

Thématique

N° 12

juillet 2004

Justice internationale et scolaire : points de repère

Textes de

François Audigier

Philippe Haeberli

Ahmed Mahiou

Jérôme Savary

Laurent Walpen

Centre international de formation à l'enseignement
des droits de l'homme et de la paix

CIFEDHOP

Le CIFEDHOP a été créé en 1983 par l'Association mondiale pour l'École instrument de paix (EIP). Il est animé par une équipe pédagogique internationale de formateurs et de chercheurs spécialisés dans l'éducation aux droits de l'homme et à la paix. Chaque année, le CIFEDHOP organise, à Genève, une Session internationale de formation pour les enseignants et les enseignantes des écoles primaires, secondaires et professionnelles. Il tient également ailleurs dans le monde des sessions régionales et nationales.

CIFEDHOP

5, rue du Simplon, 1207 Genève, Suisse

Guy-Olivier Segond, Président

Monique Prindezis, Directrice

Téléphone : (22) 736 44 52

Télécopieur : (22) 735 06 53

Courrier électronique : cifedhop@mail-box.ch

Site internet : www.eip-cifedhop.org

Thématique

Coordination

Jean Hénaire

Mise en pages

Graphigne

Impression

Alpha Offset

Les opinions émises dans les articles de cette collection n'engagent que leurs auteurs et non pas nécessairement le CIFEDHOP.

Dans ce numéro

Présentation 9

Note sur la justice internationale et les droits de
l'homme 11
par Ahmed Mahiou

La conduite des enquêtes, un défi majeur pour la
justice pénale internationale 35
par Laurent Walpen

Les théories de la justice : éléments du débat
contemporain 47
par Jérôme Savary

La justice a-t-elle une place à l'École ? 69
par Philippe Haeberli, avec la collaboration de François Audigier

PRÉSENTATION



Les textes présentés dans ce numéro s'inscrivent dans l'économie générale de la double thématique portant sur la justice internationale et scolaire. Les questionnements qui en découlent furent en bonne partie soulevés, en juillet 2003, à Genève, lors de la XX^{ième} Session internationale du CIFEDHOP consacrée « aux droits de l'homme à l'épreuve de la justice ».

Les mises en contexte proposées permettent de bien cerner, aux plans théorique et pratique, les enjeux contemporains de la justice examinée à l'aune des droits de l'homme. Les lecteurs sauront apprécier la capacité de synthèse des auteurs, qui mérite d'être soulignée.

NOTE SUR LA JUSTICE INTERNATIONALE ET LES DROITS DE L'HOMME

par Ahmed Mahiou



Alors que l'existence du droit international est ancienne¹, celle de la justice internationale est récente. Ce décalage s'explique par le fait qu'une telle justice met en cause des États qui sont souverains, ce qui entraîne un certain nombre de conséquences.

Pendant très longtemps, une conception absolue de la souveraineté a prévalu et a entraîné deux conséquences majeures, notamment en matière de droits de l'homme : d'une part, la justice est une prérogative de l'État qui est seul habilité à l'exercer à propos de tout événement survenant sur son territoire ; d'autre part, un État ne peut être soumis à aucune autre juridiction à moins qu'il ne donne son accord. Cet accord a d'abord commencé pour les litiges opposant des États entre eux ; pour éviter de recourir à la guerre on a eu tendance à faire appel à des moyens plus pacifiques

1. On considère généralement que le droit international, dans son acception classique, est né à la charnière du Moyen Âge et de l'époque moderne, au moment où sont apparus les premiers États européens ; toutefois, des règles régissant certaines relations internationales entre des communautés politiques ou des empires distincts existent depuis l'Antiquité, même si les rapports de force étaient prédominants (cf. S. Laghmani, *Histoire du droit des gens*, Paris, Pedone, 2004).

dont la justice internationale. C'est déjà un progrès notable consacré par les conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907 relatives au règlement pacifique des différends et confirmé par d'autres conventions qui introduisent l'arbitre ou le juge ; il faut attendre une période encore plus récente pour que les États acceptent la compétence d'un juge international pour des litiges les opposant à des particuliers.

C'est d'abord dans le domaine de la protection des minorités que l'intervention de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) a été reconnue dans le contexte particulier du lendemain de la première guerre mondiale ; en effet, les révisions de frontières et les changements de souveraineté résultant des accords de Versailles ont abouti à la constitution de minorités dans de nombreux États qui devaient s'engager à respecter leurs droits et à accepter le recours à la CPJI qui statue sur la solution à apporter. C'est, ensuite, dans le domaine des contrats économiques internationaux (les concessions notamment) que les États vont accepter l'arbitrage ; la raison est la suivante : un étranger qui passe un contrat avec un État ne souhaite pas se soumettre aux tribunaux de cet État dont l'indépendance et l'impartialité ne sont pas garanties. Hormis ces deux situations, les individus n'avaient pas accès à la justice internationale qui restait une justice entre États ; un individu ne pouvait faire valoir ses droits face à un État étranger, comme nous le verrons plus loin, que si l'État dont il est le ressortissant acceptait de le défendre ; par ailleurs, il n'a aucun recours international si c'est son propre État qui porte atteinte à ses droits. Il faut attendre la reconnaissance des droits de l'homme pour qu'un progrès décisif soit accompli et que s'ouvre la possibilité d'une action devant un juge international, dans un cadre régional ou universel ; cette évolution s'est peu à peu consolidée par le biais de tribunaux permanents ou de tribunaux temporaires spéciaux.

I- LES TRIBUNAUX PERMANENTS

La première tentative d'organisation internationale permanente apparaît avec la Cour permanente d'arbitrage (CPA) dont la création remonte à la Convention précitée de La

Haye de 1899 ; toutefois, celle-ci ne constitue pas elle-même une juridiction et elle se contente de tenir à la disposition des États une liste d'arbitres et un règlement d'arbitrage et de conciliation qu'ils peuvent mettre en œuvre pour résoudre leurs litiges, y compris ceux mettant en cause des droits de l'homme. La véritable juridiction permanente est prévue par le Pacte de la Société des Nations du 28 juin 1919 et l'adoption du statut de la Cour permanente de justice internationale, le 16 décembre 1920 ; depuis, les juridictions permanentes se sont multipliées aussi bien au plan universel que régional et il est donc intéressant de savoir dans quelle mesure elles peuvent intervenir en matière de protection des droits de l'homme.

A- Les tribunaux permanents universels

Il n'y a pas de tribunal universel en matière de droits de l'homme puisque les Pactes de 1966, portant respectivement sur les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels ne prévoient pas de juridiction et se contentent de mettre sur pied des comités chargés de veiller sur le respect des Pactes par les États qui les ont acceptés. L'absence d'un tel tribunal ne signifie pas qu'aucune autre juridiction ne peut connaître des problèmes relatifs aux droits de l'homme ; tout d'abord, il y a des juges dont la mission est plus vaste, mais qui sont susceptibles d'en connaître certains aspects et dans certaines conditions ; il y a, ensuite, une juridiction plus spécialisée pour connaître de certains aspects pénaux.

1- La Cour internationale de justice : une voie très restreinte réservée aux États

L'actuelle Cour internationale de justice (CIJ), dont le siège est à La Haye (Pays-Bas), a remplacé l'ancienne CPJI pour devenir l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Composée de 15 juges élus par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité de l'ONU, elle est une juridiction réservée aux seuls États pour résoudre leurs litiges en rendant des arrêts et, accessoirement, aux institutions des Nations Unies en rendant des avis.

Elle n'est pas ouverte aux individus et ceux-ci ne peuvent faire valoir leurs droits devant elle que par l'intermédiaire de leur État d'origine ; en effet, chaque État peut exercer la protection diplomatique en faveur de ses ressortissants qui lui permet d'endosser leur requête et de mettre en cause, devant la CIJ, tout autre État qui aurait porté atteinte à leurs droits. Par cette démarche, l'affaire de l'individu devient une affaire d'État qui permet d'invoquer le droit international et les recours ouverts aux États. C'est dans ce cadre que la CPJI et la CIJ ont eu à connaître d'affaires touchant directement ou indirectement aux droits de l'homme bien que ces affaires ne soient pas nombreuses. Il convient, cependant, de noter un regain de faveur de ces recours comme le montrent quelques affaires récentes mettant notamment en cause les jugements et condamnations à mort prononcées contre des étrangers par les juridictions des États-Unis d'Amérique : dans l'affaire *LaGrand*², un

2. Voir :

<http://www.lawschool.cornell.edu/library/cijwww/cijwww/cdecisions/csummaries/cgussommaire19990305.htm>

ressortissant allemand a été arrêté, détenu, jugé, condamné à mort et exécuté ; dans l'affaire Avena et autres, ce sont 52 ressortissants mexicains qui ont été condamnés à mort dans les mêmes conditions, mais n'ont pas encore été exécutés. Dans ces affaires, l'Allemagne et le Mexique ont exercé des recours devant la CIJ pour lui demander de constater que les procédures avaient eu lieu dans des conditions contestables qui n'avaient pas respecté les droits de la défense et, surtout, sans que les États concernés aient été informés des procédures entamées contre leurs ressortissants afin de leur apporter l'assistance nécessaire. Dans le cas LaGrand, la CIJ a condamné les États-Unis en 1999 et, dans le cas Avena et autres, après avoir ordonné à titre conservatoire, en 2003, le sursis pour les exécutions, elle vient de se prononcer sur le fond pour condamner les États-Unis et demander un réexamen des verdicts prononcés contre les ressortissants mexicains³. La base de ces recours se trouve dans la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 que la Cour a interprétée de manière extensive pour dire qu'un État qui juge pénalement un étranger doit faire en sorte que l'État d'origine puisse intervenir dès le début des poursuites. Une autre affaire différente est pendante devant la Cour et concerne la mise en oeuvre de la protection diplomatique par la Guinée pour défendre un de ses ressortissants en estimant que ses droits les plus élémentaires ont été bafoués (emprisonnement et saisie de biens) par le Congo-Kinshasa (affaire Diallo) ; cette requête introduite en décembre 1998 est donc liée directement au respect des droits de l'homme.

3. Arrêt du 31 mars 2004.

La deuxième voie par laquelle la CIJ peut également connaître des droits de l'homme est l'accusation de génocide. Si un État estime que ses ressortissants sont victimes d'un génocide par un autre État, il peut saisir la CIJ à condition que ces deux États aient ratifié la convention de 1948 sur le génocide. En 1993 – et pour la première fois –, une telle saisie s'est produite par la Bosnie-Herzégovine qui reproche à l'ex-Yougoslavie d'avoir entrepris une opération d'épuration ethnique constitutive de crime de génocide. Ce recours introduit devant la CIJ par le nouvel État de Bosnie-Herzégovine pour mettre en cause la responsabilité de l'État yougoslave (actuellement Serbie et Monténégro), complète les poursuites engagées devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour mettre en cause les responsabilités individuelles. Après s'être déclarée compétente pour connaître de l'affaire, la Cour doit se prononcer prochainement sur le fond du problème pour savoir si l'ex-Yougoslavie s'est rendue coupable d'un tel crime.

2- La Cour pénale internationale : une voie nouvelle, mais délimitée et encadrée

Alors que la CIJ ne juge que les États et se situe sur le terrain de la responsabilité civile (octroi d'une réparation à l'État qui obtient gain de cause), la nouvelle Cour pénale internationale (CPI) ne juge que des individus pour se prononcer sur leur responsabilité pénale. Bien que le projet d'une telle cour ait existé depuis la seconde guerre mondiale (on y reviendra plus loin), il n'a pu se réaliser que le 17 juillet 1998, lorsque la conférence de Rome a adopté son statut.

Cette Cour représente une avancée majeure dans le système de protection internationale des droits de l'homme ;

toutefois, il faut relever que sa compétence est limitée aux crimes les plus graves et plus précisément le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et l'agression. Par ailleurs, elle n'est toujours pas ouverte aux individus qui ne sont pas autorisés à introduire des requêtes ; ce sont les États qui sont habilités à la saisir ainsi que le Procureur, après autorisation par une chambre préliminaire et, enfin, le Conseil de sécurité dans certains cas (au titre du chapitre VII relatif à la paix et la sécurité internationales).

La CPI, constituée en 2003, s'est installée à La Haye et elle peut désormais connaître des crimes commis depuis l'entrée en vigueur de la convention de Rome ; mais, elle n'a pas encore commencé à organiser de procès, faute de saisine y compris de la part du Procureur qui a adopté une démarche prudente et souhaite n'engager de poursuites qu'en présence de crimes incontestables pour que la Cour parte sur des bases sûres. Cette prudence est critiquée par des ONG qui estiment qu'il y a des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité commis dans certains pays et méritant d'être poursuivis (on cite comme exemple les exactions intervenues dans une région de la République démocratique du Congo, l'Ituri). Notons qu'une première requête vient d'être introduite, en janvier 2004, par l'Ouganda qui accuse un mouvement rebelle dans le nord du pays, l'Armée de résistance du Seigneur, de commettre des crimes contre l'humanité ; la Cour va peut-être avoir une première affaire inscrite à son rôle et une occasion de tester ses règles d'organisation et de fonctionnement.

Actuellement, le statut de la Cour a été ratifié par la moitié des membres de l'ONU et il faudrait que l'acceptation soit

plus importante pour assurer son universalité. Or cette extension se heurte à l'hostilité américaine ; non seulement les États-Unis refusent le statut, mais ils font pression sur les États pour limiter les ratifications ou, à défaut, obtenir un accord bilatéral exemptant leurs ressortissants de la compétence de la CPI. Par ailleurs, le crime d'agression n'est pas encore défini et il faut attendre qu'il le soit pour être susceptible de poursuite. C'est donc avec ces handicaps que la Cour doit faire ses premiers pas.

3- Les tribunaux administratifs : la protection des fonctionnaires internationaux

Avec le développement des organisations internationales gouvernementales, il y a eu un accroissement considérable du nombre d'agents à leur service et, par voie de conséquence, des litiges pouvant opposer le personnel aux organisations. Pour faire face à ces litiges, des tribunaux administratifs ont été créés, dans le cadre d'abord de la Société des Nations, puis de l'Organisation internationale du travail, de l'Organisation des Nations Unies, de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international ; les autres institutions universelles qui ne disposent pas d'un tel tribunal ont choisi d'utiliser soit le tribunal administratif de l'ONU, soit celui de l'OIT. Bien que ces tribunaux soient chargés de la défense des intérêts matériels et moraux du personnel, ils rencontrent à cette occasion des problèmes liés aux droits de l'homme tels que le respect des droits de la défense, l'égalité, la non discrimination, la liberté d'opinion, la liberté syndicale, etc. ; sous cet angle, ils peuvent se rattacher aux juridictions chargées de la protection des droits de l'homme.

B- Les tribunaux permanents régionaux

Au fur et à mesure que sont apparues les organisations régionales, elles vont s'efforcer d'instituer des moyens de recours juridictionnels dans un certain nombre de domaines, en privilégiant celui des droits de l'homme, celui des droits économiques et celui du personnel de ces mêmes organisations.

1- La Cour européenne des droits de l'homme : l'innovation

La première cour des droits de l'homme est née dans le cadre du Conseil de l'Europe et elle a été instituée par la convention du 4 novembre 1950. La particularité et la nouveauté de cette initiative résident dans plusieurs éléments :

- l'établissement d'une véritable juridiction spécialement dévolue à la protection des droits de l'homme, alors que ce domaine était plutôt considéré comme relevant de la juridiction nationale et que toute immixtion constituait une ingérence dans les affaires intérieures des États ;
- l'acceptation de l'accès direct des individus à une juridiction internationale en permettant l'introduction directe des requêtes devant la Cour ;
- la possibilité d'attaquer son propre État devant la Cour, car c'est lui le principal responsable des atteintes aux droits de l'homme ;
- le fonctionnement efficace de la Cour qui siège à Strasbourg et statue chaque année sur un grand nombre de recours et l'influence profonde qu'elle exerce sur la législation, la réglementation et la jurisprudence des États membres dans le sens du respect des droits de l'homme.

Avec l'arrivée des nouveaux membres de l'Europe orientale, son champ géographique de compétence s'est étendu à l'ensemble du continent européen, débordant même sur l'Asie, puisqu'il inclut la Turquie. L'influence de la Cour européenne s'exerce bien au-delà, puisque les autres cours régionales se sont directement inspirées de son expérience, mais sans avoir la même portée, ni atteindre la même efficacité.

2- La Cour interaméricaine des droits de l'homme

Si le continent américain a précédé l'Europe dans la reconnaissance des droits de l'homme grâce à la Charte constitutive de l'Organisation des États américains du 30 avril 1948, en revanche, il faut attendre la convention du 22 novembre 1969 pour instituer une Cour interaméricaine habilitée à recevoir les requêtes des personnes pour violation des droits de l'homme. Cette Cour n'est entrée en fonction qu'en 1978 et elle a eu un démarrage laborieux dans un continent où ont longtemps prédominé des régimes autoritaires ; elle est devenue plus active avec la démocratisation de ces régimes et, sans avoir l'autorité de son homologue européenne, elle a commencé à prendre place parmi les institutions fiables de protection des droits de l'homme. Le nombre d'affaires portées devant elle s'accroît sans cesse, sa jurisprudence s'étoffe et apparaît parfois audacieuse, comme le montre une affaire récente où elle a contesté la législation d'un État qui a accordé une amnistie pour des violations graves des droits de l'homme (arrêt du 14 mars 2001, Aguirre c/ Pérou)⁴. Les États latino-américains vont

4. Dans cette affaire, la loi d'amnistie est intervenue pour éviter la poursuite et le châtiement de militaires qui avaient commis de graves violations des droits de l'homme (massacres dans la localité de Barrios Altos en novembre 1991).

donc de sentir de plus en plus concernés par ses décisions bien que la pratique démocratique soit encore aléatoire et précaire dans beaucoup d'entre eux.

3- La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Des grandes chartes régionales des droits de l'homme, la Charte africaine est la plus récente puisqu'elle date du 27 juin 1981 et pourtant elle n'institue pas de juridiction ; elle s'est contentée de prévoir une simple Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qui est mise en place en 1987 ; sa mission rappelle celle des commissions créées dans le cadre des Nations Unies et son fonctionnement reste étroitement soumis à un organe politique, la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine⁵. Devant les critiques suscitées par l'absence d'un organe juridictionnel, les États africains adoptent, le 9 juin 1998, un protocole créant une Cour devant laquelle les personnes peuvent désormais introduire des requêtes contre les États qui ont accepté cette procédure. Ce protocole vient juste d'entrer en vigueur, depuis le 25 janvier 2004, après l'obtention de la quinzième ratification⁶ ; il reste à mettre en place la Cour⁷ et à la voir fonctionner effectivement pour évaluer la façon dont elle va s'acquitter de sa mission, par comparaison avec les deux précédentes.

5. L'Union africaine prend la succession de l'OUA en juillet 2002.

6. Pour le moment, quinze États seulement, sur les 54 membres de l'Union africaine (qui a succédé à l'Organisation de l'unité africaine), ont accepté le protocole : Afrique du sud, Algérie, Burkina-Faso, Burundi, Comores, Côte d'Ivoire, Gambie, Lesotho, Libye, Mali, Ile Maurice, Ouganda, Rwanda, Sénégal et Togo.

7. Le statut de la Cour a été adopté le 11 juillet 2003, lors de la conférence de l'Union africaine de Maputo.

4- Les tribunaux administratifs régionaux

Comme les organisations universelles, les organisations régionales utilisent un nombreux personnel permanent ou occasionnel ; ces agents peuvent se trouver en conflit avec l'organisation qui les emploie et, dans ce cas, ils doivent disposer de voies de recours pour faire valoir leurs droits. Pour satisfaire cette condition, les organisations régionales ont aussi créé des tribunaux administratifs ; il en est ainsi notamment pour les différentes organisations européennes (l'Union de l'Europe occidentale, le Conseil de l'Europe, l'Agence spatiale), la Ligue des États arabes, l'Organisation des États américains. Dans le cadre de l'Union européenne, c'est d'abord la Cour de justice des Communautés qui a reçu une telle compétence avant de la confier au Tribunal de première instance.

II- LES TRIBUNAUX PÉNAUX SPÉCIAUX ET TEMPORAIRES

Avant la création de la récente Cour pénale internationale, il n'y avait que des tribunaux pénaux ad hoc, créés spécialement dans certaines circonstances, pour juger certains crimes. La plus ancienne juridiction de ce type date du traité de Versailles du 28 juin 1919 ; en effet, en mettant fin à la première guerre mondiale, le traité a également prévu de mettre en accusation l'empereur allemand, Guillaume II, devant un tribunal pour sa responsabilité dans le déclenchement de la guerre et les crimes qui ont en résulté ; cependant, cette juridiction n'a pas pu accomplir sa mission parce que les Pays-Bas, où s'était réfugié l'empereur, n'ont pas accepté son extradition. Il faut donc attendre, d'une part, la seconde guerre mondiale et, d'autre part et

surtout, les drames de la décennie 1990 (Yougoslavie, Rwanda, Sierra Leone, Cambodge) pour relancer la création de juridictions pénales temporaires internationales ou de nature mixte pour poursuivre les violations massives des droits de l'homme.

A- Les tribunaux temporaires internationaux

1- Les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo

Au cours de la seconde guerre mondiale, les Alliés ont adopté, le 30 octobre 1943, une déclaration indiquant qu'ils vont poursuivre les auteurs de crimes commis pendant cette guerre ; par l'accord de Londres du 8 août 1945, les Alliés instituent le Tribunal militaire international dont le siège est fixé à Nuremberg. Cette fois, le tribunal est mis sur pied et fonctionne du 20 novembre 1946 au 1^{er} novembre 1947 afin de juger les principaux responsables politiques et militaires allemands pour les différents crimes commis sous leurs ordres. Un autre Tribunal du même genre est institué à Tokyo pour juger les principaux responsables japonais des crimes commis pendant la même période.

On a reproché à ces tribunaux d'avoir été ceux des vainqueurs qui ont jugé les vaincus puisqu'ils n'ont été compétents que pour les seuls crimes allemands et japonais ; or, du côté des Alliés, même s'il n'y a pas eu des crimes aussi graves et aussi nombreux, il y a eu quelques crimes de guerre qui auraient mérité d'être soumis à un tribunal international. Malgré ce reproche, le précédent de Nuremberg est très important car il a exercé une influence directe sur l'évolution du droit international pénal ; il a non seulement constitué une première codification des

règles d'incrimination et de répression des crimes de guerre, des crimes contre la paix et des crimes contre l'humanité, mais il a fonctionné et condamné les responsables au plus haut niveau de l'État, en refusant l'immunité juridictionnelle dont ils voulaient se prévaloir en tant que gouvernants agissant au nom d'un État souverain⁸. L'Assemblée générale des Nations Unies s'appuiera sur ce précédent pour demander à la Commission du droit international de travailler à un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et envisager la création d'un tribunal pénal international chargé de leur répression. Le travail a commencé dès le lendemain de la seconde guerre, mais il sera retardé puis bloqué par les divergences entre les États.

2- Les tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda

L'éclatement de la Yougoslavie s'est effectué dans la douleur et la violence lorsque les différentes composantes ethniques de cet État ont voulu accéder à l'indépendance et se sont heurtées à l'opposition de la composante serbe. Il en est résulté d'abord une guerre civile puis une guerre internationale au cours desquelles des atrocités ont été commises de part et d'autre, avec, du côté serbe, la mise en œuvre d'une politique de « purification ethnique » qui a ému la communauté internationale et suscité la création

8. Le Tribunal de Nuremberg a jugé 22 dignitaires de l'Allemagne nazie dont 12 ont été condamnés à la pendaison, 7 à des peines de prison et 3 acquittés ; le Tribunal de Tokyo a jugé 25 généraux et anciens ministres dont 7 ont été condamnés à la pendaison et les autres à des peines de prison dont 16 emprisonnements à vie.

d'un tribunal chargé de poursuivre et de réprimer les crimes perpétrés par les différents protagonistes en ex-Yougoslavie. En l'absence d'une juridiction pénale permanente, c'est donc une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies du 25 mai 1993 qui adopte le statut de ce tribunal. A peine a-t-on institué ce tribunal que d'autres événements dramatiques se sont déchaînés au Rwanda entraînant des centaines de milliers de morts, notamment parmi la minorité tutsi. Là, également, devant ce qui apparaît comme un génocide, l'émotion atteint son summum au sein de la communauté internationale et incite le Conseil de sécurité à intervenir pour instituer un second tribunal spécial avec la résolution du 8 novembre 1994.

La mission de ces deux tribunaux n'est pas de s'occuper de tous les auteurs de crimes, car ils sont trop nombreux, notamment au Rwanda où malheureusement une partie de la population a été associée aux massacres ; elle consiste à poursuivre et juger les principaux responsables des crimes contre l'humanité (dont le génocide) et des crimes de guerre. Ils ont été mis sur pied rapidement avec leurs sièges respectifs à La Haye, pour l'ex-Yougoslavie, et à Arusha (Tanzanie) pour le Rwanda ; ils ont commencé à fonctionner, non sans difficultés, dans l'année ayant suivi leur création et ils ont déjà rendu plusieurs sentences condamnant des dizaines de personnes à des peines allant de quelques années d'emprisonnement à la prison à vie, car leurs statuts ne prévoient pas de peine de mort.

L'activité de ces tribunaux ne manque pas de susciter des débats sur l'efficacité de leur fonctionnement et la portée de leurs sentences. Certains leur reprochent la lenteur des procédures du fait de la double influence des règles

anglo-saxonnes (procédure de type accusatoire) et du droit international des droits de l'homme (respect des droits de l'accusé) ; d'autres estiment que les peines prononcées ne sont pas toujours à la hauteur des responsabilités et des crimes commis ; d'autres signalent encore l'inégalité de traitement selon que l'on est jugé par eux ou par les tribunaux étatiques avec le risque que les principaux responsables bénéficient d'une meilleure justice et d'une justice plus clémentine que les autres ; enfin, l'efficacité de ces tribunaux dépend beaucoup de la coopération des États sollicités. S'il est vrai que ces questions se posent, il reste que de tels tribunaux internationaux ne peuvent, en l'état actuel de la société internationale, être qu'imparfaits ; sur le plan pratique, ils ne peuvent pas connaître de tous les crimes perpétrés dans des conflits d'une grande ampleur ; leur fonction ne peut être que subsidiaire et surtout exemplaire en visant notamment les gouvernants, pour éviter l'impunité et montrer que ceux qui donnent des ordres au plus haut niveau ne peuvent plus échapper à la justice.

B- Les tribunaux temporaires mixtes

Alors que les tribunaux pénaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie sont des juridictions internationales par leur mode de création (par résolution du seul Conseil de sécurité) et leur composition (aucun ressortissant du Rwanda ou l'ex-Yougoslavie et des États issus de son éclatement), des tribunaux d'un type nouveau sont prévus, dans les cas de la Sierra Leone et du Cambodge, ou envisagés dans le cas de l'Irak.

1- Le Tribunal pour la Sierra Leone

En Sierra Leone un conflit interne entre factions ethniques pour le pouvoir a dégénéré en guerre civile puis en conflit international par l'implication du Liberia. Le conflit a pris une tournure telle que les atrocités se sont portées vers les populations civiles qui ont été les principales victimes des massacres pour lesquels de jeunes enfants ont même été enrôlés. La Communauté économique des États de l'ouest africain (CEDEAO), l'Union africaine et les Nations Unies sont intervenues pour parvenir, dans des conditions difficiles, à restaurer un minimum de paix et un pouvoir légitime issu d'élections.

Pour ne pas laisser impunis les crimes perpétrés pendant la période de guerre, il fallait trouver une solution ; au lieu de reprendre l'expérience du Rwanda ou de l'ex-Yougoslavie, la proposition retenue a consisté à choisir une solution mixte, en ce sens que le tribunal combine l'aspect national et l'aspect international. Par un accord entre le gouvernement et les Nations Unies, le 16 janvier 2002, il est institué un Tribunal spécial dont la composition inclut, à côté des juges du Sierra Leone, une majorité de juges internationaux, avec pour mission de poursuivre les personnes portant la responsabilité la plus lourde en matière de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ainsi que de certains crimes au regard du droit sierra léonais depuis le 30 novembre 1996. Installé en 2002, ce tribunal a commencé à fonctionner en 2003 et il a délivré ses premiers actes d'accusation, visant à ce jour treize personnes dont un ancien chef d'État du Liberia, lequel par ailleurs s'est échappé pour se réfugier au Nigeria qui n'entend pas l'extrader. Il convient de noter, cependant, que la situation financière du

tribunal est très fragile car elle dépend des financements volontaires des États ; ceux-ci sont susceptibles de se réduire ou de se tarir et donc de menacer son fonctionnement sinon son existence, car les procès de ce genre reviennent très chers pour se dérouler correctement et efficacement ; aussi, les ONG humanitaires lancent des cris d'alarme pour que le soutien des États ne faiblisse pas et permette au tribunal d'accomplir sa mission.

2- Le Tribunal spécial pour le Cambodge

Entre avril 1975 et janvier 1979, le régime des Khmers rouges qui s'est installé au Cambodge a perpétré des massacres de la population dont l'ampleur (environ 1,7 million de personnes, soit vingt pour cent de la population) n'a été révélée que tardivement pour être qualifiée de génocide. Avec la nouvelle sensibilité internationale consécutive aux événements de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, on a estimé qu'il ne fallait pas laisser impuni un tel crime, mais en même temps on n'avait pas confiance dans la justice du Cambodge pour faire face à une telle tâche. Après de longues et difficiles négociations avec le nouveau pouvoir cambodgien, qui voulait garder le contrôle de toute la procédure en arguant de sa souveraineté, un accord est finalement intervenu avec les Nations Unies pour mettre sur pied un tribunal mixte, à l'image de celui institué en Sierra Leone ; sa mission est de poursuivre les principaux chefs khmers encore vivants, car le premier d'entre eux, Pol Pot, est décédé en 1998. Toutefois, l'ensemble des mesures nécessaires à la mise en place du tribunal n'ont pas encore été prises et le peuple cambodgien, comme l'opinion internationale, attend toujours son installation et la mise en œuvre des poursuites contre quelques personnes qui conti-

nuent pour le moment de vivre tranquillement sur le territoire du Cambodge.

3- Le débat sur le tribunal dans le cas irakien

A l'issue de la troisième guerre du Golfe⁹ menée par les États-Unis et quelques autres alliés contre l'Irak, au motif que ce pays détiendrait des armes de destruction massive en violation de ses engagements internationaux et des résolutions du Conseil de sécurité, le régime irakien a chuté et, quelques temps après, son chef est capturé. Saddam Hussein qui a gouverné par la terreur depuis 1968 est considéré comme responsable de plusieurs crimes : les crimes contre l'humanité avec les atrocités contre le peuple irakien, y compris l'utilisation de gaz pour réprimer la population kurde, les crimes contre la paix en agressant l'Iran et le Koweït, les crimes de guerre dans la conduite des opérations menées contre les deux pays agressés. Normalement, il appartient à la justice irakienne ou éventuellement à celle de l'Iran et du Koweït de le poursuivre et de le juger ; mais, la justice est peu crédible dans chacun de ces pays. On peut penser à la nouvelle Cour pénale internationale, mais l'Irak n'a pas ratifié la convention de Rome ; il faudrait que le Conseil de sécurité la saisisse sur la base du de l'art. 13 du statut, mais dans ce cas elle ne pourrait connaître que des faits postérieurs au 1er juillet 2002, date de l'entrée en vigueur du statut, alors que l'essentiel des crimes reprochés sont antérieurs. On peut évoquer aussi l'institution d'une juridiction internationale, à

9. Rappelons que la première guerre a été celle opposant l'Irak et l'Iran de 1980 à 1988, la seconde celle autorisée par l'ONU pour libérer le Koweït en 1991 de l'occupation irakienne.

l'exemple de l'ex-Yougoslavie ou du Rwanda ; mais, pour des raisons autant juridiques que politiques, il serait difficile de ne pas associer, d'une façon ou d'une autre, le peuple irakien à ce procès. D'où, finalement, l'éventualité d'une juridiction mixte siégeant en Irak, composée de juges nationaux et internationaux et appliquant des règles de procédure et de fond respectant les normes internationales. Pour le moment, le problème est en débat entre les autorités transitoires irakiennes et les États-Unis en tant qu'autorité d'occupation ; si les Nations Unies retrouvent un rôle en Irak dans le retour à une situation normale, elles auront sans doute leur mot à dire sur la solution à retenir.

CONCLUSION

Ce bref tableau de la justice internationale face aux droits de l'homme montre une évolution intéressante, puisque l'on est passé de l'absence de tribunaux à leur multiplication, au point que certains se préoccupent de cette nouvelle situation pour des raisons différentes ; les États s'inquiètent et voient d'un mauvais œil cette « prolifération » qui offre de plus en plus de voies de recours aux citoyens pour contester leurs décisions et fixer des limites à leur souveraineté ; les défenseurs des droits de l'homme sont préoccupés par d'éventuels conflits de compétence qui compliqueraient et retarderaient les recours ou des divergences et contradictions dans les jurisprudences. En fait, les deux craintes sont excessives. D'une part, la plupart de ces tribunaux ne peuvent poursuivre et juger des personnes que si les États acceptent de ratifier leurs statuts, ce qui sauvegarde donc la souveraineté de chacun d'entre eux ; la seule situation où les tribunaux peuvent agir sans avoir l'accord

de l'État concerné est celle où il s'agit des crimes les plus graves et où le Conseil de sécurité intervient au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies relatif à la paix et la sécurité internationales ; dans ce cas, le Conseil peut imposer la compétence d'un tribunal international comme l'illustrent les exemples de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda ou comme le prévoit le statut de la nouvelle Cour pénale internationale. D'autre part, les juridictions internationales ont des compétences spécialisées et elles ne jouent qu'un rôle subsidiaire ; elles interviennent soit parce que les juridictions nationales ne veulent pas ou ne peuvent pas assurer la sauvegarde des droits de l'homme et il n'y a pas réellement de risque sérieux de conflits de compétence, de complications procédurales ou de contrariétés de jurisprudence. En revanche, l'une des faiblesses de la justice internationale est que son bon fonctionnement dépend beaucoup de l'attitude des États, de leur coopération et notamment de leur contribution au financement des tribunaux.

Ahmed Mahiou est agrégé des facultés de droit, directeur de recherches émérite au Centre national de la recherche scientifique (France).

Courriel : a.mahiou@mmsch.univ-aix.fr

Éléments de bibliographie

La bibliographie sur la justice internationale, même limitée aux droits de l'homme, est trop vaste et on peut trouver dans tous les ouvrages généraux consacrés au droit international, au droit pénal international et aux droits de l'homme des développements plus ou moins importants sur le sujet. On se limitera ici à quelques brèves indications de base.

- F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 5^{ème} édition, 2001.
- A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, Paris, PUF, 1994.
- C. Lombois, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1971.
- H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000.
- R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Justice et juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2000.
- Société française pour le droit international, *La juridiction permanente internationale*, Paris, Pedone, 1987 ; *Le contentieux de la fonction publique internationale*, Paris, Pedone, 1994.
- M. Dubisson, *La Cour internationale de justice*, Paris, LGDJ, 1964.
- S. Rosenne, *The World Court - What it is and how it works*, Dordrecht, Nijhoff, 1995.
- K. Lescure, *Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Paris, Monchrestien, 1994.
- J.F. Dupacquier (dir.), *La justice internationale face au drame rwandais*, Paris, Karthala, 1996.
- L. Condorelli, « La CPI : un pas de géant... », *Revue générale de droit international public*, 1999, p. 7-21.
- F. Lattanzi, « Compétence de la CPI et consentement des États », *Revue générale de droit international public*, 1999, p. 425-444.

LA CONDUITE DES ENQUÊTES, UN DÉFI MAJEUR POUR LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

par Laurent Walpen



L'auteur explique et commente les différentes phases du processus d'enquête en cas de crime relevant de la compétence des tribunaux pénaux internationaux, à la lumière des expériences faites par les tribunaux internationaux pénaux de l'ex-Yougoslavie (TPIY) et du Rwanda (TPIR).

I. Comprendre ce qui s'est passé

- Les premiers points d'ancrage de l'enquête

Lorsque la victime, une association ou un gouvernement porte plainte, nous disposons, en général, d'un état de fait sommaire qui constitue le premier point d'accrochage de l'enquête.

- Collecter la documentation disponible

À partir de ces premières informations, les enquêteurs (qui, souvent, interviennent plusieurs années après la commission de l'infraction) doivent se livrer à un premier travail de recherche et d'analyse de la documentation disponible. Il s'agit principalement de rapports officiels d'enquête établis par les autorités du for, de rapports dressés par des organisations non gouvernementales, gouvernementales ou parfois même par des commissions d'enquête internationales. À ce stade, le recours à des experts de la région et l'exploitation de dépêches de presse couvrant la période concernée peuvent être utiles.

- L'analyse criminelle

Comme cette documentation est souvent très abondante, son exploitation est généralement confiée à une unité d'analyse criminelle. Celle-ci, après avoir établi un inventaire formel des documents, procédera à leur évaluation sous l'angle, notamment, de leur qualité, pertinence et crédibilité. Chaque document sera codé et introduit dans une base de données électronique. Les analystes vont ensuite recouper et mettre en relation toutes les informations retenues.

- Les premières réponses

Au terme de cette phase, l'unité d'analyse criminelle rend un *rapport d'analyse stratégique* qui répond aux questions : Quoi ? Où ? Quand ? La réponse aux questions Qui ? Comment ? Pourquoi ? ne pourra pas toujours être donnée à ce stade. Ce rapport permet en général d'avoir une bonne vue de ce qui s'est passé ainsi que du contexte spécifique (politique, historique, social ou autre). Par la suite, l'unité d'analyse produira des *rapports d'analyse opérationnels* qui seront plus focalisés sur un cas, un auteur ou un groupe de personnes (enchaînement des faits, rôles spécifiques, relations entre auteurs, etc.).

II. Définir une stratégie

Les rapports d'analyse permettent au procureur en charge du dossier et au directeur des enquêtes de fixer les lignes de la stratégie à mettre en place pour consolider le cas.

Cette phase est particulièrement importante car c'est à cette occasion que l'on va fixer l'ampleur des investigations et choisir les cibles qui seront attribuées aux enquêteurs.

- La stratégie des poursuites : approche sectorielle, institutionnelle ou *ratione materia*

Dans ce contexte, en fonction des éléments connus, on choisira d'aborder l'enquête sous l'angle géographique (tous les faits qui se sont déroulés dans telle province) ou sous l'angle organisationnel (rôle des politiques, des forces armées, des médias, etc.). Ces deux approches ne s'excluent pas ; elles sont même souvent complémentaires l'une de l'autre. Pratiquement, elles sont toutefois très différentes

dans la mesure où, dans le premier cas, on se concentre sur des faits alors que, dans la seconde hypothèse, on part du comportement des personnes soupçonnées (par exemple, le Général « X »).

Chaque situation est différente et, partant, nécessite une approche adaptée. Par exemple, au TPIR, on a conduit le procès BUTARE (portant sur les crimes commis dans une région spécifique). Dans d'autres cas, le TPIR a choisi de poursuivre et juger des catégories de personnes (procès des médias, des militaires, etc.).

- Des choix lourds de conséquences

Lorsque les cas ne sont pas connus avec une précision suffisante, il est préférable de privilégier l'approche géographique qui ratisse large et permet en général de bien reconstituer ce qui s'est passé et de remonter ensuite aux responsables. En revanche, lorsque ces derniers ont agi en plusieurs endroits du pays, l'approche institutionnelle sera plus judicieuse.

C'est ainsi qu'en fonction de l'option stratégique retenue, on va former des équipes d'enquêtes spécialisées sur un secteur géographique ou un groupe particulier (les forces armées, par exemple.). Il faut bien être conscient que ce choix va conditionner la suite des poursuites jusqu'au procès. La pire erreur serait de ne pas faire de choix stratégiques et de laisser les enquêteurs enquêter dans tous les sens¹.

1. C'est ce qui s'est passé dans un premier temps au Rwanda où les enquêteurs mis à disposition par la communauté internationale ont recueilli, à travers tout le pays, des milliers de dépositions qui étaient, de surcroît, de valeur très inégale. Il a fallu attendre l'arrivée des enquêteurs professionnels engagés par l'ONU pour que le bureau du procureur puisse commencer à définir une stratégie plus claire.

- Une place spéciale pour les femmes victimes de viol

Il peut être judicieux, selon les cas, d'envisager une spécialisation par genre de crime. Par exemple, on pourra constituer une équipe d'enquêtes spécialisée dans les crimes sexuels car des spécialistes seront généralement mieux à même de gagner la confiance des victimes dans un domaine si délicat.

- La détermination du volume de l'enquête

La détermination de l'ampleur de l'enquête est aussi un facteur capital. Il ne sert à rien d'avoir une liste de 2000 suspects potentiels sur lesquels on enquête, si, en fin d'exercice, on n'inculpe que quelques dizaines de personnes. Au Rwanda, les enquêteurs ont travaillé sur 2000 suspects jusqu'en 2001, date à laquelle le Bureau du Procureur a fixé une liste de 200 suspects, liste qui fut d'ailleurs réduite par la suite à 110 suspects. Si l'on avait, dès les premières années, travaillé sur ce nombre restreint de suspects, le TPIR aurait sans doute terminé ses travaux à l'heure actuelle.

- Les premiers pas sur le terrain

La mise en route sur le terrain peut prendre un certain temps car les enquêteurs doivent se familiariser avec le milieu, les règles à observer et se constituer un réseau. Ce processus peut être sensiblement diminué si l'on a recours à des interprètes locaux qui, dans une première phase du moins, serviront aussi de guides. Mais, dans cette hypothèse, le choix des interprètes est en lui-même extrêmement délicat. C'est ainsi que le gouvernement rwandais a

reproché au TPIR d'avoir eu en son sein des interprètes hutus proches des génocidaires...

Les enquêtes sur le terrain se font généralement dans des conditions très difficiles (problème de langue, d'environnement précaire, parfois hostile, souvent éloigné des centres urbains avec des difficultés d'accès, de transmission et de sécurité, avec des moyens inadéquats).

- Les techniques mises en œuvre

Pour le reste, les techniques utilisées sont tout ce qu'il y a de plus classique : auditions, interrogatoires, relevés photographiques, exhumations, recherche de preuves matérielles, etc.

La principale difficulté de ces enquêtes est que les faits sont souvent anciens et reposent principalement sur des témoignages, avec tous les risques que cela comporte.

III. La protection des témoins

- Un capital si précieux

En matière de crimes contre l'humanité, les témoignages sont souvent les seuls moyens de preuve disponibles. C'est dire que le succès des procédures dépendra largement du nombre et de la qualité des témoins. En d'autres termes, le témoin est le bien le plus précieux du bureau du procureur. Il convient donc de le protéger sachant que parfois le procès ne s'ouvrira que plusieurs années après la rencontre entre le témoin et l'enquêteur.

Étant donné que la procédure en usage auprès des TPI est essentiellement basée sur la *Common Law*, il y a souvent une espèce de course aux témoins entre les enquêteurs du procureur et ceux de la défense. Il est même arrivé parfois que ces derniers tentent de retourner un témoin, le menacent ou même, dans des cas extrêmes, le fassent disparaître. Ceci implique que le bureau du procureur ait un solide programme de protection et de gestion des témoins.

Les meilleures déclarations de témoins ne sont d'aucune utilité si leur auteur vient à disparaître. Parfois, il arrive que des témoins potentiels soient gravement menacés. Dans cette hypothèse, il appartient au bureau du procureur de les déplacer dans un autre pays. Avec toutes les conséquences budgétaires que cela peut impliquer (plusieurs dizaines de milliers de dollars par année). Dans d'autres cas, le bureau du procureur peut être amené à prendre des mesures d'urgence pour sauvegarder la santé ou la survie alimentaire des témoins. Ce domaine est très sensible car il est arrivé que des avocats de la défense accusent le procureur d'avoir acheté des témoins alors que les enquêteurs n'avaient fait que leur acheter des médicaments ou des biens de survie.

IV. La recherche des auteurs

- La grande traque

Bien souvent, les auteurs de crimes contre l'humanité ont quitté le pays et parfois changé d'identité quand ce n'est pas leur apparence physique. C'est pourquoi une équipe d'enquêteurs spécialisés dans le *tracking* de ces criminels en

fuite est utile. En liaison avec INTERPOL² et, souvent, avec l'aide d'indicateurs rémunérés au moyen de programmes de récompense, ils suivent à la trace les criminels en fuite.

- Naissance d'une nouvelle discipline

Une fois les témoins localisés, le bureau du procureur doit négocier leur arrestation. Selon le pays concerné, ceci peut être extrêmement complexe et nécessiter des trésors de diplomatie. C'est d'ailleurs de là que vient le concept de « diplomatie judiciaire ».

V. Le support de l'accusation durant le procès

Il serait faux de penser que le travail des enquêteurs s'arrête au moment où les auteurs sont mis en accusation et arrêtés. Bien au contraire, dès que la défense se sera constituée, les enquêteurs de la défense vont, à leur tour, commencer leurs investigations dans le but de démontrer l'innocence ou la diminution du degré de responsabilité de l'inculpé. Ils vont également produire un certain nombre d'éléments à décharge avérés ou construits. Il appartiendra alors aux enquêteurs du procureur d'amener de nouveaux éléments permettant de conforter l'accusation. C'est dire que le travail des enquêteurs d'un tribunal pénal international ne s'achèvera que lorsque les jugements définitifs seront prononcés.

2. International Criminal Police Organization/ l'Organisation internationale de police criminelle.

VI. Une mission très difficile

À la différence des enquêtes nationales ou internationales classiques, les opérations d'enquête d'un tribunal pénal international sont la plupart du temps complexes et très longues. Elles se heurtent souvent, sinon à la résistance, du moins à la passivité des autorités susceptibles d'apporter une certaine collaboration.

Par ailleurs, comme les conditions de travail sont parfois très difficiles, il n'est pas rare de voir des enquêteurs quitter le tribunal pour reprendre des activités plus tranquilles et moins exposées dans leur pays d'origine. De nouveaux enquêteurs reprennent alors l'affaire et une masse de connaissance et de savoir-faire est ainsi perdue.

VII. L'apport des tribunaux internationaux

Les expériences faites par les enquêteurs des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie, le Rwanda, le Timor de l'Est ou la Sierra Leone sont très importantes dans la mesure où elles serviront de base à la rédaction de manuels, directives ou recueils de bonnes pratiques pour les enquêteurs de la Cour Pénale Internationale.

Il est d'ailleurs vraisemblable que les meilleurs enquêteurs de ces tribunaux rejoignent tôt ou tard la division des enquêtes de la Cour pénale internationale (CPI). À l'avenir, il appartiendra à cette dernière de prendre le relais et de perfectionner encore les méthodes d'enquêtes internationales car il en va de la qualité des décisions qui seront rendues par la Cour.

Un défi majeur

Le fait de conduire et d'exécuter des enquêtes internationales requiert des qualités professionnelles et personnelles hors du commun. Il s'agit à la fois d'une technique et d'un art car le résultat final dépendra non seulement des méthodes de travail mises en œuvre, mais encore du savoir-faire, de l'expérience et du flair de l'enquêteur.

Le travail d'enquête est aussi complexe qu'indispensable car, ne l'oublions pas, lorsque le procureur soutiendra l'accusation devant le tribunal, il se basera essentiellement sur les éléments apportés par l'enquête. C'est dire que la division des enquêtes est une des composantes essentielles d'un tribunal pénal international.

Puissent ces quelques considérations sur le processus d'enquêtes pénales internationales contribuer à faire mieux connaître au lecteur les rouages de cette justice internationale qui est désormais garante de la paix et du respect des droits humains.

Laurent Walpen, avocat de formation, fut pendant onze ans Chef de la police de Genève avant d'occuper la fonction de Directeur des enquêtes auprès du Tribunal Pénal International pour le Rwanda.

Courriel : laurent.walpen@etat.ge.ch

LES THÉORIES DE LA JUSTICE : ÉLÉMENTS DU DÉBAT CONTEMPORAIN

par Jérôme Savary



Qu'est-ce qu'une société juste ? Voilà la question centrale de la philosophie politique. La question première vient du fait que nous constatons que le monde vécu est rempli d'injustices. À l'origine de l'ouverture du débat sur la justice, nous avons un sentiment que nous ressentons très fortement. C'est d'abord l'arbitraire que nous supportons avec beaucoup de peine. L'arbitraire nous repousse car il va à l'encontre du principe intuitif qui veut que la justice donne à chacun ce qui est sien, qu'il faut traiter de manière égale ce qui doit l'être. Ce projet implique un débat sur ce que nous souhaitons faire de la société : quelle doit être sa nature et quels critères doivent présider à nos décisions collectives.

I. Trois notions de justice

On distingue traditionnellement trois notions, qui forment autant de piliers sur lesquels repose la conception contemporaine de la justice en philosophie politique.

- **La Justice commutative.** Elle est fondée sur une théorie de l'échange réciproque entre les individus et l'État. La question générale est : qu'est-ce que les individus sont prêts à abandonner au profit d'une gestion collective par l'État ? Pour vivre en société, nous avons notamment renoncé à l'usage personnel de la violence envers autrui en échange de la sécurité, de la liberté religieuse, du droit de propriété garantis en principe par l'État. La justice doit s'occuper ici de fixer l'équivalence entre ce que l'individu donne et reçoit en retour de l'État (base du contrat social). Sous cet angle, la justice doit définir dans une société donnée les obligations et les charges réciproques des individus entre eux d'un côté, de l'État vis-à-vis des individus de l'autre.

- **La Justice punitive.** Afin de garantir la justice commutative, quand ses principes sont violés, la justice punitive entre alors en action pour sanctionner et réparer les torts commis. Aujourd'hui, il est communément admis, par exemple, qu'on ne se fait pas justice soi-même, mais en vertu de l'échange avec l'État du monopole de la contrainte contre la sécurité, on confie au législateur la tâche de fixer les modalités de la peine et à l'autorité judiciaire son exécution.

- **La Justice distributive.** Elle a pour mission de donner à chacun la part qui lui revient. Pour cela, elle doit se pencher sur les critères de distribution des biens produits. La

société juste sera donc celle qui réussit à bâtir une équité minimum entre les individus, afin d'éviter le pire si quelques-uns possédaient tout et ne laissaient rien aux autres. Il va s'agir de débattre selon quels critères ce principe doit être appliqué : selon les besoins de l'individu, selon ce qu'il produit, selon son origine ou selon ses droits ?

Si nous cherchons à définir des critères de justice, cela vient du fait essentiel que nous ne vivons pas dans des sociétés d'« abondance »¹. Ce terme ne signifie pas ici seulement un « niveau de vie élevé », mais une situation où il ne serait pas possible, quelle que soit la manière de répartir les ressources, de diminuer la condition d'un seul individu. Si les biens fournis par l'activité économique prennent dans ce cadre une place importante, l'abondance ne se limiterait pas à cette sphère et devrait toucher d'autres domaines comme la répartition du pouvoir (personne ne désirerait plus dominer) ou la pluralité des valeurs (tout le monde partagerait les mêmes). Autant dire que nous vivons encore longtemps dans une société de rareté nécessitant en son sein un débat sur la justice.

II. Les principes de justice

C'est à l'orée de la Révolution française, dans ce XVIII^e siècle occidental, que nous avons appelé siècle des Lumières, que des penseurs – dont Rousseau, Montesquieu, Voltaire, en France, Kant en Allemagne ou Bentham, en Grande-Bretagne –, forgeront les principes qui

1. P. Van Parijs, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Paris : Le Seuil, 1991.

vont remettre en cause les fondements de l'Ancien Régime et permettre au régime républicain, après la Révolution, de trouver une assise théorique et pratique. Ce « séisme » hissera au sommet les deux principes de justice suivants :

- **le principe de l'égalité de traitement.** Contrairement au fonctionnement de l'Ancien Régime qui reconnaissait à une partie minoritaire des personnes issues de la Noblesse et du Clergé des avantages très largement supérieurs à d'autres, membres du Tiers-État, le principe d'égalité de traitement sera le premier pilier du régime républicain. Dès lors, ce principe veut que les intérêts de M. X ne puissent plus peser plus lourds dans la balance que les intérêts de Mme Y.

- **Le principe de liberté.** En associant ce dernier au principe d'égalité, on reconnaît à l'individu le droit fondamental à une autonomie morale, c'est-à-dire à sa capacité de se donner lui-même la règle qu'il entend suivre hors de toute intervention externe. Le volet politique de l'autonomie sera donc le principe de souveraineté du peuple qui est seul légitimé à se forger les lois qu'il entend suivre.

On peut dire que le moment de la Révolution française marque le début d'un nouveau contour à l'objet même des théories modernes de la justice. Cet enjeu nouveau conclut en quelque sorte le débat qui a occupé tout le siècle des Lumières. L'acquis primordial que l'on doit à la Révolution française a été de faire reconnaître la valeur ultime de l'égalité de traitement précité.

C'est autour de ce qu'il faut entendre par « théorie de l'égalité » que le débat va désormais se structurer. L'idée de fond

qui sous-tend dès lors la théorie politique, c'est que les intérêts de chaque concitoyen doivent compter de manière égale. L'idée d'égalité implique donc de traiter tous les membres de la communauté comme des « êtres égaux »² Autrement dit, l'intérêt de n'importe quel individu, quelle que soit sa position ou son origine, ne peut pas valoir plus ou moins que l'intérêt de tout autre individu. Ce trait fonde la conception libérale de la justice.

Voilà une interprétation nouvelle qui donne sens aux débats les plus récents en philosophie politique. C'est aussi la condition *sine qua non* de toute théorie contemporaine de la justice. Il s'ensuit qu'un théoricien qui partirait, par exemple, du principe que tous les individus membres de père en fils d'un groupe déterminé ont le droit de vote, alors que tous les autres devraient se contenter de suivre les ordres des premiers serait sans tarder exclu du débat. Plus largement, il est évident que le cadre « autorisé » dans lequel se situe ce même débat a considérablement évolué depuis un peu plus de deux siècles et que le lieu de « l'État égalitariste » (au sens précité) dans lequel il prend place est un acquis essentiel. C'est un progrès théorique de première importance qui n'avait rien d'évident au départ.

Du coup, on pourrait se demander si la prise en compte de l'égalité de traitement comme valeur fondamentale partagée par les philosophes contemporains n'affaiblirait pas désormais l'intérêt des théories de la justice ? En effet, puisque le principe semble acquis, on pourrait s'attendre à

2. On doit à R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, cité par W. Kymlicka, in *Les théories de la justice, une introduction* [1992], Paris : La Découverte, 1999, p. 10, d'avoir formulé cette interprétation nouvelle.

ce que les questions débattues se confinent à des problèmes, soit d'ajustement des arguments, soit d'exégèse de certains détails. En réalité, c'est tout le contraire. Le fait de ne plus positionner le débat politique autour de la question de savoir si nous acceptons ou non la valeur de l'égalité de traitement ouvre un champ immense sur la manière d'interpréter cette idée d'égalité. Aussi, ce qui fonde l'unité de la philosophie politique est-il dans le même mouvement ce qui rend le mieux compte de sa diversité.

Nous pouvons maintenant aller plus loin. Dire que l'égalité de traitement est le fait premier de nos sociétés libérales nous amène à redéfinir sur quoi porte réellement les désaccords en matière de justice et comment articuler justice commutative, punitive et distributive.

III. Théories contemporaines de la justice

3.1 L'utilitarisme

Pour donner un critère et une règle d'action à l'idée d'égalité, le courant utilitariste, aussi fort que le *Gulf Stream*, va émerger à partir du XVIII^e siècle, s'étendre des pays anglosaxons jusqu'en Europe continentale et occuper une place prépondérante dans le débat sur la justice jusqu'à nos jours. Ce courant part de l'idée simple que si nous voulons respecter l'idée d'égalité et répondre à la question de la nature de notre société juste, il faut reconnaître que la préférence d'un tel ne peut valoir ni plus ni moins que la préférence d'un autre. Il est en effet inacceptable qu'un seul homme ou un petit groupe d'individus impose leurs propres aspirations à l'ensemble, c'est pourquoi il convient de faire appel à une analyse objective et neutre.

Or, si aucune utilité ne vaut par essence plus qu'une autre, la méthode pour distinguer un acte bon d'un acte mauvais sera l'évaluation par les conséquences de cet acte sur la diminution de souffrances et respectivement l'accroissement du bien-être général. La tradition utilitariste³ prétend que la seule théorie morale valable est celle qui pose que le seul bien à réaliser – et même à maximiser – est l'utilité, c'est-à-dire le bien-être du point de vue des désirs et des préférences des individus. Du point de vue des pouvoirs publics, une décision est moralement bonne si elle permet une augmentation générale de l'utilité. Et pour mesurer si l'utilité augmente ou non, on calcule, par agrégation, la somme des utilités individuelles.

- L'échec utilitariste

L'utilitarisme pose de graves problèmes à l'égard de la justice. Premièrement, il n'est sans doute pas si facile de pouvoir établir l'intensité exacte des préférences individuelles, de sorte qu'elles soient comparables d'un individu à l'autre afin de pouvoir additionner ces utilités. Deuxièmement, l'utilitarisme ne se préoccupe que de l'agrégation des utilités, pour aboutir à leur somme sans se soucier de la manière dont le bien-être atteint est distribué au sein de la population. Il entre ici en conflit avec l'idée qu'une société juste doit aussi tenir compte des aspects relatifs à la justice distributive. Enfin, l'utilitarisme accorde une importance exclusive au bien-être. Il en découle donc que tout peut lui être sacrifié, y compris les droits de l'individu et, bien que

3. Pour un développement des thèses utilitaristes, se référer à *l'Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, textes choisis et présentés par C. Audard, Paris : PUF, 1999.

les utilitaristes leur réserve évidemment de l'importance, la sphère d'autonomie au sein de laquelle chaque individu est souverain – ce qui participe intuitivement des droits de l'homme –, peut à tout moment être transgressée si le bien-être collectif l'exigeait.

Schématiquement, on peut avancer que le défaut majeur de l'utilitarisme concerne l'évaluation du niveau de vie à travers l'utilité. L'argument est le suivant⁴ : cette prise en compte unilatérale de l'intensité des désirs indépendamment de leur qualité ou de leur objectif peut conduire à des situations moralement injustifiables. S'il se trouve dans nos pays respectifs une majorité de gens pour approuver le retour à certaines pratiques cruelles, par exemple des jeux du cirque (télévisés) où, comme à la « belle époque », des malheureux étaient jetés dans l'arène pour servir de repas aux fauves, si cette idée devait parvenir à conquérir l'assentiment d'une majorité du public, l'utilitarisme ne fournirait aucun argument pour s'y opposer. Mais on peut penser encore à d'autres exemples : si je détenais un dangereux terroriste dont je sais (il n'y a aucun doute à cela) qu'il connaît l'heure et le lieu du prochain attentat que vont commettre ses complices, serais-je autorisé à utiliser tous les moyens pour le faire avouer, afin d'intervenir pour sauver la vie d'une multitude de gens ? Certes, la réponse qu'il s'agirait de donner concernant ce dernier cas de figure est peu aisée. Mais là réside encore un défaut de la pensée utilitariste : afin de renforcer son assise, elle est obligée de mobiliser des situations aussi extrêmes que peu probables. Elle ne fournit donc guère d'arguments convaincants permettant d'éviter certains actes

4. Rawls (1971, voire infra) cité dans A. Sen, *Éthique et économie et autres essais*, Paris : Presses Universitaires de France, 1993, p. 202.

intolérables, du moins dans des cas probables. On peut lui reprocher potentiellement de « sacrifier » certaines libertés fondamentales sur l'autel de la maximisation des préférences collectives. Ce qui est par-dessus tout important de retenir de cet argument, c'est qu'il soutient que l'utilité n'est en rien suffisante pour porter un jugement moral sur la manière de promouvoir le « bien-être collectif » du point de vue de la justice distributive. Parce qu'il ne mesure pas toute l'importance du respect strict des droits des individus, l'utilitarisme soulève de gros problèmes en regard des exigences de la justice commutative.

Il y a donc une série d'intuitions morales que nous possédons tous qui s'opposent au critère de la maximisation du bonheur du plus grand nombre. Nous avons un certain nombre de droits qui paraissent ne jamais pouvoir être abolis, même si leur suppression procurerait des avantages collectifs indéniables, bref même si ne pas en tenir compte nous faciliterait la vie.

3.2 La théorie de la Justice de John Rawls

John Rawls reproche aux utilitaristes de proposer une conception impropre de la justice et s'attelle à renouer les liens que l'utilitarisme avait alors défaits entre justice commutative et justice distributive. S'opposant aux utilitaristes, Rawls pose que « chaque membre de la société possède une inviolabilité fondée sur la justice [...], qui a priorité sur tout, même sur le bien-être de tous les autres. La justice nie que la perte de liberté des uns puisse être justifiée par un plus grand bien que les autres se partageraient. »⁵

5. J. Rawls, op. cit. [1971], trad. fr. 1997, p. 53.

Comment fonder les principes de justice selon Rawls ? Il faut opérer un raisonnement qui nous ramènerait tous à un point de départ hypothétique, c'est-à-dire dans une situation où nous ne connaîtrions pas notre position dans la société, ni ne saurions pas si nous sommes riches ou pauvres, quel métier nous exercerions, etc. Placé sous un « voile d'ignorance » nous aurions tout avantage à concevoir la justice selon les deux principes suivants :

- le principe d'égalité de liberté : toute personne a un droit égal à l'ensemble le plus étendu de libertés fondamentales qui soit compatible avec l'attribution de ces mêmes libertés aux autres ;

- les inégalités socio-économiques ne sont justifiées qu'à deux conditions : a) pour autant qu'elles contribuent à améliorer le sort des membres les moins avantagés de la société (principe de différence) et b) si ces inégalités sont relatives à des positions que tous ont des chances équitables d'occuper (principe d'égalité des chances).

Pour la méthode, ce qu'il faut égaliser selon Rawls, ce n'est pas l'utilité des individus, mais l'ensemble des biens sociaux premiers, c'est-à-dire les conditions et les moyens généraux dont nous avons besoin pour réaliser les buts que nous poursuivons dans notre vie, quels qu'ils soient. Ces biens premiers sont les libertés telles la liberté d'expression, la liberté de réunion, la liberté de culte, etc., dont traite le premier principe, et des avantages socio-économiques comme le revenu, le respect et des chances de parvenir à ces avantages, qui sont compris dans le second principe. Ces biens doivent être distribués de façon égalitaire, sauf si une inégale distribution bénéficie aux plus défavorisés. Au

fond, Rawls plaide pour une conception égalitariste de la justice, mais au motif que cette conception ne doit pas forcément aplanir toutes les inégalités, mais seulement éliminer celles qui défavorisent certaines personnes. Autrement dit, il y a des inégalités qui peuvent être bénéfiques, ce sont celles qui permettent un avantage pour tout le monde. Si le fait, par exemple, que quelqu'un bénéficie d'un revenu supérieur au mien favorise, en revanche, mes propres intérêts, le principe d'égalité est alors respecté et suggère que nous autorisions cette inégalité plutôt que de la proscrire.

Mais à ce stade, certains biens premiers distribués peuvent encore entrer en conflit. Par exemple, nous pourrions augmenter le revenu de certaines personnes en les privant de certaines libertés fondamentales. Ainsi, ce qui est équitable sous un aspect peut représenter une inégalité grave de l'autre ; on retomberait du coup dans une incohérence entre principes de justice distributive et commutative. Pour éviter de tels écueils, Rawls propose donc de hiérarchiser les différents éléments de la théorie, en plaçant au sommet le principe de l'égalité des libertés fondamentales, qui a la priorité sur le principe de l'égalité des chances qui, lui-même, a préséance sur le principe de l'égalisation des ressources. Ainsi même si on devait renoncer à un avantage social généralisé, aucun acte ne serait justifié du point de la justice s'il venait à transgresser les libertés fondamentales qui n'appartiennent qu'à la seule sphère individuelle.

3.3 Le courant libertarien

Mais la théorie rawlsienne a aussi dû faire face à des détracteurs. À partir des années 50, puis dans les années 70, émerge une école de pensée dont les tenants se réclament d'être les

gardiens des principes de justice commutative. C'est le courant libertarien. Inspiré des travaux de Friedrich Hayek, ce courant influencera énormément les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne puisqu'un de ses théoriciens d'ailleurs, Nozick, deviendra le conseiller personnel du président américain Ronald Reagan et influencera également la politique de Margaret Thatcher, en Grande-Bretagne.

Pour les libertariens, il faut aller jusqu'au bout de l'idée selon laquelle la liberté individuelle est une notion fondamentale. La théorie libertarienne « définit une société juste comme une société qui ne permet à personne d'extorquer à un individu ce qui lui revient en un sens prédéfini »⁶. Elle implique un capitalisme sans bornes et des redistributions minimales. F. A. Hayek⁷ désigne comme un « mirage » la pertinence du débat concernant la justice distributive. En effet, l'optique libertarienne identifie la justice à la défense de la liberté individuelle conçue comme un droit strict à la propriété. Cette vue pose que les biens que j'ai acquis légalement m'appartiennent en droit. Dans ce cas, pourquoi devrais-je accepter de céder à l'État une part de mes droits pour qu'il le redistribue à sa guise ? Aussi, si la justice consiste à sauvegarder la liberté individuelle, faut-il absolument rejeter toute redistribution à l'ensemble de biens possédés par l'individu ? C'est à cette condition expresse que, pour les libertariens, la liberté, « la situation dans laquelle chacun peut utiliser ce qu'il connaît en vue de ce qu'il veut faire »⁸, comble l'acceptation correcte de la justice.

6. P. Van Parijs, op. cit., 1991, p.248.

7. *Droit, Législation et liberté* [1973], vol. 1, Paris : Presses Universitaires de France, 1995.

8. F. A. Hayek, op. cit., p. 66.

Ce radicalisme implique que la justice n'a pas de lien avec les inégalités sociales. Si, par exemple, la société laisse mourir ses membres les plus démunis, il se peut que le libertarien s'en émeuve sincèrement et même se mobilise à titre privé contre cela, sans pour autant que celui-ci ne puisse en aucun cas trouver cette situation *injuste*. La redistribution des ressources n'est donc ni bonne, ni mauvaise, mais illégitime.

On peut montrer que la conception libertarienne de la liberté comme droit de propriété est incapable de rendre compte et de réaliser la visée de la justice comme équité entre les individus. L'argument principal qu'il convient d'objecter aux libertariens consiste à montrer qu'il convient d'accorder une place centrale à la liberté dans la théorie de la justice, mais que cette perspective n'implique pas le rejet de la redistribution d'une partie des biens à certaines catégories de la population. La thèse libertarienne suppose que le droit à la liberté implique un droit inaliénable de propriété. Or, l'identification entre liberté et droit de propriété est inappropriée. En effet, la liberté de faire ce que l'on désire implique plus qu'un simple droit. Que peut bien signifier, par exemple, le droit de se nourrir si je suis dans l'incapacité de me procurer suffisamment de nourriture ? Pour que la liberté d'agir ait un sens, il faut quelque chose de plus à la reconnaissance d'un droit, soit le pouvoir de réaliser effectivement ses visées. Autrement dit, « la liberté à laquelle il est important de faire une place est la liberté réelle de mener sa vie à sa guise, pas seulement la liberté *formelle* de le faire »⁹. En prolongement, promouvoir la

9. P. Van Parijs, op. cit., p.187.

liberté réelle la plus grande possible pour chacun ne peut se concevoir que dans une perspective des inégalités les plus profondes.

3.4 L'égalité marxiste

La liberté est aussi un concept central dans la philosophie marxiste. Prenant le système productif comme objet d'analyse, la critique marxienne de l'économie s'attache en effet à dénoncer un système qui réduit les travailleurs à n'être justement que des travailleurs et rien d'autre. Or, Marx a insisté sur la diversité première des facultés qui caractérise le genre humain. En amont, la critique marxienne s'attache à montrer le fossé qui existe entre le fait de choisir librement sa vie et l'activité forcée du travailleur, qui représente la négation de ce choix. La liberté des ouvriers est méprisée, ceux-ci sont aliénés à n'être que des moyens de production. Il convient donc de poser « les conditions du libre développement et de l'activité des individus sous leur propre contrôle » et de permettre, dans la future société libérée, « de faire aujourd'hui telle chose, demain telle autre, de chasser le matin, de pêcher l'après-midi, de m'occuper d'élevage le soir et de m'adonner à la critique après le repas, selon que j'en ai envie, sans jamais devenir chasseur, pêcheur, berger ou critique »¹⁰.

Le système de production est encore injuste parce qu'il ne respecte pas le principe qui veut que la production appartienne en droit à celui qui l'a créée. Les bénéfices (la plus-value) réalisés ainsi sur le dos des travailleurs sont illégitimes.

10. K. Marx, F. Engels, *L'idéologie allemande*, [1845-1846], Paris : Nathan, 1994.

times. Mais on se méprendrait à croire que Marx aurait plaidé pour une distribution égalitaire des revenus. Celle-ci constitue une erreur du fait qu'elle occulte la différence des besoins entre individus. D'où la formule célèbre, qui résonne comme une étonnante défense de la liberté individuelle : « De chacun selon ses capacités, à chacun selon ses besoins. » Ainsi le marxisme part de l'inégalité de base entre les individus, constate que le travail productif est échangé inégalement en termes de valeurs-travail du fait des inégalités individuelles de base et puisque la création du producteur lui appartient en droit, propose pour sortir de cette aliénation le *principe du mérite* (distribution des revenus selon les efforts de chacun).

3.5 Autres courants

Pour que le tableau soit plus complet, il faudrait ajouter les critiques générales du féminisme, développées sous diverses formes, à l'égard du libéralisme qui ne voit pas que la neutralité qu'il promet vis-à-vis des genres est déjà biaisée du fait que les règles sont souvent sexistes parce qu'elles sont en réalité basées sur les intérêts et les valeurs des hommes. Le libéralisme reste aveugle aussi par rapport au fait qu'en plaçant l'égalité uniquement sur le plan juridique, il omet toute une série d'injustices ayant lieu dans la sphère infra-domestique.

Il faudrait également parler du courant communautarien. Celui-ci reproche au libéralisme de négliger à tort ce qui est important avant toute chose, c'est-à-dire l'enracinement des individus dans un environnement social déterminé, qui justifierait la conception d'une « politique du bien commun », de valeurs collectives reflétant ce que représente la

vie bonne, plutôt que de vouloir garantir illusoirement les conditions formelles d'une société juste.

IV. La Justice pénale

De manière générale, la conception de la punition, des motifs qui la justifie et de son objet dépendent des principes et des critères développés dans les théories générales de la justice. Ainsi, chez Rawls, la justice pénale serait conçue afin de limiter l'intérêt personnel pour stabiliser le système social. La punition trouve sa justification pour maintenir les institutions justes que nous avons préalablement définies. Ainsi, la liberté étant placée au sommet, elle ne pourra être restreinte qu'au nom de la liberté égale pour tous elle-même, ce qui exclut que la liberté des uns puisse être restreinte au nom d'un quelconque avantage que nous pourrions retirer collectivement. L'exigence de justice nous impose de prendre au sérieux les droits inviolables des individus pour être équitable. C'est la liberté qui fournit le but et le cadre infranchissable de l'action d'une personne sur une autre. En matière pénale, la restriction d'une liberté ne pourra se faire qu'au motif du maintien des institutions de la justice qu'implique la préservation de la liberté.

Pour les utilitaristes, la peine doit être conçue en fonction du principe du calcul de la maximisation du bonheur et de son pendant la minimisation de la douleur. Une peine très sévère devrait en ce sens faire réfléchir celui qui s'apprête à commettre un méfait puisqu'un simple calcul entre les avantages et les inconvénients de son acte devrait le retenir.

- Montesquieu

Au final, nous pouvons revenir à Montesquieu dont la philosophie pénale bâtie il y a 300 ans n'a pas pris une ride et synthétise avant l'heure les grands débats du XX^e et de ce début de XXI^e siècles sur la justice. Il y a deux manières d'envisager la philosophie pénale : premièrement, d'un point de vue utilitariste, on fixe la peine selon les conséquences du point de vue de la société ; secondement, d'un point de vue de la justice rétributive, on fixe la peine selon ce que chacun mérite, du point de vue de l'accusé. Comme le résume D. W. Carrithers¹¹, « les rétributivistes ne font pas dépendre la justification des peines des estimations conséquentialistes des utilitaristes, mais de considérations de mérite, de ce qui revient à chacun. Le rétributivisme est une attitude orientée par la justice, et qui affirme que les criminels doivent être punis pour ce qu'ils ont fait, même si cela n'a aucune conséquence dissuasive pour les autres ».

La philosophie pénale de Montesquieu relève tantôt de l'un tantôt de l'autre. Mais surtout, son fondement est libéral : le système de punitions doit avant tout permettre la plus grande liberté possible. Il doit garantir la liberté des citoyens. Or, les libertés sont indissociables de la sûreté, comme Rousseau et, avant lui, Hobbes, l'avaient montré. Les peines doivent viser à garantir la sûreté dans l'État, parce que la sûreté permet aux individus d'exercer leurs libertés.

Montesquieu c'est donc tout à la fois Rawls et les penseurs utilitaristes avant la lettre. Partons de « l'échelle des

11. D.W. Carrithers, « La philosophie pénale de Montesquieu », in *Revue Montesquieu* n°1, Grenoble, 1997.

peines » comme point de départ. Plus le crime est grave, plus la peine devrait l'être aussi. Ce qui justifie ici l'échelle des peines, c'est la plus ou moins grande menace d'un crime pour la société. Cette idée est fondée sur un raisonnement utilitariste. Pour défendre cette position, Montesquieu sous-entend que le criminel agit en être rationnel, qu'il fait des choix conscients et est capable de juger du risque qu'il prend. Pour Montesquieu, il n'y a donc pas de criminel par nature ou de « gène de la criminalité » comme on dirait aujourd'hui. Mais il ne suffit pas de dissuader les crimes par une approche utilitariste, il faut aussi que l'idée de justice soit effective. Continuons sur l'échelle des peines : Montesquieu pense que l'on doit absolument séparer ce qui appartient aux coutumes et aux mœurs de ce qui appartient à la législation. Il est donc illégitime de punir ceux qui tiennent des mœurs qui déplaisent au pouvoir. Aussi, Montesquieu propose-t-il une classification des peines très différente de celle pratiquée à son époque, excluant de la catégorie des crimes le péché religieux, les vérités religieuses ne devant pas s'imposer par la coercition, mais par la conviction¹². Au sommet de la hiérarchie des peines de Montesquieu, on trouve les crimes contre la sûreté. En effet, rappelons que la sûreté est pour lui la première garantie de la liberté. Comme la liberté est placée au sommet de l'échelle des valeurs, les crimes dirigés contre elle doivent être punis proportionnellement à leur gravité (trahison, meurtres, vols importants).

Montesquieu montre également l'inefficacité des peines cruelles. Par exemple, bien qu'on ait réservé aux bandits de

12. Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, Livre XII, chap. 4, Paris : GF, 1979.

grands chemins le supplice immodéré de la roue, les vols n'ont cessé de continuer. Ce n'est donc pas la modération des peines qui empêche le rétablissement de la sécurité, mais plutôt l'impunité des crimes. Surtout les peines sévères, si elles semblent donner des résultats à court terme, sont catastrophiques à long terme, car elles provoquent une accoutumance à la dureté et corrompent l'État lui-même, qui devient alors despotique¹³. Il y a donc une contradiction interne à user de peines trop sévères. A vouloir soigner la violence, par la violence elle-même, on inocule le mal au moyen du remède lui-même. On entre alors dans une logique immanente de destruction.

Montesquieu développe une philosophie pénale à la fois utilitariste et rétributiviste. Utilitariste dans sa construction de l'échelle des peines, rétributiviste dans sa conception de l'accomplissement de la justice. Défenseur de libertés individuelles, Montesquieu ne voit pas de crimes là où les actes n'empiètent pas sur l'ordre public, comme la magie ou le blasphème par exemple. En définitive, sa conception de la philosophie pénale, basée sur la modération des peines construite sur une hiérarchie des châtiments, donne de solides bases à ce qui reste plus que jamais pour nous le pire des maux, la tyrannie.

Pour conclure

Nous constatons au terme de cet article que les contours animant les débats entre théoriciens contemporains de la justice sont complexes et nombreux. Nous avons explicité

13. Montesquieu, *ibid.*, livre VI, chap. 12.

comment les reproches que s'adressent les uns les autres visent le plus souvent à montrer que le courant opposé néglige un ou plusieurs des pôles constituant les fondements d'une théorie de la justice. Certains portent la critique sous l'angle de la justice commutative (par exemple, la critique adressée aux utilitaristes), d'autres sous l'angle de la justice distributive (par exemple, la critique adressée aux libertariens), d'autres encore sous les deux angles (par exemple, les critiques faites à ces deux approches par J. Rawls), d'autres enfin sous l'angle de la justice pénale vis-à-vis de laquelle on omettrait certaines justifications (par exemple, la critique faite par les rétributivistes). Puisqu'ils font directement appel à nos intuitions et sentiments les plus profonds, les débats quant à la manière de confronter ces différents aspects de la justice et de les rendre cohérents entre eux ne tariront sans doute pas à l'avenir.

D'autant que l'évolution récentes de nos sociétés prises dans le courant de la mondialisation ne cessent de nous amener de nouveaux tourments et de nous confronter à de nouvelles interpellations. Parmi les multiples enjeux de notre temps, citons par exemple celui d'assurer les bases de la solidarité, à l'intérieur des nations et entre celles-ci, alors que la concurrence s'étend férocement à l'échelle de la planète ; celui de la recherche de valeurs et de conceptions communes permettant la création ou le maintien de structures politiques partagées, alors que les signes de replis identitaires sont de plus en plus visibles ; ou encore sur ce qui n'est pas le moindre des défis, celui de la préservation d'un environnement vivable, au moment où tout se passe comme si nous avions choisi de le sacrifier à la seule logique productiviste. Autant de questions parmi d'autres qui commandent un examen en terme de principes et de critères de justice.

Plus que jamais peut-être, la philosophie politique doit à cet égard conserver une place dans le débat. Car que l'on mette en avant le principe de l'égalité basée sur le critère du calcul des préférences à la manière des utilitaristes, le principe du droit absolu à la liberté formelle selon la vision libertarienne ou rawlsienne, ou encore l'objectif de pouvoir mener une vie digne tel qu'on le trouve dans la réflexion marxienne, malgré leurs différences de taille, ces théories partagent néanmoins une ambition commune, celle de donner une assise plus raisonnée aux objectifs, aux critères et à la nature de nos choix collectifs qui déterminent la façon dont nous souhaitons vivre ensemble.

Détenteur d'une licence en philosophie et d'une maîtrise en administration publique, Jérôme Savary prépare un doctorat sur la gestion de la mobilité urbaine dans le cadre de l'analyse des politiques publiques.

Courriel : jsavary@infomaniak.ch

LA JUSTICE A-T-ELLE UNE PLACE À L'ÉCOLE¹ ?

*par Philippe Haeberli,
avec la collaboration de François Audigier*



L'École – l'École publique s'entend –, n'a-t-elle pas été instituée dans une perspective de justice ? Pour étudier les nombreuses relations entre justice et École, la première tâche consiste à interroger les différents sens de cette dynamique. La justice scolaire est d'abord étudiée sous l'angle distributif. Le terme de « justice scolaire » peut également être entendu comme norme de fonctionnement de l'établissement, comme référence de l'action pédagogique. Enfin, la justice est examinée à la lumière de dispositifs de participation des élèves à la vie scolaire, particulièrement favorables à la mise en place d'une éducation au droit et aux valeurs, composantes essentielles d'une éducation à la citoyenneté.

1. De par leurs origines et leur lieu de travail, les co-auteurs ont surtout une connaissance des systèmes éducatifs suisses et français. Par conséquent, les exemples cités seront tirés principalement de ces espaces géographiques et politiques.

1. La justice du système éducatif ?

- De l'obligation scolaire à l'égalité des acquis

L'obligation scolaire est un phénomène relativement récent dans l'histoire de l'humanité ; la plupart des États européens l'ont adoptée entre le XVIII^{ème} et le XX^{ème} siècle². Le corollaire de cette obligation, le droit à l'éducation, est par ailleurs loin d'être une réalité dans de nombreux États de la planète³. *L'École pour tous* ne signifie pas accès généralisé aux diplômes, à la réussite scolaire. L'instruction des masses est la principale raison d'être de l'instauration de l'obligation scolaire ; il n'est alors nullement question de mélanger les réseaux éducatifs (élite/masse) ou de favoriser la mobilité sociale. Les différentes filières sont quasi étanches. La voie scolaire, accès au sommet de la pyramide sociale, est l'apanage d'une étroite frange de la population. Le critère du mérite préside à la promotion des meilleurs ; une minorité d'élèves de milieux défavorisés prend l'ascenseur social. Cette promotion de quelques-uns a contribué à forger l'image d'une École juste, insérée dans une société inégalitaire. Dans certaines cultures, l'ascension

2. Le Danemark (1739) et l'Autriche (1774) sont les premiers États européens à avoir adopté l'obligation scolaire ; le Portugal (1960) et l'Espagne (1970) sont les derniers à l'avoir fait (source : Eurydice-Eurybase, 1998).

3. La *Convention relative aux droits de l'enfant*, ratifiée en 1990 par l'ensemble des États membres des Nations Unies à l'exception des États-Unis et de la Somalie a inscrit le droit à l'éducation comme un des droits de l'enfant (cf. art. 28). L'alinéa a) demande aux États de « rendre l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous » ; l'alinéa c) « qu'ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés ». Cependant, l'accès aux études supérieures et, pour certaines populations, une instruction élémentaire restent très problématiques dans nombre de pays. Cf. l'article de Jean Hénaire et Véronique Truchot dans le précédent *Thématique*.

sociale emprunte d'autres voies que les études. La tradition germanique, qui concerne aussi la Suisse, a longtemps privilégié la formation en milieu professionnel (*apprentissage*⁴) pour accéder aux postes à responsabilité dans les entreprises ou dans l'administration.

Dans les années 1960, massification de l'enseignement et unification des filières bouleversent l'École. Le gonflement des effectifs du secondaire supérieur et de ceux de l'enseignement supérieur touche tous les systèmes éducatifs européens. Les filières secondaires sont de moins en moins différenciées ; c'est la fin de leur étanchéité totale. L'accès aux diplômes universitaires n'est en principe plus réservé à une couche réduite de la population mais à un large éventail ; la voie scolaire devient un puissant vecteur d'ascension sociale. Le terme de démocratisation des études est utilisé. Parallèlement apparaît l'échec scolaire. L'image d'une École injuste et excluante se substitue à celle d'une École perçue jusqu'à alors comme juste dans une société injuste (la promotion des meilleurs parmi les plus défavorisés en était la cause). Les enquêtes vont assez vite mettre en doute la prétendue démocratisation des études et l'accès généralisé aux diplômes. Aux USA, le rapport Coleman (1966) issu d'une enquête auprès de 650 000 élèves a cette conclusion : l'origine sociale pèse lourdement sur la réussite scolaire. Les élèves ne sont pas tous égaux devant les apprentissages scolaires et l'École semble impuissante à exercer une influence indépendante pour rendre la réussite moins dépendante de l'héritage familial. En France, la critique de Bourdieu (1964) est contemporaine : l'inégalité de compétence langagière

4. C'est le terme utilisé en Suisse pour désigner la formation en milieu professionnel.

construite dans le milieu familial antérieurement à la scolarisation n'est pas prise en compte par l'École ; pire, les inégalités sociales sont reproduites car seul l'*habitus* des classes sociales dominantes constitue la norme scolaire. L'égalité de traitement à l'École est une mystification ; assurer à tous les élèves le même enseignement n'est pas garantir l'égalité des réussites. La question de la justice fait son entrée à l'École : est-il juste que celle-ci tente de corriger la situation d'handicap social ou doit-elle s'occuper essentiellement de ceux qui réussissent, de ceux qui apporteront le plus à la collectivité ? La finalité de distribution du bien « éducation » comme accès au sommet de la hiérarchie sociale s'ajoute aux finalités d'instruction et de socialisation.

Dominante aujourd'hui et dans le sillage des débats autour de l'ouvrage de John Rawls *A Theory of Justice*, la théorie de l'égalité des chances a remplacé l'idée d'une École strictement égalitaire⁵. Pour que les plus talentueux ne pâtissent pas d'un handicap social, certaines inégalités de traitement se trouvent justifiées. L'action éducative est orientée vers une discrimination positive : des moyens supplémentaires pour les écoles des zones défavorisées. L'expérience des zones prioritaires d'éducation (ZEP) depuis le début des années 1980 en France en est un exemple. Les critiques là aussi ne se sont pas fait attendre et les résultats n'ont pas été à la hauteur des espérances. L'égalité des moyens n'induit pas nécessairement une égalité de résultats. L'égalité des chances est aussi remise en cause aujourd'hui par deux

5. L'objectif d'égalité des chances se retrouve dans les différentes lois sur l'instruction publique des pays européens. A Genève, l'art. 4 f) de la loi sur l'instruction publique stipule que l'école doit « tendre à corriger les inégalités de chance de réussite scolaire des élèves dès les premiers degrés de l'école ».

autres facteurs. A la fin des années 1980, Bloom et son équipe montrent qu'il est possible de faire réaliser par la majorité des élèves des apprentissages traditionnellement réservés aux meilleurs⁶. L'inégalité des talents est donc sérieusement mise en question par ses résultats. D'autre part, la question de la justice distributive s'est complexifiée ; elle est amenée à s'intéresser à d'autres questions liées au changement des conceptions éducatives. Elle ne s'intéresse plus seulement au seul enjeu de la mobilité sociale ou à la distribution d'un bien éducatif particulier entre des catégories particulières, mais aussi à d'autres catégories de biens. Par exemple, le savoir dont le statut a évolué. Les apprentissages tendent à devenir de moins en moins un critère de sélection des élites mais à orienter vers les conditions d'une vie bonne. Des questions comme celles de l'égalité des conditions d'enseignement, de la correspondance des contenus à ce dont chacun aura besoin au cours de sa vie, de l'acquisition de compétences minimales font aujourd'hui leur apparition dans le champ de la justice éducative.

- La mesure de l'équité des systèmes éducatifs

Très récemment, une enquête soutenue par la Commission européenne a été menée par le Groupe européen de recherche sur l'équité des systèmes éducatifs (2003)⁷. L'enquête interroge l'équité des systèmes à l'aide

6. Bloom montre l'efficacité du système de préceptorat. De manière plus générale, la pédagogie de la maîtrise insiste sur l'importance des facteurs temps et guidance dans les apprentissages. Pour en savoir plus : Crahay 2000.

7. Le rapport d'enquête est consultable à l'adresse suivante :

http://europa.eu.int/comm/education/programmes/socrates/observation/eq_uality_fr.pdf

de vingt-neuf indicateurs en utilisant autant des données existantes (en grande partie les données issues de PISA⁸) que des données nouvelles. Il est intéressant de noter les motivations avancées par les auteurs. Elles relèvent du politique : l'émergence rapide et massive des questions éducatives dans l'espace public rend nécessaire des enquêtes et des études sur le problème de l'équité de ces systèmes. L'opportunité d'une telle enquête est également justifiée par la question de l'efficacité : le sentiment d'être traité avec justice aurait une influence positive autant sur le fonctionnement des établissements que sur les performances des élèves⁹. Enfin, il y a une ambition théorique de dépasser le questionnement sur l'École en terme exclusif d'égalité et d'introduire la question de l'équité, d'interroger la justice des inégalités. Certaines inégalités sont tolérées parce qu'elles ne sont pas jugées assez injustes pour être intolérables. En d'autres termes, les inégalités sont justifiées par certains arguments qu'une théorie de la justice doit discuter, si nous voulons les réduire. Suivant principalement la théorie de John Rawls¹⁰, certaines inégalités générées par les systèmes éducatifs sont d'autant plus injustes que leurs conséquences sur la vie future des élèves sont importantes,

8. L'enquête PISA (Programme for International Student Assessment), réalisée au printemps 2000 dans tous les pays de l'OCDE, ainsi qu'au Brésil, en Russie, au Liechtenstein et en Lettonie avait pour but de comparer les capacités d'élèves de 15 ans (fin de scolarité obligatoire) dans les domaines de la lecture, des mathématiques et des sciences.

9. On peut se demander ici si les bonnes performances scolaires ne poussent pas à avoir le sentiment d'être traité avec justice et inversement ? En d'autres termes, le sens de la flèche n'est pas évident à déterminer dans la relation postulée entre justice-efficacité.

10. De nombreux autres penseurs ayant travaillé sur la justice sont utilisés par les auteurs dans la construction des indicateurs (Walzer, Sen, etc.).

qu'elles sont attribuées au fonctionnement du système éducatif plutôt qu'au contexte social et culturel, qu'elles se réalisent au détriment des défavorisés et qu'elles affectent fortement le jugement que les citoyens ou usagers portent sur la justice du système éducatif (confiance dans l'institution). Ce sont ces types d'inégalités que les auteurs de l'enquête ont retenues pour juger de l'équité des quinze systèmes éducatifs analysés.

2. Justice et expérience scolaire

- ...le sentiment et le jugement des élèves

Une des originalités principales de l'enquête sur l'équité des systèmes éducatifs européens est d'accorder une place importante aux jugements des acteurs scolaires à propos de l'expérience scolaire. Conformément au principe d'équilibre réfléchi (« *reflexive equilibrium* ») de Rawls, les auteurs ont confronté la mesure des inégalités des systèmes aux sentiments de justice des acteurs. Cette prise en compte du jugement des acteurs est une reconnaissance de l'incomplétude de toute théorie en sciences sociales et de la nécessité de confronter tout point de vue théorique au sens commun. C'est également l'occasion d'analyser les critères sur lesquels se fondent les acteurs scolaires pour juger de la justice du système.

Nous nous intéressons à l'opinion générale des élèves sur la justice, à leurs critères de justice et au sentiment d'être traité avec justice¹¹. La grande majorité des élèves interro-

11. Cf. p. 46-49 ; 60-61 du rapport de l'enquête *l'équité des systèmes éducatifs européens* (2003).

gés¹² adopte un principe méritocratique pour juger de la vie après l'École. La réussite est pour eux fonction des efforts fournis à l'École et au travail ainsi que des talents. Ils sont une minorité à penser que la chance ou le milieu social aient une influence. Quant à la réussite scolaire, une différence se fait sentir entre filles et garçons. Pour les premières, c'est le travail et l'effort qui paient ; pour les seconds, ce sont, au contraire, la chance et le talent naturel qui ont plus à faire avec l'obtention de bonnes notes¹³. Sur la question de ce que devrait être un système scolaire juste, les élèves considèrent que la même attention devrait être accordée à chacun en classe et récusent l'idée d'une attention plus soutenue pour les élèves les plus capables. Parmi les élèves les plus faibles, le principe d'une attention accrue pour ceux qui ont le plus de difficultés remporte de nombreux suffrages. L'égalité des chances est ainsi un principe auquel adhère également une majorité des élèves. Il est intéressant de noter que les critères de justice ne diffèrent pas sur ces questions entre les profils du primaire et du secondaire. Le dernier indicateur concerne l'expérience scolaire, ce que les élèves vivent le plus directement, ce qui les touche le plus. Plus des deux tiers des élèves interrogés estiment être traités individuellement avec justice par leur enseignant ; mais à l'affirmation « les professeurs respectent tous les élèves », ils ne sont plus que la moitié à être d'accord et la majorité exprime leur désaccord avec l'affirmation « les professeurs ne marquent pas de préférence entre les élèves ». Un sentiment d'injustice se fait donc jour

12. La partie de l'enquête sur le sentiment de justice a concerné la Belgique, la France, l'Espagne, l'Italie et l'Angleterre. Le questionnaire s'adressait à des élèves de 8^{ème} année. Dans chaque pays, 40 écoles ont été sélectionnées et 2 classes par école ont été interrogées.

13. Pourquoi les garçons ne reproduisent pas ces critères pour la vie après l'école ?

lorsqu'il s'agit du traitement des moins bons élèves par les enseignants. Les élèves interrogés¹⁴ considèrent que les enseignants ne traitent pas l'ensemble des élèves sur un pied d'égalité ; c'est notamment dans le domaine des sanctions et des récompenses que les inégalités de traitement entre bons et mauvais élèves sont dénoncées.

- D'autres enquêtes sur le sentiment et le jugement des élèves

L'enquête européenne sur l'équité n'est pas la première à s'intéresser au sentiment de justice des élèves. Ce type d'enquête encore trop rare, a été initié en France du moins, par un sociologue de l'École, François Dubet (1999)¹⁵. Deux thèmes marquent fortement pour Dubet le discours des élèves sur la justice de l'expérience scolaire : l'importance accordée au principe du respect et la récurrence du thème du mépris dans leurs propos. La pire des injustices, c'est le jugement sur la performance utilisé comme jugement sur la personne ; par exemple, les petits mots blessants à l'occasion de la remise des copies, la copie « surnotée » ou, au contraire, sacquée, assimilée à une vengeance. Ce qui est très violemment ressenti et jugé dans ces exemples, c'est bien sûr l'attaque contre la dignité de la personne. Mais les élèves dénoncent aussi la confusion des registres que les enseignants pratiquent. Nous retrouvons la critique formu-

14. C'est l'opinion de tous les élèves d'après l'absence d'indication contraire dans le rapport.

15. Les résultats exposés sont tirés d'une enquête menée à la fin des années 1990. Elle a été menée en France auprès de collégiens et lycéens. Dans le primaire, les enquêtes sont beaucoup plus rares ; ce qui ne signifie aucunement que la question de la justice soit absente de l'ordre primaire. Les travaux de Piaget, puis de Lawrence Kohlberg ont insisté sur l'effet âge dans la conception du juste.

lée par les élèves interrogés dans l'enquête sur l'équité : les enseignants affichent des préférences dans le traitement des élèves, dans la manière de sanctionner et de récompenser.

Nous avançons que les élèves considèrent l'évaluation et le comportement pour reprendre une expression de Michaël Walzer (1983), comme des *sphères de justice* autonomes ; ils attendent que des critères extérieurs à la sphère concernée ne viennent pas parasiter le principe de justice propre à chaque sphère. Autrement dit, aucune considération de type relationnel, de cohésion de groupe ou, pire, de vengeance personnelle n'est admise dans la sphère évaluative sous peine d'injustice. Ajoutons que la question de l'injustice relevant de la confusion de registre est doublée dans le cas de la copie sacquée par une injustice « politique » : l'absence de voie de recours contre la décision professorale. Les élèves sont nombreux à dénoncer le fait que la seule personne à laquelle ils peuvent se plaindre est celle à qui ils reprochent l'injustice. Nous reprenons ce point plus loin.

Les textes réglementant l'action de l'enseignant existent, mais ils ne sont pas toujours appliqués dans la pratique. Les enseignants outrepassent parfois le pouvoir qu'il leur est conféré, ce qui peut les amener à tomber dans l'arbitraire. Les élèves reçoivent naturellement très mal ces actes et/ou paroles du Prince. Deux enquêtes menées en France appuient ce constat. Le sociologue français Pierre Merle (2002) montre que l'humiliation des élèves est pratiquée de manière consciente ou non par certains enseignants ; elle est utilisée comme instrument non-réglementaire de pacification de la classe. Ces pratiques, qui recouvrent aussi bien le rabaissement scolaire lié au statut d'élève que l'injure liée à la personne, visent en général un élève sans qu'une

faute scolaire ait été clairement identifiée. Une enquête sur la punition scolaire menée par un autre sociologue français Eric Debarbieux (1999) révèle que plus de deux tiers des sanctions édictées par les enseignants (par exemple, *pen-sum*, exposition infamante ou exclusion de l'élève de la classe seul) sont proscrites par les textes officiels.

Autre point de focalisation des injustices scolaires, le problème de la réciprocité. Un jugement est estimé juste quand l'enseignant, les adultes en général, s'y soumettent au même titre que les élèves : le maître doit s'imposer les règles qu'ils imposent aux élèves, il doit être respectable, s'il veut être respecté. Il doit être ponctuel, courtois et juste, comme les élèves doivent l'être. L'enquête de Dubet (1999) souligne également le fait que les élèves ont beaucoup de peine à comprendre et à admettre de telles inégalités de traitement. La présence massive et régulière de cette question dans le discours des élèves demande à être interrogée ; nous analysons un peu plus la notion de réciprocité en regard de la référence au droit plus loin.

Enfin, un dernier aspect important du jugement de justice toujours relevé par Dubet (1999) porte sur la difficulté dans la montée en généralité des critiques. Il est très rare de rencontrer un discours d'élève dans lequel est évoquée la possibilité d'une autre École. Il y a une absence de critique de nature sociale de l'École ou plus largement du système, dans les discours des collégiens interrogés. À aucun moment, les élèves ne relèvent, par exemple, des différences de traitement telles que « les enseignants choisissent l'égalité pour ce qui les concerne (carrières à l'ancienneté) et optent pour le mérite pour juger les élèves ». Même si les enquêtes sont encore rares et, donc, une certaine prudence

est de mise, les élèves interrogés ont beaucoup de peine à penser leur situation autrement que dans la centration sur la relation maître/élève à l'intérieur de la classe de cours.

3. Justice et éducation à la citoyenneté

Le déplacement de l'interrogation sur la justice des systèmes scolaires vers les essais de saisie du sentiment de justice des acteurs poussent la réflexion vers l'éducation au sens large du terme, et plus particulièrement vers l'éducation à la citoyenneté. Quels savoirs, quels apprentissages et quelles compétences une interrogation sur la justice à l'École propose-t-elle ? Nous avançons deux pistes complémentaires, porteuses d'éléments de réponse à ces questions : la référence au droit et à la philosophie politique aussi bien dans les discours que dans les pratiques scolaires, et un dispositif de participation des élèves à la vie scolaire comme support d'apprentissage au droit et à la justice.

- Pour une éducation au droit et aux principes...

La question de la justice est indissociable de celle des droits, du droit et des valeurs. L'aune à laquelle nous jugeons de la justice de nos actions est le système de valeurs auquel nous croyons et les règles dans lesquelles celles-ci s'incarnent. Le philosophe américain Ronald Dworkin (1985) développe une conception interprétative du droit selon laquelle celui-ci est avant tout une affaire de principes (« *a matter of principle* ») : le travail du juge et du juriste consiste à arbitrer des principes moraux entrant en concurrence et non à vérifier la conformité de la décision avec le corpus de règles en vigueur. C'est à partir de cette conception axiologique du droit que François Robert

(1999) construit sa réflexion et développe l'idée de transposer dans le milieu scolaire aussi bien certaines pratiques judiciaires que des objets de droit. Sa thèse est qu'une éducation au droit ne doit pas s'attarder à l'aspect formel du droit, mais situer son action pédagogique au niveau des principes. Inspirant les pratiques scolaires et mis au programme comme contenu d'apprentissage, l'enseignement du droit à partir de principes situe les apprentissages sur le plan des valeurs et répond à une demande sociale, de sens, d'explication, adressée à l'École par de multiples acteurs ; il s'agit essentiellement d'identifier les valeurs derrière les règles et les discours, comprendre celles de la société et du droit, raisonner à partir de celles-ci, comprendre les positions adverses, confronter sa position avec les autres, décider à la lumière d'enjeux moraux... Issue d'une ancienne tradition formalisée par le juriste autrichien Kelsen (1986) qui marque encore fortement les systèmes juridiques continentaux¹⁶, l'idée que le droit est exclusivement un ensemble d'objets aux formes rigoureuses prévaut chez les acteurs des systèmes éducatifs. Certes, le respect des formes et des procédures est le gage d'une certaine légalité des actes et constitue un garde-fou contre le règlement par trop expéditif des conflits par la violence. Cependant, les enjeux moraux et les questions de justice ne sont pas explicités dans les formes ou par le simple énoncé des règles.

Apprendre la loi, ce n'est pas encore apprendre la justice. Dans cette mesure, l'équité et la justice n'émanent pas

16. Par opposition au système anglo-saxon de la *common law* dans lequel le principe de la règle du précédent règne et où, partant, la jurisprudence et non un ensemble hiérarchisé de normes joue un rôle primordial.

nécessairement d'un nouveau règlement, de la relance des institutions, ou encore de la révision des procédures. La constitution soviétique de 1936 est, par exemple, une construction parfaite sur le plan formel, mais les principes déclarés n'ont jamais été appliqués par le régime stalinien. Les exemples scolaires étudiés par Robert (1999) montrent que le respect le plus scrupuleux des procédures électives « démocratiques » ne parvient pas à rendre crédible l'institution aux yeux des enfants et qu'un formalisme excessif s'exerce souvent au détriment du sens de ces procédures. Les reconstitutions d'élections de délégués de classe ou rien ne manque : bureau de vote constitué d'élèves, émargement des listes, urne transparente, ne font en rien comprendre le sens de la délégation politique aux élèves ; elles leur donnent l'illusion que l'établissement scolaire est une démocratie politique, ce que l'École n'est pas. L'École publique est une institution, c'est-à-dire qu'elle n'a de raison d'être qu'insérée dans un espace social ; elle n'est pas maîtresse de son destin comme l'est une société politique. De plus, l'égalité des droits n'est pas une réalité scolaire ; les adultes ont été mis par la société dans une position d'éduquer les enfants, ce qui leur confère un statut supérieur dans l'établissement. Cette différence de statut répond en partie à la demande de réciprocité adressée par les élèves sur la justice de l'expérience scolaire (cf. plus haut) ; elle implique cependant qu'une inégalité partielle des droits, les droits spécifiquement liés à la tâche éducative. Les droits fondamentaux des personnes, les droits de l'homme ne peuvent pas subir d'atteinte au nom de la mission éducative de l'École.

- ... des droits de l'homme et de la tradition démocratique¹⁷

Pour autant, la référence politique n'est pas à bannir du champ éducatif et de l'espace scolaire. Faire de l'établissement scolaire une métaphore de l'organisation politique est une erreur pour les raisons évoquées plus haut. Cela n'empêche en rien d'organiser l'École et ses diverses instances de décision selon les principes politiques qui constituent le socle commun des régimes démocratiques sur la planète. La séparation des pouvoirs est un de ces principes que l'École devrait s'ingénier à respecter un peu plus. L'injustice dénoncée par les élèves sur l'absence d'instance de recours indépendante contre les décisions de l'enseignant participe bien des injustices de type politique. Le principe de l'interposition du tiers non-impliqué dans les conflits est un principe essentiel des droits de l'homme (pour le philosophe Paul Ricoeur, il définit même le droit mieux que les règles), mais tant qu'il ne trouve pas d'expression dans une organisation politique, il reste lettre morte. Il doit exister un pouvoir judiciaire indépendant du pouvoir exécutif pour que le principe du tiers trouve son expression. Les raisons qui font que l'École n'est pas une démocratie ne sont pas de nature à invalider l'introduction de ce principe dans l'organisation scolaire. Il s'agit d'une demande de justice qui vient des élèves ; même si elle n'est pas une démocratie, l'École a intérêt à ne pas être trop éloignée dans ces pratiques de ce qui fait référence pour les régimes démocratiques, à

17. Nous faisons remonter cette tradition aux écrits des penseurs politiques du XVIII^{ème} siècle (Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Locke, etc.) ; elle se perpétue aujourd'hui notamment dans les débats autour de la question de la justice, initiés par les philosophes politiques anglo-saxons.

savoir les droits de l'homme et l'organisation politique qui permet leur actualisation. Nous revenons plus loin sur une autre illustration du principe de la séparation des pouvoirs en abordant la question du règlement.

L'insistance sur les droits de l'homme comme référence dans la vie de l'établissement scolaire renvoie à une question de justice dans la régulation des relations entre les individus. À cet égard, nombre de questionnements ne devraient jamais être absents de l'espace : a-t-on réellement et suffisamment fait place à la contradiction des débats dans le règlement de ce conflit ? L'absence de réciprocité des droits et obligations entre élèves et adultes est-elle justifiée par un intérêt supérieur lié à la mission de l'École¹⁸ ? Les droits fondamentaux (intégrité, vie privée, liberté d'opinion, etc.) de la personne sont-ils respectés ? Etc...

- Un dispositif, les conseils ; des objets, les conflits et les règlements

Le *conseil de classe* et *d'École*¹⁹ sont des dispositifs de participation des élèves à la vie scolaire. Les pratiques de *conseil* se sont développées dans les Écoles depuis une quinzaine d'années et sont, par exemple, bien implantées dans l'École

18. La question de la réciprocité entre élèves et adultes est complexe. Au-delà de l'inégalité des droits liée à la différence de statuts (cf. plus haut), les demandes des élèves portent sur des obligations comme la ponctualité ou l'interdiction de fumer. La notion de réciprocité n'est pas une notion de droit proprement dite.

19. Le *conseil de classe* et le *conseil d'école* ont le même principe de fonctionnement, si ce n'est que le premier concerne la régulation de la classe et réunit tous les élèves, et que le deuxième traite de problèmes au niveau de l'établissement et réunit des délégués de classe. Nous ne distinguerons pas les deux dans le cadre de cet article, même si les problèmes posés par chacun ne sont pas identiques.

genevoise ; elles le sont également à des degrés divers dans l'espace francophone, en France, au Québec et en Belgique. La pratique du *conseil* s'inspire de la pédagogie Freinet²⁰ d'une part, et, de l'autre, de la pédagogie institutionnelle²¹. Les *conseils* ou assemblées d'élèves sont des moments réservés à la parole de ces derniers ; les échanges sont organisés autour d'un certain nombre de règles (interdiction de couper la parole, obligation de la demander, respecter l'autre (pas de moquerie, pas d'injure)). Les pratiques telles qu'elles se sont développées, du moins à Genève, mettent l'accent sur les aspects psycho-affectifs liés au pouvoir de la parole. Une réflexion sur le pouvoir de décision à accorder aux *conseils* est encore à mener ; accorder des champs de compétences pour lesquels le conseil a un réel pouvoir de décision n'est effectivement pas la même chose que de laisser les élèves s'exprimer sur un sujet. La décision exige de faire le deuil de certaines choses et d'arbitrer entre des principes : la référence au droit, seul domaine organisé devant aboutir à une décision devient ici pertinente. Les objets soumis au *conseil* sont aussi à réfléchir : le principe de la sortie scolaire est en général unanimement accepté par les élèves, il ne reste plus qu'à discuter du mode de déplacement et de l'organisation des activités. Malgré le ras-le-bol des enseignants à propos des petits conflits entre élèves qui reviennent sans cesse dans les discussions de *conseil*²², ces

20. Après la Première guerre mondiale, Célestin Freinet a tenté de faire fonctionner la classe à l'image d'une coopérative de travailleurs. Il met en place dans son École des techniques et dispositifs participatifs coopératifs (journal, correspondance interscolaire, imprimerie, enquêtes, expression libre) visant à favoriser l'autonomie et la responsabilité des élèves.

21. La pédagogie institutionnelle reprend largement les idées de la psychanalyse pour les appliquer en classe. Il s'agit très rapidement dit d'utiliser symboles et parole pour institutionnaliser le milieu classe.

22. Le principe de la libre interpellation régit le *conseil*.

derniers constituent une matière première intéressante. Dans la confrontation, les grands principes de justice perdent leur air d'évidence. L'énoncé d'un principe seul et à un niveau élevé de généralité ne donne lieu en général qu'à l'approbation générale : il est difficile de ne pas être d'accord avec l'affirmation qu'il faut respecter autrui ; confronté à un autre principe et en situation « réelle »²³, le débat prend une autre dimension. Par exemple, faut-il respecter celui qui par son comportement empêche tout apprentissage dans la classe ? Que décider à son égard ? Même question sur un sujet plus sensible et délicat : quel respect accorder à un élève qui a un comportement et des propos racistes ? On se trouve là à la limite de ce qui relève du scolaire et de ce qui relève du pénal²⁴.

Autre intérêt de s'attarder sur les conflits : donner la possibilité aux élèves de contester la parole de l'adulte. La différence de statuts entre adultes et élèves ne doit pas entraîner l'impossibilité pour les élèves de remettre en questions les actes ou les jugements des adultes. L'École ne prévoit pas d'espace pour ce genre de conflits... Entendons-nous bien : il ne s'agit évidemment pas de transformer l'École en immense tribunal, en un lieu « du procès incessant ». Une « juridicisation permanente » de l'espace scolaire serait aussi absurde que celle de la société. S'il y a avantage à traiter de certains conflits en *conseil*, c'est dans le seul but d'amener les élèves à réfléchir sur l'expérience scolaire et à les aider à construire les concepts nécessaires à la réflexion

23. C'est-à-dire à laquelle les élèves sont confrontés dans l'espace scolaire.

24. La législation de plusieurs États condamne l'incitation à la haine raciale. Le racisme n'est pas seulement une opinion, mais aussi un délit.

dans le domaine socio-moral. Le règlement de conflits en *conseil* a aussi l'avantage de placer sa résolution sous le contrôle collectif. Le dispositif privilégié aujourd'hui de la médiation scolaire, pose le problème du modèle de société que l'on désire proposer aux élèves. En effet, l'absence de contrôle collectif par la loi et la possibilité de solution inéquitable met la médiation en porte-à-faux avec l'exigence de justice. Dans le cadre d'une relation contractuelle bilatérale, le plus faible se trouvera toujours plus facilement en position d'accepter les conditions du plus fort. Spécialiste du droit du travail, Alain Supiot (2001) met le doigt sur le risque de dérive liée à l'idéologie selon laquelle la forme la plus achevée du lien social serait le lien contractuel : « au cœur du contractualisme, se trouve le fantasme d'un monde où chaque être humain ne serait pas soumis à d'autres limites dans ses relations avec autrui que celles qu'il se fixe librement à lui-même. D'où le rejet de toute limite imposée par l'extérieur »²⁵.

Les règlements constituent un deuxième objet de travail pratiqué en *conseil* car ils participent à l'apprentissage de savoirs et de savoir-faire autour de la référence au droit et de la justice. Certains enseignants et établissements font édicter des règlements de vie de classe ou d'École en conseil par les élèves. La fabrication du règlement dans le cadre d'un *conseil* est un acte contractuel ; ce sont les parties en présence (les élèves et l'enseignant) qui se mettent d'accord sur un certain nombre de règles à suivre. Mais cela ne dédouane pas ceux-ci du respect des règles de droit en vigueur ; autrement dit, tout n'est pas négociable, certains

25. Supiot (1995), p.155.

objets échappent à la décision des élèves. Les dispositions pénales sur la prescription d'atteindre à l'intégrité physique d'une personne comme moyen de régler les conflits en sont un exemple ; les horaires scolaires réglés par la loi en sont un autre. La question de la sanction intéresse la référence politique. Il est en général prévu des sanctions en cas de manquements au règlement ; il est très rarement discuté de l'application des sanctions. Laisser planer la confusion entre les trois pouvoirs – législatifs, exécutifs et judiciaires – n'est pas donner aux élèves une idée très juste de la démocratie...

En guise de conclusion...

Le thème de la justice n'est pas réservé au domaine des grandes enquêtes internationales. Il représente une source d'apprentissages et de construction de savoirs et savoir-faire autour du droit et des valeurs, contenus essentiels d'une éducation à la citoyenneté. À cet égard, l'expérience scolaire constitue un support privilégié. Les interactions dans l'espace scolaire et le temps passé aussi bien dans la classe qu'en dehors de celle-ci, sont des moments de construction de conceptions de la loi et de la justice. Il y a donc lieu de privilégier dans l'organisation de l'espace scolaire les références aux principes du droit, des droits de l'homme ainsi que les principes démocratiques. Ces références sont également à exploiter dans le cadre de dispositifs organisés en vue de produire des apprentissages, comme le sont, par exemple, les *conseils de classe* et *d'École*. Enfin, *last but not least*, la justice est une question à laquelle les élèves sont très sensibles et sur laquelle ils ont beaucoup de choses à dire...

Philippe Haeberli est titulaire d'une licence en lettres et prépare une thèse en didactique du droit et de la citoyenneté autour de la question du sentiment de justice des élèves dans les dispositifs de participation à la vie scolaire.

Courriel : Philippe.Haeberli@pse.unige.ch

François Audigier est professeur de didactiques des sciences sociales (histoire, géographie, citoyenneté) à la Faculté de psychologie et des sciences de l'éducation, Université de Genève.

Courriel : Francois.Audigier@pse.unige.ch

Références

Bourdieu, P. (1964). *Les héritiers, les étudiants et la culture*. Paris : Gallimard.

Coleman, J.S. et al. (1966). *Equality of Educational Opportunity*. Washington, D.C . : GPO.

Crahay, M. (2000). *L'école peut-elle être juste et efficace ?* Bruxelles : De Boeck

Debarbieux, E. (1999). « Désigner et Punir » in Meuret, D. *La justice du système éducatif*, Bruxelles : De Boeck, 195-209.

Dubet, F. (1999). « Sentiments et jugements de justice dans l'expérience scolaire » in Meuret, D. *La justice du système éducatif*. Bruxelles : De Boeck, 177-194.

Dworkin, R. (1985). *A matter of principle*. Cambridge, London : Harvard University Press.

Groupe européen de recherche sur l'équité des systèmes éducatifs (2003) *Équité des systèmes éducatifs européens*. Liège : Université de Liège.

http://europa.eu.int/comm/education/programmes/soc rates/observation/equality_fr.pdf

Kelsen, H. (1986). *Théorie générale des normes*. Paris : PUF.

Merle, P. (2002). « L'humiliation des élèves dans l'institution scolaire : contribution à une sociologie des relations maître-élèves » in *Revue Française de Pédagogie*, n°139, 31-51.

Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Cambridge, London : Harvard University Press.

Robert, F. (1999). *Enseigner le droit à l'école*, Paris : ESF.

Supiot, O. (2001). « La fonction anthropologique du droit » in *Esprit*, 272, (155-173).

Walzer, M. (1983). *Spheres of justice. A defence of Pluralism and Equality*. New-York : Basic Books.

