Cour de cassation quand elle répond oui, alors en réalité nous sommes 63 millions de personnes à faire du droit. C'est vrai, pas forcément à titre répétitif et pas forcément à titre professionnel.

Mais les experts-comptables ont une exception dans la loi, car ils peuvent faire du droit dans le prolongement de leur activité professionnelle.

C'est un sujet intéressant, car il révèle que la question que les juristes pensaient avoir résolue avec leur positivisme bien ancré est une question qui leur revient au visage, puisqu'il faut regarder en fait les éléments par lesquels chacun des professionnels du droit joue pour essayer de délimiter son périmètre, sa sphère d'action, avec des enjeux.

L'enjeu principal, c'est les mannes du marché. Si un ancien ministre ou secrétaire général de l'Élysée devient avocat, c'est aussi parce que pour ses ressources, c'est un gain considérable. Je pense que c'est un élément majeur dans la progression qui a été évoquée.

Pour terminer, dans l'étude des professionnels du droit auxquels la dernière table ronde a fait écho, il me semble qu'il y a un élément important, c'est le rôle que joue dans la définition de l'idée que se font chacun de ces professionnels quant à leurs rôles et leurs champs d'action l'importance qu'ils accordent à leur fonction d'optimisation. Considèrent-ils que chacun d'eux doit agir et ne peut agir qu'en fonction de l'intérêt qui est le sien et qu'il cherche à optimiser ou chacun a une certaine bienveillance, c'est-à-dire qu'il s'occupe aussi du bien d'autrui ? Il me semble que dans ce que vous évoquez, qui est une des traductions contemporaines de la pensée économique dominante, c'est que les fonctionnaires ou certains d'entre eux deviennent de plus en plus des optimisateurs et donc des gens malveillants, car l'optimisateur ne s'occupe pas d'autrui mais de lui-même et de son bien-être. C'est une découverte que j'ai faite en vous écoutant.

