

*Légitimité judiciaire et démocratie :  
la fonction judiciaire aura-t-elle  
l'aptitude d'intégrer en sa citadelle  
les modes alternatifs de règlement  
des conflits ?*

---

Éric BATTISTONI

**Introduction**

Pour un juriste, le plaisir d'une journée partagée avec des historiens du droit, est certainement plus grand que ces derniers ne peuvent l'imaginer, et cela pour deux raisons :

— grâce à l'histoire, les historiens du droit disposent d'une grille de lecture qui leur révèle le filigrane des phénomènes humains, au-delà des normes circonstanciées. C'est là une grande culture qui ne reçoit pas vraiment la reconnaissance des purs juristes, devenus les « spécialistes » de la norme, de toute la norme mais rien que de la norme ! Cette ouverture des historiens du droit a déjà permis que les présentes réflexions soient recevables lors d'un colloque, même si leur objectif ne vise pas un travail scientifique mais tente seulement de réorienter quelques « idées-métaphores » puisées au sein d'écrits glanés à gauche et à droite, comme un fil rouge dans un grand patchwork. Toujours en grec actuel, *métaphore* signifie « déménagement » (comme on le lit sur certains camions grecs)... et c'est bien à un délogement transdisciplinaire que vous êtes conviés par la présente lecture.

L'ambition est donc peu canonique puisqu'elle renie volontairement les contenus et les méthodes propres aux « cadres disciplinaires » de la science juridique : merci pour l'indulgence ;

— malgré le droit, les historiens du droit connaissent la relativité des choses. Ils sont donc mieux à l'abri de l'arrogance banale des métiers de pouvoir, telles les professions du droit et de la justice. Grâce à la lorgnette historique impitoyable, la vanité (ou la vacuité) des préjugés issus d'un rationalisme triomphant n'est plus occultée. Par exemple, lorsque les juristes intoxiquent le bon usage du droit, sous une démesure d'autorité ou de positivisme juridique. Les signes symptomatiques de la pathologie sont discrets mais ravageurs : ces excès de réglementation ou de « justice règlementaire » ne manquent pas d'anémier le lien social, parfois aveuglement.

Le malaise dans le monde du droit et de la justice apparaît être un mal-être de la légitimité<sup>1</sup> et de l'éthique<sup>2</sup>. Sans doute, le mal ne touche qu'une petite partie des conflits traités par l'institution judiciaire et celle-ci conserve encore une large confiance populaire, malgré tout. Si le mal n'est certainement pas généralisé, encore faut-il y réfléchir, avant que certains effets (la perte de légitimité et la détresse éthique) ne deviennent la « mэрule » de l'édifice institutionnel lui-même, ou à tout le moins, de son image.

Les quelques réflexions qui suivent, se veulent imaginatives : comment pourrait-on redessiner les chemins du juridique et les voies judiciaires, malgré les traditions qui sont devenues des goulets d'étranglement, qui menacent notre mobilité intellectuelle ou qui réduisent la légitimité de l'institution étatique dans la foulée de celle de ses gouvernants. Afin de faciliter la réflexion et la remise en question, nous verrons que, sans plus attendre, il est devenu nécessaire de tracer de nouveaux chemins : tout d'abord, en tirant les enseignements de l'histoire (I), puis en traçant les perspectives (II) auxquelles nous convient ces leçons historiques. Ensuite, nous nous inquiéterons des changements d'optique : nos cartographies mentales devraient se mo-

---

<sup>1</sup> J. HABERMAS, « Raison et légitimité. Problème de légitimation dans le capitalisme avancé », Payot, Paris, 1978, p. 52.

<sup>2</sup> Y. BOISVERT, « Éthique et politique : un nouvel enjeu pour la gouvernance contemporaine », dans *Revue Télescope*, ENAP Montréal, novembre 2002, p. 2.

difier pour nous guider vers ces nouvelles aventures pour les praticiens du droit et de la justice (III). Comment ? En dernier lieu, nous envisagerons une méthodologie pragmatique de travail qui pourrait ouvrir aux métiers du droit et de la justice, de nouveaux horizons de travail (IV).

## I. Les leçons de l'histoire : une naissance annoncée

En 1971, au cours d'une conférence donnée à Liège pour la Banque de Paris et des Pays-Bas, Jacques-Henri Pirenne, le petit-fils d'Henri Pirenne et lui-même historien, posait la question « Ne pourrait-on mesurer le temps que prennent les transformations des sociétés humaines pour passer d'un stade à l'autre ? ».

C'est une question que je me suis posée plusieurs fois au cours de la rédaction du *Panorama*<sup>3</sup>. Il m'a fallu pour tenter cette expérience, dépouiller l'histoire de tout ce qu'elle présente de caractères accidentels et de détails dans le cheminement de l'évolution économique et sociale des peuples. L'histoire politique cache trop souvent le sens de l'évolution sociale qui lui sert de cadre. Encore fallait-il établir la gradation des formes sociales, économiques et politiques à prendre en considération (étapes de l'évolution de la vie des peuples) en ordonnée d'un tableau millimétré sur lequel apparaîtrait tout naturellement en abscisse, la suite des siècles depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours... Je me suis inspiré de l'évolution pratiquement ininterrompue et cependant plusieurs fois renouvelée de la société humaine depuis l'ancien empire égyptien jusqu'à nos jours.

Le présent travail est basé sur la constatation que les sociétés humaines de type occidental passent par une évolution progressive depuis la société féodo-seigneuriale (dans laquelle la terre détermine la place de l'homme dans une société de dépendances personnelles en cascades), à une société dans laquelle l'extrême mobilité des biens et des fonctions émancipe l'homme et ouvre la voie son épanouissement, avant de retourner (à cause d'un accroissement excessif des charges financières des pouvoirs publics) vers une société de contraintes fisca-

---

<sup>3</sup> J.-H. PIRENNE, *Panorama de l'histoire universelle du XVI<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, Marabout Université, n° 244, p. 220.

les qui ramènent l'homme dans les structures figées d'où renaît une organisation féodo-seigneuriale qui provoque l'éclatement de l'administration publique et du pouvoir centralisé, et qui ramène de ce fait la société à la base du cycle parcouru.

Conclusions : Si nous examinons les prévisions actuelles d'évolution à long terme du monde occidental, nous constatons qu'en l'an 2000, notre civilisation se trouvera pratiquement au stade de départ du processus de déclin : armées de métier, expansion pléthorique des charges de l'État, avec les premiers indices annonciateurs des privilèges administratifs (dans une certaine mesure déjà, des privilèges fiscaux)..., de l'accroissement des contraintes fiscales sur les contribuables, de la concentration de la propriété (fusion des entreprises, accaparement capitalistique des terres, renaissance des baux emphytéotiques), atteintes administratives croissantes à la mobilité des professions...

Selon le professeur Pirenne, l'histoire se montre « éternelle école » lorsqu'elle nous enseigne ce mouvement de balancier dont l'amplitude marque le temps d'une société très autoritaire, puis le temps d'une société de très grandes libertés individuelles. En 1971, Jacques-Henri Pirenne situait notre société (d'économie libérale/démocratie à l'occidentale) sur la route vers un autoritarisme croissant ; il estimait alors que son déclin pourrait débiter puis s'accélérer pendant deux ou trois siècles, à compter de l'an 2000.

Toutefois, Jacques-Henri Pirenne observait la présence de ferments dynamiques qui étaient susceptibles de contrebalancer l'ascendance de l'autoritarisme de l'État : une accélération de la masse et de la vitesse des échanges de biens, une énorme croissance de la population terrestre avec tous les problèmes à naître des mouvements démographiques, un progrès accéléré de la connaissance, un progrès accéléré des technologies, une adaptation permanente des normes et une créativité juridique corrélative. Tous ces facteurs lui apparaissaient susceptibles de rompre le mouvement linéaire de retour du balancier. Ils intègrent à la fois les facteurs autoritaires avec des facteurs d'individualisme.

Trente-sept ans plus tard, si l'on observe les critères de décryptage suggérés par le professeur Pirenne, il est surprenant de constater combien tous ces signaux annonciateurs se concrétisent. En effet, nous vivons une évolution ambiguë et paradoxale dans les démocraties occidentales en 2008, tandis que se combinent à la fois une civilisation

de plus en plus autoritaire malgré certains aspects déclinants, et une civilisation individualiste dite des « droits de l'homme ».

Les Facultés universitaires Saint-Louis en ont eu la conscience précoce car ses professeurs furent parmi les premiers à soumettre cet avènement à la réflexion de tous, via plusieurs colloques, conférences et publications<sup>4</sup>. Les constats posés en 1971 par Jacques-Henri Pirenne annonçaient un avènement encore inédit dans le passé : celui d'une coexistence entre des modes de régulation autoritaires et consensuels. Or cette prédiction semble bien se concrétiser aujourd'hui, sous la forme une justice alternative qui mêle l'eau et le feu : le « *cratos* » (pouvoir autoritaire et priorité au collectif) avec le « *demos* » (identification individuelle et reconnaissance protectrice). Cette tension entre l'autoritaire/collectif et l'individuel constituera la dynamique de cette présente étude, comme un refrain revenant sans cesse en tête.

Sous diverses formes, nos gouvernants ont adopté des « *réglementations douces* ». Celles-ci sont souvent qualifiées de « *soft law* ». Au Québec, certaines « normes douces » sont appelées « dispositifs néo-réglementaires ». Cette *soft law* intègre dans nos édifices juridiques une régulation dépourvue de normes et de réglementation. Par exemple, la *soft law* instaure des « dispositifs de régulation administrative négociée », une « méthode ouverte de coordination », ou encore des « dispositifs d'accompagnement socio-judiciaire pour les personnes déviantes ou fragiles ». De plus, cette *soft law* a aussi institué une justice douce, au flanc de la justice traditionnelle.

Ainsi, grâce à la loi belge du 21 février 2005 (*Moniteur belge* du 22 mars 2005, Ed. 2, page 12 772) intégrant la médiation dans le code judiciaire, une option est d'instaurée en faveur des gouvernés, entre deux modèles de résolution des conflits. Désormais, ceux-ci pourront

---

<sup>4</sup> V. notamment : P. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit imposé, Droit négocié*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis 1996.

explicitement choisir entre une justice en vêtements solennels qui tranchera autoritairement, et une justice consensuelle en habits tout simples de médiation.

La même faculté de médiation fut insérée dans le N.C.P.C. français par le décret n° 6-652 du 22 juillet 1996 (*Journal officiel* du 23 juillet 1996), et la faculté de conciliation par le décret n° 82-716 du 10 août 1982 (*Journal officiel* du 17 août 1982), par le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 (*Journal officiel* du 23 juillet 1996) et par le décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 (*Journal officiel* du 25 juin 2003).

La présente étude se focalise sur la coexistence de deux mécanismes distincts de résolution des conflits, qui sont proposés aux justiciables en Belgique, mais aussi aux justiciables français, ou plus largement, de toutes les démocraties contemporaines :

— Comment les métiers du droit et de la justice perçoivent-ils cette option ouverte entre une justice autoritaire et une justice alternative (identifiée sous l’acronyme « M.A.R.C. », c’est-à-dire les « Modes alternatifs de règlement des conflits ») ?

— La justice consensuelle a-t-elle des chances de pouvoir se faire une petite place au sein de l’institution et du monde judiciaires ?

— Comment les praticiens du droit et de la justice se préparent-ils en vue de rendre ces nouveaux services ?

## II. Bon vent pour les M.A.R.C. mais quelques turbulences sont prévisibles

### *A. Les facteurs historiques et leur déterminisme sur la justice douce*

Parmi les différents processus auxquels les êtres humains ont recouru pour rendre la justice, le plus primaire est celui de la décision souveraine prise selon le bon sens du chef de clan ou du chef de tribu : c’est la justice du « *cadi*<sup>5</sup> ». Cette forme primitive de justice est adaptée à des sociétés humaines peu sophistiquées : le bon sens du chef-

---

<sup>5</sup> M. WEBER, *On Law in Economy and Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1969, p. 213.

juge suffit pour trancher le différend, et l'intérêt poursuivi est exclusivement la pacification du groupe social.

Toutefois, ce procédé primitif de justice ne prend pas en considération les droits des individus. Or, l'évolution des sociétés passe par une meilleure reconnaissance des droits individuels subjectifs. C'est pourquoi la justice se trouve contrainte d'appliquer les droits de chaque individu du groupe d'une manière égale : le passage est obligé *via* la justice distributive. Dans cette nouvelle manière de se représenter la justice, le seul bon sens ou la seule équité n'ont plus aucun rôle. La mécanique juridique devient objective et, grâce à un engrenage de spécialisation et de technicité du droit, les émotions ou les sentiments sont exclus hors du processus juridictionnel. Le rationalisme cartésien a trouvé là un terrain particulièrement fécond. A travers le positivisme juridique, un rationalisme triomphe et systématise une logique de la raison pure, déprise de toute émotion.

Or cette systématisation de la mécanique juridique a probablement atteint un paroxysme l'hyperspécialisation et l'hypertechnicité du droit (imposées par ses praticiens) aboutissent à des solutions très éloignées de la représentation que les citoyens se font de la justice. Ce décalage pourrait suggérer deux raisons dans le succès actuel de la conciliation/médiation :

— c'est la preuve d'une méfiance envers les gouvernants dont la parole ne serait plus comprise car elle serait devenue trop technique. Corrélativement, la parole autoritaire est décrédibilisée car toutes ses faiblesses sont immédiatement identifiées et critiquées par le balancier historique dont le mouvement individualiste est simultané ;

— c'est la preuve d'un besoin d'équité. Même si la justice a déjà tenté d'y répondre en consacrant les grands principes non écrits du droit et les règles formelles du « procès équitable », cette réponse n'a pas tari le besoin des gouvernés. Leur attente subsiste. Cette attente se traduit dans les expressions : « justice douce » ou « justice alternative ».

Historiquement, cette vague se dessine depuis 1960 aux États-Unis puis au Canada et elle a rejoint l'Europe vers 1980. Actuellement, et ce simultanément dans la plupart des démocraties européennes, sinon mondiales, la réponse politique à cette attente se traduit par de nouvelles législations instaurant ou favorisant la médiation et la conciliation (judiciaires ou extrajudiciaires).

Cette réponse à chaud n'est pas sans risque : il n'est pas certain que furent adéquatement<sup>6</sup> anticipées la réception et les conséquences de ces nouveaux mécanismes de résolution des conflits dans une société moderne ambivalente (autoritarisme et individualisme enchevêtrés).

Comment maintenir la figure d'autorité du juge lorsqu'elle est nécessaire, même dans une justice alternative, pour garantir la légitimité des accords négociés qui seront les substituts des jugements ? Comment, simultanément, répondre à la préoccupation individuelle et au besoin d'une équité et d'une souplesse, que ni la loi ni la procédure ordinaire ne prévoient.

D'une part, notre société contemporaine est imprégnée de droit, de règles et notre justice est déjà totalement «juridicisée» ! Or elle doit continuer à garantir une justice distributive... La conciliation/médiation risquerait donc de devenir une justice inadaptée à notre société actuelle, si elle ne fournissait pas cette garantie. En conséquence, le juge-conciliateur et le médiateur ne seront eux-mêmes crédibles que s'ils ont veillé à un respect minimal de l'équité dans le cadre de cette justice consensuelle. En d'autres mots, les accords issus de la négociation ne seront acceptables qu'à condition de garantir un respect minimal de l'éthique et de la légitimité. La perspective pour les M.A.R.C. est historiquement favorable ; toutefois, sa faveur populaire est à double tranchant : une justice alternative sans aucune garantie d'équité ni de « distributivité » entraînerait la déchéance des M.A.R.C.

D'autre part, notre société contemporaine s'est orientée vers un individualisme forcené.

Pour ce second motif, il est encore plus nécessaire que la *justice alternative* soit aussi une *alternative à la justice*. En effet, le risque n'est pas mince que les rapports de force entre les parties négociant à l'occasion des M.A.R.C. ne deviennent préjudiciables à l'une d'elle, plus fragile lors du bras de fer des négociations. Un travail préalable à tout accord de conciliation ou de médiation, paraît ici indispensable : vérifier que les « justiciables alternatifs » avaient une conscience et une compréhension suffisante de leurs droits subjectifs (au besoin, il

---

<sup>6</sup> S. PARMENTIER, *Alternative dispute resolution – ADR*, Bruxelles, F.R.B., p. 3, [http://www.kbs-frb.be/uploadedFiles/KBS-FRB/Files/FR/PUB\\_1009\\_BRS\\_Modes\\_alternatifs\\_resolution\\_conflits.pdf](http://www.kbs-frb.be/uploadedFiles/KBS-FRB/Files/FR/PUB_1009_BRS_Modes_alternatifs_resolution_conflits.pdf).



faut les informer ou les obliger à le faire), et garantir qu'ils ont donc négocié en parfaite connaissance de cause (en sachant à quoi ils avaient renoncé). Nous disposons de très peu de références jurisprudentielles corroborant cette conception d'une mission de conciliation/médiation. La Cour de cassation française s'est cependant prononcée d'une manière très claire sur l'exigence (inaliénable) d'une bonne connaissance des droits subjectifs personnels, préalablement à toute renonciation consentie dans le cadre d'une procédure de justice alternative<sup>7</sup>.

### *B. Les facteurs sociologiques et leur déterminisme sur la justice douce*

La manière dont les individus tissent leurs réseaux relationnels et dont ils s'y insèrent, s'est considérablement modifiée. Jusqu'il y a peu, la socialisation se manifestait par l'intégration individuelle dans une ou plusieurs institutions ; le sentiment d'appartenance cimentait les réseaux. Aujourd'hui, la socialisation correspond de plus en plus à un agrégat de trajectoires individuelles qui interagissent selon les intérêts ou selon les besoins.

Pareille évolution n'est pas sans conséquences :

— la personne humaine est fragilisée par l'inflation exponentielle et la mutation permanente des règles. Plus personne ne s'y retrouve, et surtout, ne parvient à s'adapter à cette situation. Le procès judiciaire est devenu une incertitude insupportable. L'unique certitude est sans doute que les deux parties seront insatisfaites soit du résultat, soit du délai et du coût de leur procès judiciaire ;

— la plupart des repères de socialisation individuelle sont perdus. La famille, l'école, l'entreprise et l'État constituaient les réseaux d'insertion de chaque individu, dans lesquels celui-ci « trouvait ses marques » (et donc son équilibre) et qu'il respectait. Or le divorce a disloqué la famille. Or l'école est dépassée par la masse des savoirs, ainsi que par la massification et la pluri-culturalité des enseignés. Or encore l'entreprise a cessé de garantir le salaire (crise de l'emploi) ou le respect des personnes (à cause notamment de contrats précaires, des

---

<sup>7</sup> C. cass. 28 mars 2000, *Dalloz*, 29 juin 2000, n° 25, p. 537

prévisions, des délocalisations). Or enfin l'État a perdu une partie de sa crédibilité, à cause de ses propres excès/impotence législatifs ou à cause des carences/malversations de ses dirigeants ;

— la personne humaine se retrouve en plus déstabilisée par la déformalisation des savoirs et des institutions.

La justice n'a pas échappé aux coups de boutoir de cette évolution sociologique : le conflit est devenu omniprésent. Paradoxalement, il est même devenu une occasion de socialisation car les parties y trouvent l'opportunité de se raconter. Le procès judiciaire actuel n'est pas conçu pour cela, à la différence de la conciliation ou de la médiation :

— par leur capacité technocratique, les juges et les avocats avaient dépossédé les parties de leur conflit, et ces dernières profitent de la conciliation/médiation pour se réapproprier ce qui leur avait été confisqué sans raison ;

— la règle exprimée par le juge est supposée a priori inadaptée, puisqu'il représente une institution en laquelle on n'a plus tout à fait confiance. Le danger de pareille évolution sociologique, serait qu'un juge-conciliateur ou qu'un médiateur veuille se transformer en thérapeute, sans en avoir l'aptitude. La mission de justice peut certes s'adoucir. Elle ne doit cependant ni s'amalgamer avec d'autres offices, ni se galvauder !

### **III. Les facteurs politiques et leur déterminisme sur la justice douce**

Jusqu'à une date récente, le défi de l'accès au droit et à la justice consistait à faciliter au plus grand nombre la possibilité d'obtenir une décision de justice.

L'objectif politique de l'époque se traduisait uniquement dans une action de type « paternaliste » : consacrer une fraction du budget de l'État, pour que la population dépourvue des moyens de mener une action judiciaire, puisse obtenir l'intervention des intermédiaires obligés que constituaient les avocats.

Des facteurs nouveaux sont venus modifier les objectifs politiques.

Tout d'abord, *la demande de droit et de justice a évolué*. Auparavant, cette demande postulait exclusivement une décision de justice. Aujourd'hui, l'inflation des textes réglementaires et l'inflation des

procès ont modifié la donne : alors qu'auparavant, on allait en justice pour vaincre un adversaire, maintenant, les droits sont devenus moins certains et on va en justice pour que « son problème soit résolu » ! Le besoin de justice s'est déplacé : le problème se substitue au conflit.

Ensuite, *l'offre de droit et de justice a évolué*, elle aussi. Auparavant, le monopole professionnel était réservé exclusivement aux juges et aux avocats. Aujourd'hui, les nouveaux métiers de justice (conseillers conjugaux, médiateurs, associations fournissant des conseils et une défense juridiques...) se multiplient et portent atteinte au monopole professionnel des « gens de justice ». Ces nouveaux métiers du droit et de la justice ne manquent pas de stigmatiser les disqualifications reprochées au monde judiciaire traditionnel (retards inadmissibles mais habituels à statuer / iniquité d'une application purement technique du droit / perte de l'aura d'infailibilité). Enfin, la prééminence récente des droits de l'homme implique des exigences citoyennes nouvelles : l'accès au droit et l'accès à la justice deviennent enjeux du projet démocratique tout entier.

Cette triple évolution a remodelé la réponse politique aux besoins des citoyens. Le projet politique reconnaît maintenant deux nouveaux droits subjectifs :

- le citoyen a droit à son information juridique ;
- le citoyen a droit au règlement de ses problèmes.

Pour répondre à ces besoins politiques nouveaux, la médiation a semblé une voie parfaitement indiquée au législateur. Celui-ci a ouvert immédiatement le chemin. La voie fut-elle bien balisée réglementairement ? Est-elle carrossable sans risques ? D'une première part, on peut se demander si les cadres institutionnels ou les mentalités y furent préparés ? Anticipant ce premier risque, la loi sur l'aide juridique (en faveur des personnes sans revenus suffisants) fut revue ; le dispositif d'accès au droit et à la justice (y compris à l'accès à la « justice alternative ») fut modernisé au moyen d'une intervention financière en cas de médiation. Ce stimulant sera-t-il suffisant pour garantir l'accès équitable à des M.A.R.C. pour tous les citoyens ? D'une seconde part, des médiateurs trop timorés ou trop peu compétents ne risquent-ils pas de décevoir des citoyens dont l'attente est très grande ? En réponse à ce second risque, on peut noter que la loi instaure des exigences de probité, d'indépendance et de compétence pour les médiateurs dont elle exige l'agrégation après une formation sur toutes ces aptitudes et

qualités. De plus, les accords façonnés avec leur aide seront soumis à l'homologation judiciaire, s'ils veulent obtenir un titre exécutoire. Ces exigences qui ne peuvent être normées dans le détail, seront-elles respectées ? D'une troisième part, les professionnels du droit ne craindront-ils pas que leur source traditionnelle de revenus puisse se tarir partiellement ? Ne seront-ils pas tentés d'accaparer la médiation comme un marché nouveau ? Or, si la médiation devient aussi onéreuse que le procès traditionnel, elle aura perdu la plupart de ses attraits, à l'instar de ce que trop souvent on entend dire à propos de l'arbitrage.

#### **IV. Vers de nouvelles aventures pour les praticiens du droit et de la justice**

##### *A. La substance d'un conflit : des relations humaines problématiques*

Tout conflit est l'expression d'une tension relationnelle qui perturbe les rapports humains. En d'autres mots, une relation humaine devient toujours problématique lorsqu'elle est gangrenée par un sentiment d'injustice. Nous puisons ici notre postulat de départ.

Ce modèle conceptuel, parmi d'autres, nous apparaît une voie pragmatique de travail. Dès lors, nous entendrons par les mots « substance exacte d'un conflit », *tous les aspects du conflit dont doivent se rendre compte les protagonistes pour pouvoir ensuite régler leurs difficultés d'une manière conforme à leurs sentiments réciproques de justice.*

Dans cette conception, le rôle des praticiens du droit et de la justice consiste à diagnostiquer le sentiment d'injustice qui est la raison profonde pour laquelle une personne se plaint d'être en conflit. En dénudant l'endroit fragile dans la relation humaine devenue âpre, on aperçoit la source qui alimente le conflit, là où est priée d'intervenir une pacification judiciaire, c'est-à-dire le traitement de la relation conflictuelle.

### *B. Propositions générales pour le diagnostic et pour le traitement des conflits*

Pour remplir efficacement leur mission, les praticiens du droit et de la justice devraient disposer d'un outil destiné à une organisation méthodique de ces activités intellectuelles, d'un outil qui les rendrait plus efficaces, en les standardisant, en les uniformisant, et surtout en leur apportant de la légitimité puisque cette dernière conditionne l'intériorisation (la «subjectivation») et l'acceptation de la solution imposée ou négociée. Dans notre esprit, un tel outil coïnciderait avec une grille méthodologique.

Tout d'abord, grille de lecture (instrument de diagnostic), elle se transformerait ensuite en une grille de travail (instrument de traitement) :

— comme grille de lecture, cet outil devrait se présenter sous la forme d'un catalogue clairement structuré, inventoriant les diverses causes susceptibles de se trouver à l'origine d'un conflit (c'est-à-dire toutes les raisons susceptibles de créer un sentiment d'injustice et par là, de générer une tension relationnelle problématique) ;

— ensuite, la grille de lecture devrait idéalement fournir un arbre de questionnement méthodique, afin de pouvoir situer un conflit particulier à l'intérieur de ce catalogue systématique ;

— comme grille de travail, cet outil devrait idéalement indiquer la correspondance analogique entre les causes du sentiment d'indignation éthique à l'origine de la doléance, et un catalogue des conduites «auto-éthiques» inadmissibles ;

— enfin, comme grille de travail encore, cet outil devrait idéalement indiquer la correspondance analogique entre les causes d'un ressenti illégitime, et un catalogue des «bonnes conduites» au regard du bien commun. Par élimination, seraient alors identifiées les conduites «socio-éthiques» inadmissibles (qui concernent le groupe organisé) ou encore les conduites «anthropo-éthiques» inadmissibles (qui concernent ensemble de l'espèce humaine).

Ensuite, avec un tel instrument de diagnostic et de traitement des conflits, les praticiens du droit et de la justice pourraient envisager deux niveaux d'opérations :

— d'une part, une action de «consultance pré-judiciaire». Dans un objectif de management des ressources humaines, cet instrument de

travail pourrait aider à la diminution « préventive » des tensions relationnelles au sein d'une organisation humaine professionnelle, comme une entreprise ou une administration publique ;

— d'autre part, dans un cadre purement judiciaire, cet instrument pourrait affiner l'action des juges, des conciliateurs ou des médiateurs, cernant plus finement la substance profonde du besoin de justice auquel il leur faut répondre, soit en vue d'y apporter l'apaisement grâce à une action d'accommodation, soit en vue de mieux construire le syllogisme qui guidera « l'acte de trancher ».

Ces deux niveaux d'opération ne s'excluent cependant pas. Ainsi, la grille de lecture pourrait, dans un premier temps, épauler l'action préventive des responsables des ressources humaines dans une entreprise. Mais, dans un second temps, si le traitement liminaire du conflit n'aboutissait pas à une solution positive, l'emploi de cette grille méthodologique pourrait alors se révéler utile dans le cadre d'une procédure judiciaire civile (par exemple, dans le cas d'une action judiciaire fondée sur le harcèlement moral pour abus du pouvoir hiérarchique). Enfin et surtout, notre grille travail chercherait à déplacer le règlement des conflits, et chaque fois que cela est possible, à le sortir hors de son mode habituel de règlement (à savoir autoritaire et unilatéral), afin de l'amener vers un mode alternatif (à savoir consensuel et négocié). En cela, c'est une première voie alternative.

Mais, après cette première option d'un règlement consensuel et négocié du litige, viendrait alors une seconde voie alternative. En effet, la négociation peut se présenter de deux manières totalement distinctes, selon la stratégie poursuivie par les négociateurs. Ces derniers opéreront pour une *négociation conflictuelle* ou pour une *négociation coopérative* :

— la négociation conflictuelle se déroule comme un « bras de fer », comme un « marchandage ». On parle ici de « négociation sur position ». C'est une négociation entre forces, dont l'objectif est le rééquilibrage des pouvoirs (de commandement d'un premier côté, d'autonomie d'un second côté), et consécutivement, des règles de fonctionnement de la communauté dont font partie ceux qui négocient le règlement de leur conflit de pouvoir ;

— la négociation coopérative se déroule comme une « réunion en vue d'une prise conjointe de décision ». On parle ici de « négociation raisonnée » ou encore de « négociation intégrative ». C'est une négoc-

ciation en vue d'un accord équitable, c'est-à-dire qui se réfère toujours à une norme d'équité et de réciprocité. En d'autres mots, le compromis correspond à un acte de justice distributive qui est le plus proche du point focal de l'équilibre relationnel. Le compromis s'élabore comme une décision conjointe. Le compromis correspond au « vivre ensemble » le mieux acceptable pour tous.

En résumé, la proposition de traitement alternatif des conflits que nous soumettons ci-après à la réflexion des praticiens du droit et de la justice, pourrait s'illustrer en trois étapes :

1. Lorsqu'un contentieux ne se prête pas à la négociation, il convient de faire choix d'un « M.A.R.C. » (mode autoritaire de règlement du conflit) ;

2. Lorsqu'un contentieux se prête à la négociation mais correspond à un conflit de pouvoir, il faut l'orienter vers une négociation sur position. Ce conflit pourrait être réglé par voie d'un « M.A.R.C. » (Mode alternatif de règlement du conflit). En ce cas, le médiateur/conciliateurs doit encadrer les marchandages, afin que l'éventuelle partie faible ne soit pas lésée injustement. Dans l'hypothèse où l'une des parties userait inéquitablement de son pouvoir au détriment de l'autre, le médiateur/conciliateur serait tenu d'interrompre la négociation sur position afin de revenir au mode autoritaire de l'étape n° 1.

3. Lorsque le règlement d'un contentieux ne se heurte pas à un rapport de forces, il se prête à une négociation raisonnée. Dans cette hypothèse, le tiers médiateur/conciliateur met tout mettre en œuvre pour aboutir à l'élimination des sentiments d'injustice au moyen d'une discussion sur les causes du conflit et sur les possibilités d'un commun consensus pour éliminer celles-ci. L'encadrement de cette négociation coopérative pourrait être appelé « M.A.R.D. » (Mode alternatif de raisonnement décisionnel) puisqu'en effet le processus de résolution correspond ici à la prise d'une décision conjointe, suivant le modèle heuristique du « *solving problem* » proposé par Herbert Simon.

### *C. Propositions spécifiques pour améliorer le traitement des conflits : l'ajustement des fonctions judiciaires*

#### 1. Deux offices judiciaires

Un « office » correspond à la fonction, au rôle ou à la destination, selon une signification sensu lato fournie par le dictionnaire Littré<sup>8</sup>.

Une seconde signification plus étroite limite cet office, uniquement au concept de « bureau », et donc à une fonction de nature administrative. Une troisième signification plus ancienne vise le service qui est rendu par un officier, c'est à dire par un personnage revêtu d'un pouvoir public (« *imperium* ») ; Littré cite comme exemples : « l'office de chancelier, de connétable. Un office de judicature. Un office de finance ».

D'autres termes recouvrent une surface conceptuelle similaire : ainsi, les mots « ministère » (être au service) ou « fonction » (action propre à chaque emploi, et par extension, l'emploi ou la charge en eux-mêmes). Au sein de l'office judiciaire en général, le professeur Georges de Leval différencie deux offices particuliers, à savoir la fonction conciliatrice et la fonction juridictionnelle du juge<sup>9</sup>.

Pour notre part, malgré l'usage généralisé de l'expression « fonction juridictionnelle », nous dénommerons la fonction du juge qui consiste à trancher les conflits : « *office de judicature* », tandis que nous qualifierons la fonction conciliatrice du juge (englobant les médiateurs et les conciliateurs qu'il délègue/qu'il surveille) : « *office d'accommodation* ». A l'inverse de la conception dominante, cet office d'accommodation ne nous paraît pas dépourvu de « juridictionnalité », même si l'usage adopté par les juristes ne l'a pas inclus dans la « fonction juridictionnelle » du juge.

#### 2. L'office de judicature

Le dictionnaire Littré distingue deux significations du mot judicature : « l'état, la profession, l'office de toute personne contribuant à l'administration de la justice » et « la dignité de juge ». Dans la langue

---

<sup>8</sup> « [...] il y a fait l'office de juge » dans P. CORNEILLE, *Horace*.

<sup>9</sup> G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 54, p. 78.



française, le mot *judicature* ne vise donc pas seulement l'acte de juger, c'est-à-dire l'acte de rendre un jugement ! Il s'y ajoute une dimension de légitimité.

Pour notre part, nous estimons que dans le langage juridique il serait toutefois souhaitable de destiner l'appellation *judicature* à l'activité judiciaire lorsque l'action du juge remplit deux conditions cumulatives, à savoir « l'acte dit le droit », et ensuite, « l'acte tranche un litige ».

Un vocable expressif comme celui d'« *adjudicature* » se serait révélé plus précis car il aurait nettement suggéré les jugements qui tranchent, en écartant les actes juridictionnels qui, sans trancher, donnent la force exécutoire (ou homologuent ou autorisent). Malheureusement, le mot *adjudicature* fait défaut dans la langue française. En réalité, ce terme d'*adjudicature* aurait délimité une partie de l'activité judiciaire : celle qui est devenue pour beaucoup la fonction traditionnelle sinon exclusive<sup>10</sup> du juge, comme par l'effet d'une synecdoque<sup>11</sup>, figure de l'esprit et du style. Dès lors, même s'il n'apparaît pas dédicacé linguistiquement au sens souhaité, nous emploierons le vocable de *judicature* ; il sera entendu ici comme « l'acte de trancher », se démarquant au sein des actes juridictionnels, ou plus largement, de tout acte d'un juge.

Sur le plan méthodologique, en considérant que l'office judiciaire est « la structure mentale du fonctionnement des juges », la « *judicature* » de ces derniers s'exprime au travers d'une procédure régulée par la loi puis clôturée par le prononcé d'un jugement, « point culminant

---

<sup>10</sup> « [...] de nombreux juristes français, profondément attachés à cette conception traditionnelle de l'office du juge, contestent l'idée selon laquelle la conciliation, qui tend à rétablir un équilibre entre des intérêts divergents et à éluder l'application de règles qui conduiraient un résultat injuste et consacraient le triomphe du droit ou du juridisme sur l'équité, puisse naturellement faire partie de cet office. » dans E. JEAMMIN-PETIT, *La mission de conciliation du juge. Réflexions sur l'office du juge*, thèse de doctorat présentée à la faculté de droit de l'université de Nantes, 2006, p. 32 et 40.

<sup>11</sup> Espèce de métonymie par laquelle on prend la partie pour le tout, donnant une signification particulière à un mot qui, dans le sens propre, a une signification plus générale.

et aboutissement du procès<sup>12</sup>». Le plus souvent, la *judicature* est ainsi considérée comme l'office essentiel<sup>13</sup> du juge : il doit rendre des jugements. Il est vrai que cette fonction de judicature est typiquement réservée aux juges (et, par extension légale, aux arbitres). Sur le plan juridique, l'office de judicature se caractérise par deux critères principaux :

— le premier est organique : l'acte émane d'un organe spécialisé investi légalement d'une juridiction, c'est à-dire de la fonction de juger ;

— le second est fonctionnel : l'acte de permet de dire le droit en vérifiant la légalité d'une situation de fait. Le plus souvent, il tranche une contestation, un litige entre deux ou plusieurs protagonistes. Parfois, cette vérification sert à homologuer ou à autoriser.

En conclusion, l'office judiciaire de judicature, ainsi restreint, se déroule en deux temps qui, tour à tour, constituent une composante du procès équitable et que nous pouvons considérer comme les deux pôles de la légitimité de cet office de judicature :

Dans un premier temps, le juge départage les réclamations et les objections (acte d'arbitrage).

Dans un second temps, le juge prévoit les modalités suivant lesquelles se réalisera cette décision de départage (acte d'exécution<sup>14</sup>).

---

<sup>12</sup> G. de LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 155, p. 218

<sup>13</sup> Ce caractère essentiel s'est progressivement ancré dans les mentalités, au fur et à mesure de la systématisation du « légalisme » (principe de primauté de la loi et d'assujettissement du juge) : « En mettant au premier plan la légalité et la sécurité juridique, l'aspect systématique du droit et l'aspect déductif du raisonnement judiciaire ont donc, à partir de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, été considérablement accentués [...]. En pratique, l'acte de jugement se trouve de ce fait réduit à un pur syllogisme, rendu au terme d'un raisonnement reposant sur des bases aussi logiques que rigoureuse et la fonction des magistrats limitée à trancher les litiges soumis à leur examen par application de règles générales aux faits particuliers de la cause [...] Force est de reconnaître que dans la conception traditionnelle de la justice, la fonction du juge est cantonnée à un strict respect du droit légiféré en raison principalement de la croyance en sa quasi-infaillibilité. » dans E. JEAMMIN-PETIT, *op. cit.*, p. 32 et 40.

<sup>14</sup> Selon la Cour eur. D.H., l'exécution participe entièrement au procès équitable, même si elle intervient après l'achèvement du travail du juge, ou en dehors de celui-ci (par exemple, après une conciliation judiciaire ou après une médiation) : Cour eur. D.H. 21 avril 1998, *Estima Jorge c/ Portugal*, Dalloz, 1998, SC 369 ;

### 3. L'office d'accommodation

De brèves dispositions légales aménagent cet office d'accommodation. Elles sont en outre peu explicites :

« Il entre dans la mission du juge de concilier les parties <sup>15</sup> »,

« Toute demande introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction, peut être préalablement soumise, à la requête d'une des parties ou de leur commun accord, à fin de conciliation au juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction [...] Si un accord intervient, le procès-verbal en constate les termes et l'expédition est revêtue de la formule exécutoire <sup>16</sup> ».

Malgré ce laconisme, il apparaît que les critères organique et fonctionnel caractérisant l'acte juridictionnel se retrouvent dans l'office judiciaire d'accommodation. Par exemple, un procès-verbal de conciliation ou un accord de médiation pénètre dans l'espace juridictionnel puisque l'homologation du juge emporte plusieurs effets caractéristiques de l'acte juridictionnel (la force probante, la force exécutoire, ainsi que, peut-être, une certaine autorité de la chose jugée et un certain dessaisissement du juge), et puisque l'homologation vient participer au « procès équitable » en ouvrant la porte de l'exécution forcée. Vu la présence de critères organiques et fonctionnels dans l'un et l'autre office judiciaire de judicature (trancher) et d'accommodation (concilier), il n'apparaîtrait donc pas indiqué de cataloguer ce second office judiciaire, dans les actes non juridictionnels du juge.

Le fondement philosophique de la fonction judiciaire d'accommodation, n'est pas neuf ; il plonge ses racines jusque dans l'histoire antique des traditions judiciaires <sup>17</sup>. Dans certains discours idéalistes, il est admis que « le rôle de conciliateur est inhérent à la fonction du juge en sorte que l'extension de la conciliation en cours de procédure

Cour eur. D.H. 28 octobre 1998, *Perez de Rada Cavanilles c/Espagne*, J.C.P. 1999, I, 105, n° 21.

<sup>15</sup> En France, l'article 21 du N.C.P.C. ; les articles 127 à 131 du N.C.P.C.

<sup>16</sup> En Belgique, les articles 731 à 734 du code judiciaire.

<sup>17</sup> PLATON, *Les lois*, VI, 767, Les tribunaux.

doit être encouragée. Ceci est assurément un aspect important de la notion de juge actif<sup>18</sup> ».

Pour le premier président Guy Canivet, « dès lors qu'il est saisi, le juge a en principe *le devoir* de rechercher une solution qui soit de part et d'autre acceptée. Ce qui implique qu'avant d'arrêter une solution en droit, chaque fois que c'est possible, il procède lui-même au rapprochement des protagonistes<sup>19</sup> ». « Depuis quelques années, la dimension pacificatrice du juge semble émerger à nouveau ; elle empiète de plus en plus sur la figure du juge classique, du juge répartiteur de droits, du juge décideur, du juge instrument de la force légale ». Or, excepté pour certains magistrats (traitant principalement les dossiers d'affaires familiales, de voisinage ou de relations individuelles de travail), les

---

<sup>18</sup> En Belgique, avis du Conseil supérieur de la justice relatif à l'avant-projet de loi modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la procédure, approuvé lors de l'A.G. du 9 octobre 2002, p. 35.

<sup>19</sup> « L'idée centrale de cette évolution est que si la justice s'exprime nécessairement par une sentence, lorsque la solution du litige requiert un acte d'autorité voire de violence légale, dans certains cas, la décision imposée par la force du jugement n'est pas la meilleure manière de mettre fin au litige [...] Ceci conduit à admettre que la méthode consistant à opposer deux thèses pour déterminer celle qui est juridiquement la plus fondée n'est pas toujours, en pratique, la meilleure, d'autant qu'elle laisse peu de place à l'interactivité et conduit à une solution qui peut être éloignée des attentes de l'une et l'autre des parties. On estime désormais que la pensée binaire qui oppose le bien et le mal, le juste et l'injuste, le bon et le mauvais, n'est pas toujours la mieux appropriée au règlement des litiges. En général, aucun des adversaires n'a complètement tort ou totalement raison. L'observation des comportements à travers le prisme des sciences sociales conduit donc normalement à une philosophie de la complexité des phénomènes humains. Selon cette démarche, à l'affrontement du procès on préfère recourir à des modes consensuels de règlement des litiges, faisant appel à la volonté des parties, qui préfèrent la discussion et la conviction à l'acte d'autorité, qui privilégient la connaissance des hommes et l'analyse des situations, le dialogue et la recherche de solutions équilibrées et acceptées et, qui substituent la douceur et l'harmonie de l'accord à la rudesse (certains disent à la violence) de la solution légale. Alors, émerge une conception moderne de la justice ; une justice qui observe, qui comprend, qui replace le litige dans son contexte économique et social, qui permet, qui incite, qui facilite la négociation, la transaction, la conciliation des parties sur leurs droits, une justice faite d'équilibre et de proportion, une justice qui répartit les droits au plus près des intérêts de chacun, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures des parties, qui préserve le tissu social. » dans G. CANIVET, « Le juge et la recherche de la solution du conflit », dans *Semaine sociale Lamy*, supplément n° 1100, 2 décembre 2002, p. 6 et 7.

dispositions laconiques qui instaurent la conciliation judiciaire sont généralement restées lettres mortes. Pourquoi ?

D'une part, la mentalité dominante au sein du corps judiciaire semble hostile à cet office d'accommodation, présumant qu'il est peu compatible avec la rationalité du légalisme, avec la sécurité juridique apportée par ce même légalisme, ou encore avec l'indépendance et l'impartialité nécessaires au juge d'un procès équitable !

D'autre part, le législateur lui-même n'a jamais pris clairement position<sup>20</sup> au sujet de l'office judiciaire d'accommodation : veut-il encourager les parties, leurs avocats et les juges, à y recourir ? Dans quels cas ? Suivant quelle méthode et quelle procédure ? Au-delà du silence législatif, il faut bien constater une certaine répugnance des juges eux-mêmes par rapport à cette fonction d'accommodation. Pareille aversion dérive probablement de l'opposition entre les deux stéréotypes culturels qui régissent la fonction de juger<sup>21</sup>, tandis que le législateur actuel n'a pas clarifié le déploiement exact de la fonction de juger, telle qu'il l'envisage<sup>22</sup>. Et cependant, les stéréotypes culturels ne sem-

---

<sup>20</sup> En réalité, deux thématiques, liées entre elles, brouillent un ajustement dans la perspective du législateur : une première disjonction sépare une conception historique (XI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle) qui exclut que la juridiction soit autre chose qu'une sécrétion du légalisme, qu'un produit de la volonté législative, par rapport à une seconde conception (XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles) qui érige, au contraire, la juridiction au cœur de l'accomplissement du système juridique ; une seconde disjonction sépare une conception légaliste étroite focalisée sur l'idée que toute voie judiciaire autre que la judicature serait inopportune sinon dangereuse à cause d'une moindre sécurité juridique, par rapport à une seconde conception concédant que le juge applique la loi en toutes ses latitudes, y compris lorsqu'elle l'autorise à prendre d'autres normativités en référence.

<sup>21</sup> D. de BÉCHILLON, « Propos sur la diversité des méthodes et manières de juger », conférence à la Cour de cassation, 29 novembre 2004 : « [...] Les juristes professionnels [...] ont été formés à adhérer à la rationalité ambiante dans des lieux spéciaux et spécialement propices à un conditionnement fort des manières de penser. Sous ce rapport, on ne m'ôtera jamais de l'idée qu'un mode d'enseignement du droit qui se veut toujours plus rationnel, hiérarchisé, déductif, dogmatique, etc., prépare les esprits à ne pas percevoir le monde des normes – quelles qu'elles soient – autrement que comme un monde très rationnel, très hiérarchisé, très déductif, [...] », [http://www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2004\\_2034/intervention\\_m\\_bechillon\\_8087.html](http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2004_2034/intervention_m_bechillon_8087.html)

<sup>22</sup> D. SOULEZ-LARIVIÈRE, « La diversité des méthodes de jugement », conférence à la Cour de cassation, 29 novembre 2004 : « Le mot fiction (fut employé) pour qualifier le droit ou en tout cas pour le système que les juges emploient pour juger [...]

blent pas correspondre à la réalité juridique car, dans sa fonction d'accommodation, le juge conserve la prérogative d'un pouvoir d'autorité<sup>23</sup>, au travers de l'exécution forcée qu'il autorise. Mais s'il faut un juge actif, et notamment un juge-conciliateur, c'est au législateur de le dire de sorte que toutes les aversions soient surmontées !

#### 4. Du bon usage des deux offices judiciaires

##### *a) Sélectionner le mode approprié de règlement d'un conflit*

Nos premières préoccupations méthodologiques visent la substance du conflit car, dès le premier abord, celle-ci paraît constituer un critère naturel de sélection du mode le plus adéquat de règlement du conflit. En effet, selon le contenu de chaque conflit, soit la judicature soit l'accommodation pourrait se révéler une voie préférable de traitement.

Première hypothèse : la substance du conflit est principalement juridique. Une tension relationnelle devrait être idéalement traitée au moyen de la règle de droit, si sa cause est de substance purement ou essentiellement juridique :

— ce traitement du conflit s'opérerait par la voie d'un jugement, ou d'une sentence arbitrale lorsque la loi le permet ;

— le traitement d'un tel conflit pourrait pareillement consister en une négociation sur position (une médiation ou une conciliation), à condition qu'elle se déroule en référence à la règle de droit (pour déjouer le calcul d'une partie plus forte qui « instrumentaliserait » la négociation et assujettirait à son pouvoir, une partie plus faible ou plus fragile dans le but d'obtenir des concessions inéquitables).

Cette première hypothèse correspond à la plupart des cas où se manifeste un besoin vif de justice : il faut qu'une obligation (de payer

---

Moi, je pense que le mot fiction est un peu péjoratif et je le remplacerais volontiers par l'idée que la justice est un système de représentation, c'est-à-dire un système symbolique comme un autre et que tout le problème est de savoir comment le juge va se débrouiller entre ses impératifs sociaux, son désir et puis ce système symbolique. », [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/2004-2005\\_soulez-lariviere.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/2004-2005_soulez-lariviere.pdf)

<sup>23</sup> A. POUILLARD, *Manières de juger : La représentation du pouvoir dans la fonction du juge*, mémoire, EHESS, 1999, p.62 et 63, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/pouillar2.pdf>

ou de faire convenablement) s'accomplisse ou soit compensée ; il faut qu'une interdiction légale soit respectée.

Lorsque la substance du conflit est ainsi de nature purement juridique, la judicature offre une solution efficace, souvent la plus adéquate et plus légitime. Inversement, sauf exception appelant une attention toute particulière du tiers médiateur, l'accommodation n'apparaît pas une solution privilégiant la légitimité, vu les risques qu'elle favorise les intérêts d'une position inéquitable (les intérêts d'une partie plus forte, plus informée, plus violente, ...).

Deuxième hypothèse : la substance du conflit n'est pas principalement juridique. Si la substance du conflit n'est qu'accessoirement juridique (du moins, pas essentiellement juridique, sinon pas du tout juridique), ou si, pour des raisons qui leur sont propres, les parties ne souhaitent pas un règlement judiciaire par voie de judicature, la tension relationnelle pourrait être mieux traitée au moyen de la règle d'équité :

— par préférence, la forme la mieux adaptée pour le traitement d'un tel conflit, serait une conciliation judiciaire ou une médiation, se déroulant avec une constante référence à la règle d'équité ;

— parfois cependant, le traitement de ce conflit pourrait aussi s'envisager par la voie autoritaire d'un jugement ou d'une sentence arbitrale, rendus en amiable composition<sup>24</sup>.

En troisième hypothèse subsidiaire : la détermination de la substance du besoin n'est pas non plus sans intérêt dans le cadre des dispositifs néo-réglementaires de régulation.

Le rôle légalement confié au juge y est ambigu : fournir une stimulation, un encadrement, une surveillance réitérée à des personnes fragiles ou déviantes. Il n'y a pas vraiment d'application d'une règle de droit, mais tantôt une exhortation, tantôt une barrière mise par le juge devant un «justiciable civil». Dès lors, si le législateur a pour but d'encourager les personnes faibles ou déviantes à reprendre le bon chemin, l'office judiciaire d'accommodation remplacerait avantageu-

---

<sup>24</sup> Un jugement en amiable composition est possible pour un juge français grâce à l'article 12, alinéa 4, N.C.P.C. En revanche, actuellement, le juge belge ne peut pas y recourir (excepté *via* l'artifice non interdit d'un arbitrage qu'il dirigerait gratuitement : article 298 C. J. et, par l'exception de son premier alinéa, article 1700 C. J.)

sement la judicature. En revanche, la fonction de judicature serait mieux indiquée si le législateur envisageait d'empêcher un manquement dans l'avenir.

*b) Mieux préparer les magistrats et les auxiliaires de justice*

Nos secondes préoccupations méthodologiques visent l'office judiciaire d'accommodation. Dans le but de systématiser la conciliation et la médiation, le premier président Guy Canivet recommandait de modifier l'exercice actuel de la justice, en innovant au niveau la fonction conciliatrice en elle-même, puis en innovant au niveau de son entourage judiciaire<sup>25</sup>.

Les modifications de l'office du juge sont préconisées en six points :

— premier point : il n'y a pas de hiérarchie ni de prévalence entre les divers modes de règlement des litiges (c'est-à-dire entre judicature et accommodation) ;

— deuxième point : il en résulte logiquement que la mission du juge comprend d'abord un choix quant au mode le plus approprié de règlement du différend ;

— troisième point : la mise en œuvre du choix est un acte professionnel ;

— quatrième point : la réalisation du processus de médiation ou de conciliation est elle-même un acte professionnel ;

— cinquième point : la désignation d'un tiers médiateur ne dessaisit pas le juge ;

— sixième point : c'est, en effet, le juge qui constate et consacre la solution.

Les modifications au sein de l'administration sont préconisées en deux points :

— premier point : une orientation de politique judiciaire par le ministre de la justice, prévoyant des programmes de développement pour les modes alternatifs ;

— second point : des programmes de formation des juges et des médiateurs.

---

<sup>25</sup> G. CANIVET, *op. cit.*, p. 8-10.



### *D. Propositions spécifiques pour un traitement autre des conflits : l'ajustement de la culture des juristes*

#### 1. Le pragmatisme juridique et la légitimité

La principale revendication à laquelle devra sans doute satisfaire le juge belge ou français dans l'avenir, pourrait être une meilleure anticipation des conséquences de son action. Concevoir la fonction du droit et de la justice en référence à leurs conséquences est la thèse prônée par l'école du « pragmatisme juridique » (en écho à l'appellation d'une école linguistique axée sur la « pragmatique du langage », à raison notamment du show et d'anticiper les réactions du destinataire d'une communication). En réalité, le pragmatisme juridique initial s'orientait vers des aspects d'ordre économique puisque le premier courant de cette approche instrumentaliste du droit et de la jurisprudence, s'appelait « théorie économique du droit » (« *Law and economics* »).

Cette tradition instrumentale du pragmatisme juridique impliquait une anticipation des effets économiques du jugement mais, à défaut de compétence économique dans leur chef, il n'est pas possible d'inciter les juges à envisager quelles pourraient être les conséquences économiques de leurs jugements, la plupart ignorant comment déterminer et calculer la maximisation du bien-être, c'est-à-dire la plus-value du jugement (comparaison des charges et des produits engendrés pour le budget collectif), par exemple dans des décisions judiciaires statuant sur le remboursement des soins de santé. En revanche, les praticiens du droit et de la justice devraient être mieux à même d'anticiper les conséquences gravitant dans les orbites sociale, culturelle et politique, de leurs décisions. Successivement, deux difficultés interpellent notre attention dans cette démarche inhabituelle :

— à l'aide de quels critères faudrait-il jauger les conséquences sociales, culturelles ou politiques d'un jugement ? (cette question nous introduit au *réalisme juridique*) ;

— comment opérer une évaluation comparant les conséquences potentielles d'un jugement et celles d'un accord de médiation/conciliation ? (cette question nous ramène au débat sur la méthode de travail des praticiens du droit et de la justice).

Intuitivement, nous nous rendons bien compte que les conséquences sociales, culturelles ou politiques d'un acte judiciaire s'arti-

culeront essentiellement autour de la capacité de cet acte d'autorité à être accepté par son destinataire : nous touchons là au critère de la légitimité et à la « signification normative partagée<sup>26</sup> ». Si nous admettons que les fonctions<sup>27</sup> judiciaires consistent principalement à mener une action de nature politique<sup>28</sup> (certes, limitée à une politique des cas individuels), alors, nous devons conclure que la légitimité fonctionnelle des praticiens du droit et de la justice doit avoir pour objectif une restauration sans cesse réitérée de la démocratie étatique. Notre guide de légitimité serait ainsi la plus-value démocratique apportée par le juge au travers de chacun de ses jugements ou au travers de chaque homologation d'un accord de médiation / conciliation.

---

<sup>26</sup> J. LENOBLE, *Au-delà du juge : des approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit*, 2007, page 3, [http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/7715/3/EJLS\\_2007\\_1\\_2\\_14\\_LEN\\_FR.pdf](http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/7715/3/EJLS_2007_1_2_14_LEN_FR.pdf)

<sup>27</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, « Le juge, la loi et le citoyen », dans P. MBONGO (dir.), *Les qualités des décisions de justice*. Actes du colloque de Poitiers 8-9 mars 2007, Éditions du Conseil de l'Europe, p. 12 : « Toutes les sociétés humaines se dotent de la faculté collective de distinguer le bien et le mal, le juste et l'injuste, le prescrit et l'interdit. En revanche, toutes ne distinguent pas cette faculté comme une fonction sociale spécifique, servie par une caste ou un corps de professionnels, magistrats et avocats, greffiers et policiers. L'apparition de la justice sous la forme d'institutions spécialisées est corrélée avec l'apparition, au sein d'une culture, d'une représentation spécifique du droit, qui veut que l'on juge au nom d'une légalité définie comme le résumé des principes estimés vitaux par cette société. Dans cette optique, la mise en ordre qui est censée découler de tout jugement est opérée par le droit et au nom du droit, et non pas au nom d'une transcendance mythique ou religieuse, même si le rituel du procès, les palais de justice et les costumes des magistrats montrent que la sacralité n'a pas déserté les prétoires. Le jugement est ainsi un processus commun aux sociétés humaines, et différencié selon les cultures et les systèmes de valeurs. D'un point de vue cognitif, il se manifeste sur des registres divers : la rationalité, le précédent et la subjectivité du juge. Mais il est aussi un fait éminemment social, et en ce sens, il est un reflet essentiel de l'organisation politique. » ; <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf>

<sup>28</sup> E. KRINGS, « Considérations critiques pour un anniversaire », discours prononcé le 1<sup>er</sup> septembre 1987 par le Procureur général : « Le mode téléologique d'interprétation, qui est celui du juge, et plus spécialement celui de la Cour de cassation, implique non pas tant une collaboration mais une participation de la Cour, via la jurisprudence, à l'exercice du pouvoir de l'État. »

## 2. Légitimité et légitimation

Pour savoir comment améliorer la légitimité d'un acte judiciaire, il convient d'interroger le concept même de légitimité en le rendant plus concret et en explorant successivement sa dimension « légitimation » et sa dimension « plus-value démocratique ».

La légitimité ne se confond pas avec la légalité. La double perspective de légitimité et de légalité peut être paraphrasée à partir des propos du professeur Norberto Bobbio<sup>29</sup> : « Le pouvoir légal est un pouvoir dont le titre est juste ; un pouvoir légitime est un pouvoir dont l'exercice est juste. La légalité est la perspective d'où se place d'ordinaire le titulaire du pouvoir ; la légitimité est la perspective d'où se place d'ordinaire le sujet<sup>30</sup>. »

Très proche de cette conception, Jürgen Habermas explique la légitimité comme étant la reconnaissance par les destinataires du bien-fondé de l'autorité qui s'exerce sur eux<sup>31</sup>. La légalité a besoin de la légitimité : « De ce qui précède, on peut conclure que la question de la légitimité est centrale pour toute autorité dans la mesure où celle-ci se fonde sur une prétention à édicter des droits et des obligations, prétention vaine si les destinataires ne sont pas convaincus que c'est une chose juste et possible<sup>32</sup>. »

Au-delà de leur légalité (et même si celle-ci est parfaite), il faut veiller à construire la légitimité d'un jugement ou d'un accord issu d'une négociation. Sans légitimité, une norme législative et un acte judiciaire ne seraient applicables que par la force de l'autorité et par la contrainte. Mais le coût d'une pareille légitimité forcée deviendrait alors exorbitant pour la collectivité. Cela pose la question : « Comment bâtir ou comment soutenir une légitimité, autrement ? ». Les actes

<sup>29</sup> N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », dans *Annales de philosophie politique de l'Institut international de philosophie politique*, n° 7, Paris, PUF, 1967, p. 49.

<sup>30</sup> J. BOULAD-AYOUB, « Légitimité, légalité et vie politique », dans J. BOULAD-AYOUB et L. BONNEVILLE (dir.), *Souverainetés en crise*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 71.

<sup>31</sup> J. HABERMAS, *Après Marx*, Paris, Fayard, 1985, p. 250.

<sup>32</sup> C. MINCKE, *Efficacité, efficience et légitimité démocratique du ministère public*, Presses universitaires de Louvain, 2002, p. 18.

posés en vue d'atteindre la légitimité sans la force, portent le nom de « légitimation ».

La légitimation d'une situation d'autorité va de pair avec une meilleure acceptabilité par son destinataire, des comportements imposés par cette autorité<sup>33</sup>. La légitimation se conçoit dès lors comme une mise en concordance entre la règle créée ou appliquée et les valeurs fondamentales qui modèlent le comportement éthiquement admissible (en son versant individuel, qui est une « relation d'autonomie »), ou qui modèlent le comportement normal au regard du bien commun (en son versant collectif, qui est une « relation d'hétéronomie »).

Pour réussir la mise en concordance de la norme ou de la décision judiciaire avec de telles valeurs, il faut un processus de « subjectivation » qu'on pourrait décrire comme un dispositif qui, « à travers une série de pratiques, des discours, de savoirs et d'exercices, vise à la création de corps dociles mais libres, de sujets assumant leur identité et leur liberté dans le processus même de leur assujettissement<sup>34</sup> ».

Comment se conçoit le processus théorique de légitimation des « actes d'autorité » et des démarches « participant aux fonctions d'autorité » (comme par exemple, les actions des médiateurs) ? Tout processus de légitimation est un « dispositif de gouvernementalité », selon les mots utilisés par Michel Foucault en 1977 :

Ce que j'essaie de repérer sous le nom de dispositif, c'est [...] un ensemble résolument hétérogène comportant des discours, des institutions, des aménagements [...], des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales philanthropiques ; bref, du dit aussi bien que du non-dit, voilà les éléments du dispositif. Le dispositif lui-même, c'est le réseau qu'on établit entre ces éléments [...].

J'ai dit que le dispositif était de nature essentiellement stratégique, ce qui suppose qu'il s'agit là d'une certaine manipulation de rapports de force, d'une intervention rationnelle et concertée dans ces rapports de force, soit pour les développer dans telle direction, soit pour les bloquer, ou pour les stabiliser, les utiliser.

---

<sup>33</sup> J. HABERMAS, *Raison et légitimité. Problème de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978, p. 51.

<sup>34</sup> G. AGAMBEN, *Qu'est-ce qu'un dispositif ?*, Paris, Payot, 2007, p. 42.

Le dispositif, donc, est toujours inscrit dans un jeu de pouvoir, mais toujours lié aussi à une ou à des bornes de savoirs, qui en naissent, mais, tout autant, le conditionnent<sup>35</sup>.

Les dispositifs de gouvernementalité produits par un juge (jugement ou homologation d'un accord issu d'une négociation) supposent deux démarches complémentaires dans son chef :

— un premier travail doit porter sur la prise en compte des conséquences de la norme, telle qu'elle est appliquée à l'occasion de la résolution d'un conflit individuel. C'est la pragmatique juridique vue comme outil de légitimation. Mais, après avoir réfléchi à ce mécanisme de production d'une légitimité, encore faut-il se demander si le réalisme juridique qui soutient la mécanique, est intellectuellement « digestible » pour les praticiens du droit et de la justice et si le formalisme positiviste ne fait pas barrage à cet esprit différent, à ce changement de culture ? (voir « le positivisme a-t-il un impact négatif sur la légitimité ? » au point 3 ci-dessous) ;

— un second travail à plus long terme doit porter sur les objectifs de la norme. C'est la contribution du règlement des conflits à une meilleure démocratie vue comme référentiel de légitimation. (voir « la plus-value démocratique » au point 4 ci-après).

Comment prévoir les conséquences d'un acte judiciaire dans le monde des faits ? Comment harmoniser cette anticipation avec des critères formels positivistes ? Un exemple pratique offre une meilleure clarté explicative. Prenons comme référence une procédure judiciaire civile relative aux actes de l'administration de la sécurité sociale, dans l'idée que les « dispositifs de gouvernementalité » y sont présents, plus que dans toute autre procédure. En effet, malgré le caractère civil d'une telle procédure en droit belge, elle implique directement une double autorité (personnifiée dans l'administration et dans le juge de celle-ci). A trois niveaux successifs, on peut identifier des processus de légitimation, à savoir dans la décision initiale de l'autorité administrative, puis dans la décision judiciaire du premier degré, puis éventuellement, dans une décision judiciaire d'appel.

---

<sup>35</sup> M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, vol. 3, Paris, Gallimard, 1994, p. 299.

Le pragmatisme juridique que nous voudrions envisager, comparerait ici deux points extrêmes d'un écart : d'une part, l'esprit des gouvernants (dont le sentiment de légitimité est dirigé par un intérêt général limité à leur secteur de domination), et d'autre part, l'esprit des gouvernés (dont le sentiment de légitimité s'oriente pareillement vers une conception de l'intérêt général, mais un autre intérêt général, respectueux des intérêts individuels et dont l'enjeu est plus large que le seul intérêt de l'institution elle-même). On voit bien qu'ici le juge se trouve impliqué dans un dosage entre deux sentiments de justice et, plus précisément, entre deux légitimités qui s'avèrent non superposables. Dans une telle situation, quel sera le critère du dosage auquel devrait se référer un juge ?

Spontanément (vu qu'il s'agit de juger un acte d'autorité), tout juge devra opter soit pour l'ordre (c'est-à-dire une consolidation de la collectivité : donner la prééminence à l'intérêt collectif ici limité par le domaine de compétence de l'institution de sécurité sociale), soit pour le désordre (c'est-à-dire donner la prééminence à un intérêt général qui privilégie l'intérêt individuel au détriment de l'efficacité recherchée par l'autorité administrative). En d'autres mots, le départage s'opèrera en fonction d'un préjugé culturel :

— s'il donne raison à l'autorité administrative, le juge avalise une légitimité de la sécurité juridique. En optant pour le versant collectif, il témoigne de son profil culturel, de son appartenance à une manière « socialement répandue » d'agir et de penser ;

— s'il donne tort à l'autorité administrative, le juge renforce alors la conscience identitaire d'un individu, puisqu'il donne raison au sentiment d'injustice ressenti par celui-ci. En optant pour le versant individuel, il consolide par répercussion, le sentiment personnel d'appartenance à l'organisation collective. Il témoigne alors de son appartenance à un autre cadre culturel que celui du juge précédent.

Prenons une divergence d'appréciation, devenue palpable : la justification donnée par un premier juge et l'appréciation qu'un arrêt de réformation lui substitue. Voici les données<sup>36</sup> : la norme applicable est l'article 35 § 7, 3<sup>o</sup>, b de la nomenclature des prestations de santé :

---

<sup>36</sup> L'enjeu individuel s'élevait à 6000 € environ dans cette procédure en remboursement de soins de santé. Mais aujourd'hui, un nouveau dossier attend d'être jugé

La demande de remboursement du matériel doit être introduite au moyen d'un rapport médical circonstancié établi et signé par tous les membres de l'équipe pluridisciplinaire responsable de l'implantation et du traitement, et qui est composé : [...] pour l'implantation d'un neuro-stimulateur cordonal, d'un neurochirurgien, d'un neurologue (ou d'un anesthésiste), et d'un neuropsychiatre (ou d'un psychiatre) [...].

Dans le cas d'espèce, l'assuré social avait joint à sa demande de remboursement du neurostimulateur, un rapport médical signé par un neurochirurgien, par un anesthésiste et par un psychologue qui composaient l'équipe médicale traitante. Le jugement du tribunal du travail avait considéré que la décision administrative (ayant refusé le remboursement des soins de santé au motif d'une signature de psychologue, au lieu de psychiatre), avait perdu sa force décisionnelle par l'effet du recours judiciaire, et qu'en conséquence, l'assuré social conservait jusqu'au bout de la procédure, la possibilité de régulariser les formalités administratives exigées par la nomenclature des prestations de santé. Ce que fit l'assuré social. Le jugement annula donc la décision administrative, y substituant une autorisation de remboursement. En revanche, pour la Cour du travail, le rapport signé par un psychiatre est déclaré tardif puisque l'examen qu'il fit du patient le 28 décembre 2005 est postérieur à l'intervention du 15 septembre 2003 et

---

à propos d'une question similaire : son enjeu est supérieur à 10 000 € et il porte sur l'application de la même norme, en ce qu'elle exige un rapport signé par un médecin spécialisé en sciences dentaires, alors que le patient appuya sa demande au moyen d'un rapport médical signé « seulement » par deux dentistes d'une équipe médicale universitaire.

Évidemment, les soins de santé ont déjà été dispensés ; la demande ne peut donc pas être réitérée pour régulariser les formalités en temps non suspect.

Venu seul, le justiciable a expliqué sans l'aide d'aucun avocat que l'erreur survenue dans la jungle imprévisible des formalités administratives ne lui est pas imputable, et qu'il ne serait pas juste de le priver de son remboursement car il ne dispose pas des moyens de se soigner à ce prix-là... Derrière ces litiges concrets, se trouvent des personnes, se trouvent des institutions. Le rôle du juge est un dosage des intérêts en présence mais en l'occurrence, doser ne permettait pas de concilier les deux intérêts en opposition, vu qu'ils sont incompatibles.

Le juge doit donc choisir un camp, une thèse... Suivant quel référentiel va-t-il légitimer ce choix ?

puisqu'il n'est pas établi que ce psychiatre faisait partie de l'équipe pluridisciplinaire responsable de l'acte thérapeutique posé.

Notre questionnement ne porte nullement sur la qualité juridique de la réponse au litige : l'une ou l'autre décision judiciaire pouvait se concevoir et pouvait se justifier, même si la seconde réponse correspond mieux au cadre culturel d'une majorité des magistrats. Ce qui nous intéresse ici, c'est le ressort de la dynamique décisionnelle :

— dans le jugement du premier degré, la priorité est donnée au sentiment individuel d'injustice, d'un patient qui ne pouvait comprendre pourquoi une équipe universitaire aurait dû interpréter aussi strictement la réglementation AMI, ni pourquoi, sans avoir commis aucune faute, lui-même était privé de ses droits au remboursement par l'AMI ;

— dans l'arrêt d'appel, la priorité fut sans doute donnée à l'action administrative, c'est-à-dire en considérant la prévisibilité budgétaire dont l'autorité administrative a besoin pour fonctionner.

Quels sont les avantages d'une légitimation des normes et des jugements ? Grâce aux processus de subjectivation, les dispositifs de gouvernementalité sont facilités et ne se réduisent plus à un pur exercice de violence. Sans subjectivation individuelle, il n'y aurait pas d'acceptation personnelle de l'acte d'autorité. L'exécution de la norme et des décisions judiciaires se heurterait alors à d'insurmontables obstacles, comme le coût exorbitant d'une exécution forcée ou comme le calcul par leurs destinataires, d'un contournement de la règle ou du jugement. En outre, l'action collective est plus efficace si le destinataire d'une injonction s'en remet aux raisons de l'autorité au lieu d'effectuer lui-même une balance des raisons<sup>37</sup>.

Quels sont les dangers d'une légitimation des normes et des jugements ? Certains auteurs considèrent qu'il est possible de distinguer les légitimations approuvables de celles qui ne le sont pas, sur la base d'une justification transparente et admissible<sup>38</sup>.

Mais d'autres pensent que toute légitimation est un leurre et donc un risque à éviter. Lorsqu'ils sont systématisés, les dispositifs de légitimation deviennent une machine à produire des subjectivations, c'est-à-dire une machine de gouvernement et d'oppression à l'instar de la

---

<sup>37</sup> J. RAZ, *Authority and Justification*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, p. 129.

<sup>38</sup> C. MINCKE, *op. cit.*, p. 18, note 16.



« fabrique du sujet » que craignait Michel Foucault<sup>39</sup>. C'est pourquoi Michel Foucault prône l'autonomie du sujet, sa différenciation, son individualisation. Il exige un respect rigoureux de son individualité par l'autorité.

Une seconde critique, tout aussi virulente contre la légitimation de nature politique (qu'elle soit normative ou judiciaire), émane du philosophe italien Giorgio Agamben pour qui, sous son avatar contemporain, le capitalisme produirait même l'inverse d'un sujet moulé et discipliné. Le philosophe italien parle d'une « désobjectivation » des individus<sup>40</sup>, dans un même regard que celui des « Règles pour un parc humain » du philosophe allemand Peter Sloterdijk<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Pour ce philosophe français, le pouvoir est une prise de contrôle par certains, sur les esprits et sur les corps d'autres. Cette prise de pouvoir se réalise grâce à un encadrement disciplinaire lequel répond à la fois à une logique normative (car il fausse la normalité des comportements et des savoirs) et à une logique pastorale (car il manipule l'instinct grégaire). D'une part, la logique normative enferme les savoirs juridiques dans un cadre positiviste. Ce cadre positiviste signifie que : nos savoirs se sont constitués en disciplines scientifiques et celles-ci disent ce qui est « normal », en normant et en codifiant ce qui est permis de penser et de dire ; plus particulièrement, les savoirs juridiques servent une certaine nature humaine (uniquement, l'être humain que la science désire : un homme raisonnable, un agent purement rationnel) au service des projets des dominants (ceux qui décident ce qui convient pour la collectivité). D'autre part, la logique pastorale manipule notre instinct grégaire, grâce à la sacralisation de la norme. Cette divinisation de la norme entraîne une obéissance au groupe (le versant collectif/autoritaire supplante donc le versant de l'autonomie personnelle). La légitimation fabrique un « sujet assujéti », conforme, discipliné, politiquement correct. Cette mécanique de domination impose son emprise au nom de l'intérêt collectif (du moins ce qui est présent tel) dans la conscience de l'individu.

<sup>40</sup> « Aussi la droite et la gauche qui se succèdent aujourd'hui pour gérer le pouvoir ont-elles bien peu de rapports avec le contexte politique d'où proviennent les termes qui les désignent. Ils nomment simplement les deux pôles (un pôle qui vise sans le moindre scrupule la désobjectivation et un pôle qui voudrait la recouvrir du masque hypocrite du bon citoyen de la démocratie) de la même machine de gouvernement.

« De là surtout, l'étrange inquiétude du pouvoir au moment où il se trouve face au corps social le plus docile et le plus soumis qui soit jamais apparu dans l'histoire de l'humanité [...] Aux yeux de l'autorité (et peut-être a-t-elle raison), rien ne ressemble autant à un terroriste qu'un homme ordinaire. La politique qui supposait des sujets et des identités réels (le mouvement ouvrier, la bourgeoisie...) et le triomphe de l'économie, aboutit à une pure activité de gouvernement qui ne poursuit rien d'autre que sa propre reproduction. »

<sup>41</sup> P. SLOTERDIJK, *Règles pour un parc humain*, Éditions Mille et une nuits, 2000.

### 3. La culture positiviste a-t-elle un impact négatif sur la légitimité des jugements ?

En d'autres mots, la rigueur positiviste pourrait-elle coexister avec une culture juridique souple et pragmatique, plutôt que de lui faire barrage ?

a) *La culture actuelle des praticiens du droit et de la justice, semble bien hermétique*

Pour Pierre Bourdieu :

Une science rigoureuse du droit [...] s'arrache d'emblée à l'alternative qui domine le débat scientifique à propos du droit, celle du formalisme (qui affirme l'autonomie absolue de la forme juridique par rapport au monde social), et de l'instrumentalisme (qui conçoit le droit commun refoulé ou un outil au service des dominants) [...]. Les historiens du droit identifient l'histoire du droit à l'histoire du développement interne de ses concepts et de ses méthodes, [ils] appréhendent le droit comme un système clos et autonome, dont le développement ne peut être compris que selon sa dynamique interne. La revendication de l'autonomie absolue de la pensée de l'action juridique s'affirme dans la constitution en théorie et d'un mode de pensée spécifique, totalement affranchi de la pesanteur sociale ; et la tentative de Kelsen pour fonder une théorie pure du droit n'est que la limite ultra-conséquente de l'effort de tout le corps des juristes pour construire un corps de doctrines et de règles, totalement indépendant des contraintes et des pressions sociales et trouvant en lui-même son propre fondement [...].

La démarche de Kelsen, fondée sur le postulat de l'autolimitation de la recherche au seul énoncé des normes juridiques, à l'exclusion de toute donnée historique, psychologique ou sociale, et de toute référence aux fonctions sociales que peut assurer la mise en œuvre de ces normes, est tout à fait semblable à celle de Saussure qui fonde sa théorie pure de la langue sur la distinction entre la linguistique interne et la linguistique externe, c'est-à-dire sur l'exclusion de toute référence aux conditions historiques, géographique et sociologique du fonctionnement de la langue ou de ses transformations.

Lorsque que l'on prend le contre-pied de cette sorte d'idéologie professionnelle du corps des docteurs constituée en corps de doctrine, c'est pour voir dans le droit et la jurisprudence un reflet direct des rapports de force existant, où s'expriment les déterminations économi-

ques [...]. Les marxistes dits structuralistes ont paradoxalement ignoré la structure des systèmes symboliques, et dans le cas particulier, la forme spécifique du discours juridique [...]. Ils s'interdisaient par là de déterminer la contribution spécifique que, par la vertu même de sa forme, le droit peut apporter des à l'accomplissement de ses fonctions supposées<sup>42</sup>.

Pour Thierry Kirat, cet obstacle n'est cependant pas insurmontable :

La neutralité de la logique abstraite affirmée par les juristes et par les juges dissimule un ensemble de pré-conceptions, de préférence politique et de valeurs sociales... Loin de considérer que la logique juridique déductive est la clé de la compréhension de l'activité des tribunaux, [l'école pragmatique s'est employée] à saisir les ressorts non judiciaires de la décision du juge<sup>43</sup>. [Alors] le droit cesse d'être un texte sacré; il devient une pratique sociale habituellement monotone et vaguement bornée par des convictions éthiques et politiques.

*b) Le fonctionnement judiciaire fait montre croissante d'un réel pragmatisme juridique*

Malgré le « biais cognitif » par lequel le positivisme déforme la réalité vue par les praticiens du droit et de la justice, on constate cependant une évolution dans l'élaboration du raisonnement judiciaire. Dans le cadre de sa fonction, le juge se rend bien compte qu'il ne peut pas méconnaître une dose minimale de légitimité et qu'il lui faut faire preuve d'un souci minimal du justiciable<sup>44</sup>. A cet égard, on peut observer que, même si cela reste implicite et non verbalisé, la plupart des juges se soucient cependant de légitimation et qu'ils veillent sur le sentiment de justice des destinataires de leurs jugements, grâce à certains expédients juridiques. En voici deux exemples qui montrent

<sup>42</sup> P. BOURDIEU, « La force du droit – Éléments pour une sociologie du champ juridique », dans *Actes de la recherches en sciences sociales*, 1986, vol. 64, n° 64, p. 3 et 4.

<sup>43</sup> T. KIRAT, « Richard Posner, le juge et le pragmatisme : un regard critique », *Journée d'études. Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ?*, tenue à l'E.N.S. de Cachan le 11 avril 2005, <http://www.idhe.ens-cachan.fr/TexteKirat.pdf>

<sup>44</sup> G. DE LEVAL, « Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité », dans *Revue Droit ULB*, Bruylant, 2006, n° 34, p. 9.

comment la confection d'un raisonnement judiciaire témoigne d'une prise en compte du sentiment de légitimité ressenti par le justiciable.

*Premier exemple* : le jugement s'exprime au travers d'une figure de style, le syllogisme, et visiblement, ce dernier connaît une évolution dans sa pratique actuelle. Pour donner une meilleure impression d'avoir compris le justiciable et pour que leur jugement profite d'une meilleure acceptabilité, les juges ont déjà naturellement pris l'habitude de renverser les termes du syllogisme dans leur jugement : la mineure exposant les faits devient plus fréquemment la majeure du syllogisme, tandis que la règle de droit (théoriquement, la majeure dans le syllogisme positiviste) se retrouve en deuxième position, se transformant de *facto* en mineure. Cette inversion au sein du syllogisme judiciaire fut récemment stimulée en Belgique, puisque plusieurs arrêts de cassation y ont consacré la « théorie factuelle de la cause », autorisant que malgré le principe dispositif, le juge puisse suppléer à la qualification juridique (déficiente) des faits<sup>45</sup>. Le renforcement du rôle actif du juge amène un gain de légitimité puisque l'axe des faits prend « de plein droit » une plus grande importance dans le raisonnement judiciaire. L'acceptabilité par le justiciable est alors améliorée parce que ce dernier a l'impression que son cas fut mieux compris par le juge. Cette évolution rend plus hybride la judicature des juges, qui de moins en moins se décline exclusivement selon un positivisme dogmatique.

Le gain apparaît appréciable en termes de légitimation. Certains auteurs nous rendent cependant attentifs à plusieurs vices de raisonnement qu'ils soupçonnent de rompre ou corrompre la légitimation attendue, en infectant le processus syllogistique de fabrication du jugement<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Cassation belge, 14 avril 2005, *J. T.* 2005, p. 659, note de J. VAN COMPERNOLLE « La cause de la demande : une clarification décisive » ; Cassation belge, 23 octobre 2006, S.05.0010, [www.juridat.be](http://www.juridat.be) ; Cassation belge, 22 janvier 2007, S.04.0088, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>46</sup> Parmi d'autres, trois vices du syllogisme judiciaire se révèlent à l'usage :  
 Tout d'abord, le syllogisme fonctionne comme une mécanique intellectuelle servile et purement formelle. A cause de son formalisme et par la force de l'habitude, le syllogisme fait perdre de vue au juge qu'avec la légalité et l'effectivité, la légitimité constitue l'une des trois conditions de validation de son raisonnement juridique. Sans légitimation, le jugement n'effacera pas le sentiment d'injustice à l'origine du conflit.

*Deuxième exemple* : le jugement interprète la norme suivant certains principes non codifiés, eux-mêmes évolutifs.

Sans être un véritable outil de légitimation, l'interprétation de la norme peut stimuler ou freiner le sentiment de légitimité du destinataire d'un acte judiciaire. Malheureusement, il faut bien constater que l'interprétation usuelle en jurisprudence belge ou française, est restrictive et littérale. Cette pratique défavorise le processus de légitimation.

En premier lieu, plusieurs avis experts nous invitent à dépasser l'interprétation littérale, lorsque c'est possible et que le résultat en est plus efficace et plus légitime :

– Instrument de régulation par le droit, le juge, spécialement le juge de cassation, doit dicter des normes jurisprudentielles répondant à des critères de cohérence, d'exactitude, de sécurité juridique et de prévisibilité. La raison de son existence est en effet de dire le droit avec justesse et justice, de donner une souplesse évolutive à la loi qui préserve son efficacité et son autorité<sup>47</sup>.

– Nos juges ont souvent eu tendance à privilégier l'interprétation littérale au détriment des autres méthodes et à ne pas accorder à la méthode téléologique toute l'importance qu'elle mérite. Par ailleurs, sous l'influence du positivisme juridique, ils ont volontiers conçu leur mission comme consistant à appliquer purement et simplement la norme,

Ensuite, parce qu'il enferme l'application des règles de droit à l'intérieur d'une logique close (c'est-à-dire dans un système normatif pyramidal restant hermétique), le syllogisme juridique se révèle fréquemment incohérent puisqu'il met en évidence les imperfections et les illogismes du système normatif, alors précisément que la rigidité positiviste de ce dernier ne permet aucune correction.

Enfin, sans considération pour une pertinence éventuelle, le syllogisme exclut toutes les logiques « non standard », hors du raisonnement juridique.

Carine DURRIEU et de Serge DIEBOLT suggèrent aux praticiens du droit et de la justice, diverses logiques concurrentes du syllogisme juridique ; ces logiques « non standard » offrent de meilleurs chemins de légitimation, garantissant pareillement une égalité de traitement à chaque justiciable, sans présenter des risques d'arbitraire ou de discrimination, plus importants que la pure application des syllogismes juridiques.

<sup>47</sup> G. CANIVET, « La crédibilité du juge », dans *Rapport annuel de la Cour de cassation*, année 2000, Deuxième partie : Études et documents, p. 37-38, discours prononcé par M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le jeudi 11 janvier 2001, [http://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2000\\_98/deuxieme\\_partie\\_etudes\\_documents\\_100/par\\_m.\\_5848.html](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/deuxieme_partie_etudes_documents_100/par_m._5848.html)

en interprétant le moins possible, voulant éviter par-dessus tout de pénétrer dans ce qui était vu comme les affres de la subjectivité et des jugements de valeur. Cette conception un tant soit peu étriquée de l'interprétation bat aujourd'hui en retraite. Il était aisé de constater que la poursuite de la certitude en matière d'interprétation est une illusion.

Il y règne au contraire le doute, la relativité, la controverse [...]. En fait, notre méthode interprétative est actuellement, pourrait-on dire, dans une période d'adolescence, tiraillé entre l'enfance et l'âge adulte. De l'enfance, il nous reste une série de blocages qui nous coupent du sens profond du texte, blocages dont nous devons nous défaire pour que notre démarche interprétative atteigne sa pleine maturité<sup>48</sup>.

En second lieu, à contre-pied des habitudes jurisprudentielles nationales, les cours européennes montrent des raisonnements judiciaires plus ouverts à une anticipation des conséquences.

— Tout d'abord, la Cour européenne des droits de l'homme interprète la convention fondatrice comme un « instrument vivant » qui exige une « interprétation dynamique » « à la lumière des conditions de vie actuelles<sup>49</sup> ». La Cour accorde une importance limitée au texte même de la convention car l'objet et le but de la convention sont de protéger les individus contre les ingérences arbitraires des États contractants. Dès lors, la Cour évite toute interprétation littérale de la Convention. Les termes utilisés dans la Convention impliquent des principes moraux qui évoluent au fil du temps. Cela signifie que, malgré les mots figés du texte, le contenu des droits n'est pas figé.

— Depuis son arrêt *Van Gend en Loos*<sup>50</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes fait souvent référence à l'esprit, à l'économie, puis seulement, aux termes du traité CE pour procéder à l'interprétation de ce traité. Il apparaît donc que la Cour de Luxembourg recourt à l'interprétation systématique de la norme communautaire (vue comme une norme intégrée dans un ensemble) et à l'interprétation téléologique (vue comme une recherche d'efficacité de la

---

<sup>48</sup> R. TREMBLAY, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 2004, p. 2.

<sup>49</sup> Cour eur. D. H., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A, n° 26.

<sup>50</sup> CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c. Adm. fisc. néerlandaise*, affaire n° 26/62, <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:FR:HTML>

norme). Cette interprétation téléologique s'est affirmée sous couvert de l'équité des grands principes de droit émanant des traités, lorsque la Cour identifie ceux-ci à la volonté de l'auteur de la norme, et qu'à ce titre, ces grands principes deviennent le critère d'interprétation : « [...] il convient alors d'analyser si, à la lumière du principe d'égalité de traitement entre travailleurs communautaires, une telle conséquence est conforme au droit communautaire <sup>51</sup> ».

Pour sa part, la Cour de cassation de Belgique est toujours restée excessivement prudente dans ses interprétations. Mais l'influence des cours européennes se fait parfois sentir, laissant espérer l'avènement d'un meilleur pragmatisme juridique en Belgique.

En ce sens, le commentateur Jean-François Funck observait avec beaucoup de pertinence, toute l'innovation contenue en germe dans un arrêt de cassation, prononcé le 17 juin 2002 à l'occasion d'une procédure de sécurité sociale non contributive <sup>52</sup> :

On sait que le modèle d'interprétation exégétique, dans sa formule absolue, est depuis longtemps abandonné : le juge ne limite pas son travail d'interprétation en examinant uniquement le sens littéral du texte (modèle objectiviste) ou l'intention du législateur (modèle subjectiviste) : nul n'oserait plus soutenir aujourd'hui que le juge n'est que la bouche de la loi.

La référence aux mots du texte ou aux travaux préparatoires sensés révéler l'intention du législateur reste malgré tout une technique largement partagée par les juges. Elle s'inscrit cependant dans un modèle plus global que F. Ost et M. Van De Kerchove ont appelé la méthode « systémique » : l'interprète cherche à reconstruire une cohérence du système juridique, à « inscrire la solution adoptée dans l'ordonnement d'ensemble, logique et axiologique, du système juridique ». « Le juge, dira le procureur général Dumon, découvre les règles de droit, non seulement dans les coutumes et les textes de lois mais aussi dans l'esprit des lois et les intentions du législateur, dans les principes généraux du droit, dans ce qui découle de la nécessaire coordination et harmonisation des innombrables lois et principes du droit, dans le but

<sup>51</sup> CJCE, 9 novembre 2006, *Chateignier c. O.N.Em.*, C-346/05, dans *JTT*, 2007, p. 53.

<sup>52</sup> J.-F. FUNCK, « Le juge et les silences volontaires du législateur : l'exemple du droit des étrangers à l'aide sociale », dans *J.L.M.B.*, 2002, p. 1420.

et la nature des institutions juridiques. Cette méthode se manifeste notamment par l'utilisation de la formule il résulte de toute l'économie de la législation.

C'est par cette même formule que la Cour de cassation clôture son raisonnement dans l'arrêt du 17 juin 2002<sup>53</sup>.

La Cour indique de la sorte que sa solution s'intègre dans l'ensemble du système juridique belge, qu'elle se déduit de la mise en concordance de diverses règles légales et constitutionnelles. La Cour de cassation adopte-t-elle, par cet arrêt, une méthode d'interprétation téléologique ? On dira qu'elle la frôle.

Mais elle ne s'y engouffre pas. On sait qu'à l'opposé de la méthode exégétique, l'interprétation téléologique consiste à interpréter le texte légal en fonction de son objet et de son but. La méthode exégétique s'interroge sur le choix des mots ou sur leur place dans la structure du texte, parce que ces critères syntaxiques sont présumés révéler l'intention du législateur, que l'interprète doit faire advenir. La méthode téléologique s'interroge sur la réalité sociale dans laquelle le texte légal se meut et sur la fonction de ce prescrit légal au sein de cette réalité. Peut-être s'adapte-t-elle plus facilement à des textes fondateurs puisqu'elle ne vise pas tant à dire ce qu'est le droit qu'à donner une portée nouvelle, inédite à un texte de portée générale.

D'inspiration téléologique, l'arrêt l'est lorsqu'il accorde priorité à l'objectif plutôt qu'au texte des dispositions légales. Il demeure néanmoins dans la logique «systémique» lorsqu'en définitive il justifie sa solution par un impératif de cohérence du système juridique. Téléologique, l'arrêt aurait pu l'être, s'il avait poursuivi dans la mise en œuvre de l'article 23 de la Constitution. Avouons que sur ce point l'on reste quelque peu sur sa faim.

Car l'invocation de l'article 23 en reste à un stade incantatoire. La disposition constitutionnelle est citée, elle est même proclamée. Mais la Cour n'expose pas comment l'analyse de son objet et de son but permet de dégager la solution qui est la sienne. Il pourrait être intéressant qu'à l'avenir, la Cour s'engage dans la détermination des contours de ces droits économiques et sociaux fondamentaux, de leur portée, et de la manière dont ils peuvent être utilisés comme outils d'interprétation des lois.

---

<sup>53</sup> Cassation, 17 juin 2002, dans *J.L.M.B.*, p. 1158.



Par cette dernière réflexion, on bascule de l'instrument judiciaire au référentiel judiciaire. Autrement dit, on passe de la caisse à outils, au management par objectifs ! Si l'interprétation est un outil de travail au service des praticiens du droit et de la justice, la finalité de cet instrument apparaît déterminante puisqu'en dernier ressort, c'est cette finalité qui devra guider l'utilisation de l'instrument de travail. On échapperait par là aux dangers inhérents à un calcul pragmatique et instrumental(isant).

Mais quelle est la finalité du règlement d'un conflit, qu'il soit opéré via jugement ou via accord né d'une négociation ? Si on peut dire que l'exercice d'une fonction d'autorité répond à un rôle politique, le juge qui tranche ou qui concilie (ou pareillement, le médiateur qu'il délègue et qu'il contrôle à cette fin), doivent veiller alors à une meilleure légitimation de leur action, dans le sens qu'il leur faut apporter une contribution (une plus-value démocratique) au règlement étatique des conflits qui leur sont soumis. Si ce présupposé est admis, alors, les modes alternatifs de règlement des conflits ont une chance d'être intégrés harmonieusement au sein de l'institution judiciaire, avec une considération égale par rapport à celle donnée à la judicature. D'autant plus que les modes alternatifs sont précisément axés sur des négociations qui permettront une « signification normative partagée... ». Mais qu'est-ce qu'une contribution démocratique ? Et comment la réaliser avec plus-value ?

### *E. Propositions en vue d'une plus-value démocratique de l'action judiciaire*

#### 1. La « démocratie » comme thermomètre d'un certain pragmatisme juridique

A quoi sert un conflit ? Et en quoi la démocratie est-elle concernée par un conflit au sein de la société civile ou au sein de toute organisation humaine qui en fait partie ? Partant du postulat que tout conflit traduit la manifestation d'un sentiment d'injustice, la raison d'être du conflit correspond à la volonté d'un membre au sein d'une organisation humaine, que soient définies (ou redéfinies) les conditions de coexistence au sein du groupe, c'est-à-dire les règles codifiant les rapports entre individus dans cette collectivité.

Adjudication et négociation d'un accord sont les deux modes décisionnels majeurs en vue de parvenir au compromis d'un nouveau « vivre ensemble », d'une nouvelle « citoyenneté<sup>54</sup> ».

Ce vivre ensemble et cette citoyenneté peuvent s'envisager suivant divers modèles. Parmi tous les modèles possibles et en raison de ses avantages (car s'il y a renforcement de l'identité individuelle, il y aura consécutivement, renforcement de la motivation et donc de la « productivité » individuelle au service du groupe), le modèle de la démocratie est celui qui est supposé aboutir à la meilleure « efficacité globale » d'une organisation humaine. C'est pourquoi chaque individu peut rationnellement admettre que ce modèle politique et social qu'est la démocratie, soit pris comme justificatif de légitimation par un tribunal qui impose autoritairement une solution à son conflit, qui accompagne sa conciliation ou qui homologue son accord de médiation.

Une première manière de concevoir la démocratie comme guide de légitimation, consiste à en extraire divers principes généraux et formels (une « procéduralisation ») qu'il suffirait de transposer en vue de garantir un procès « modèle » ou un accord négocié « modèle ». Certains proposent d'atteindre pareille destination démocratique<sup>55</sup>, en suivant le chemin du procès équitable, c'est-à-dire selon les référents procéduraux de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le pragmatisme juridique se réduit à un traitement purement formel. Il suffirait d'un traitement procédural égalitaire des justiciables<sup>56</sup>, à savoir par exemple : la légalité du juge, l'indépendance et l'impartialité de ce dernier, le délai raisonnable, la motivation lisibles et intelligible, le contradictoire, l'égalité des armes, les droits de la défense, la publicité, le droit à l'exécution effective et immédiate des décisions.

---

<sup>54</sup> R. BOURQUE et C. THUDEROZ, *Sociologie de la négociation*, Paris, La Découverte, 2002, p. 29.

<sup>55</sup> C. MINCKE, *Efficacité, efficacité et légitimité démocratique du ministère public*, Presses universitaires de Louvain, 2002, p. 97-105.

<sup>56</sup> N. FRICERO, « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme », dans P. MBONGO (dir.), *Les qualités des décisions de justice*. Actes du colloque de Poitiers, tenu les 8 et 9 mars 2007, pages 50 à 57, <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf>

Une seconde manière d'insuffler une dimension démocratique au sein du processus de légitimation d'un jugement, serait de venir à la rencontre du sentiment d'injustice de la partie qui a provoqué le conflit. A cette fin, il faudrait envisager un traitement sociologique et philosophique du sentiment d'injustice, en équité normative plutôt qu'en équité instrumentale. En partant du postulat que les individus raisonnent selon un cadre de pensée qui leur est commun<sup>57</sup>, on parviendrait à situer sur cette échelle commune, ce qu'ils estiment auto-éthiquement inadmissible (versant individuel) ou ce qu'ils considèrent légitimement inadmissible (versant collectif), en distinguant l'éthique du groupe (devoirs socio-éthiques) et l'éthique de la société globale (devoirs anthropo-éthiques)<sup>58</sup>.

Un tel guide de l'équité normative pourrait se révéler très utile pour l'exercice d'une fonction judiciaire (et nous le préconisons ci-après). Il se rallie à la sociologie de Luc Bolstanski ; cette dernière postule une étroite relation entre le sentiment de justice et la démocratie (comme modèle de philosophie politique et sociale).

Dans cet esprit, la démocratie constituerait un cadre de pensée commune dans lequel se meut notre représentation idéale du bien commun. Cela signifierait que chaque représentation personnelle du bien commun convergerait vers une théorie politique et sociale, relativement commune à tous, théorie qu'en chacun de nous, nous identifions comme source de tous les comportements équitables, et qui nous rendrait disposés à admettre une légitimation.

Ainsi entendu, la démocratie servirait de référent pragmatique en vue de la justice, vu que les fonctions des acteurs de la justice ont pour objectif de traiter des conflits en tant que fonctions d'autorité ayant une nature politique et sociale. L'action des acteurs de la justice appelle et implique une légitimité démocratique. Plus spécialement, ceux-ci devraient remplir un rôle de légitimation lorsqu'ils contribuent au traitement de ces conflits : par exemple, en justifiant la signification

---

<sup>57</sup> On vise ici une équité normative dans le sens d'une « coutume » qui s'inférerait sociologiquement à partir de ce cadre commun de pensée, plutôt que des « droits naturels innés » et connus spontanément de chaque individu.

<sup>58</sup> E. MORIN, *La méthode 6, Éthique*, Paris, Seuil, 2004, voir les III<sup>e</sup>, IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> parties.

normative partagée que contient la solution imposée dans un jugement, ou, que contiennent les propositions de solution suggérées ou soutenues dans le cadre d'une conciliation/médiation. Dans une vision pragmatique, cet accroissement de légitimité est la plus-value démocratique des acteurs du droit et de la justice car cette plus-value s'identifie avec une action de renforcement des volontés individuelles à poursuivre le « vivre ensemble » au sein du groupe.

Dans cet esprit pragmatique, le processus de légitimation consisterait donc à expliquer pourquoi la solution imposée par le juge ou la solution négociée avec l'aide d'un juge conciliateur (ou d'un médiateur qu'il avait délégué) est conforme à l'esprit démocratique. Un tel cadre commun de pensée fournit le « référentiel démocratique » qu'il nous fallait pour traiter les sentiments d'injustice suivant une procédure équitable au fond (et non seulement dans la forme). Pour rendre concret ce référentiel démocratique, il nous faut maintenant examiner l'exacte étendue du concept de démocratie.

Au préalable toutefois, trois observations viennent nuancer le potentiel méthodologique de ce repère conceptuel : d'une part, le critère démocratique n'est que partiellement opérant, et d'autre part, son utilisation naïve ne serait pas sans danger.

*Première observation* : tout d'abord, le référentiel démocratique n'est malheureusement ni univoque, ni même unique. En effet, si ce référentiel avait été simple et indivisible, on aurait pu circonscrire la démocratie au moyen d'un test appelé « bien commun statistique » ! Or cela n'est pas possible car il y a autant de biens communs que de cultures différentes...

Luc Bolstanski ne s'y est pas trompé puisqu'il a bâti *sept cités* (et non une seule), à savoir sept modèles de représentation, dont émaneraient tous les sentiments d'injustice (et corollairement, toutes les justifications en réponse à une doléance d'injustice). Ces sept modèles de philosophie politique et sociale dessinent une image impressionniste de la démocratie ; ils expliquent tous les sentiments d'injustice qu'on pourrait répertorier au sein des multiples sous-cultures constitutives de notre culture dite « occidentale ». Le modèle explicatif de Luc Bolstanski est cependant relatif. D'une part, il ne fonctionne pas lors d'un conflit multiculturel ou dans des contextes conflictuels qui sont culturellement distincts de notre démocratie occidentale. D'autre part, ce modèle cesse d'être opérant en cas de violence ou en cas de purs rap-

ports de force, inéquitables. Notre seconde observation explicitera pourquoi.

*Deuxième observation*: les valeurs et représentations fondant la démocratie, peuvent générer certains effets pervers.

En premier lieu, si l'arrachage d'un citoyen à la «sérialité» des masses renforce son identité, et partant sa motivation ainsi que sa «productivité sociale», la consolidation de cette identité est aussi créatrice de différence et accentue le sentiment d'altérité. C'est pourquoi en renforçant l'identité (et donc la différence, l'altérité), on renforce par ricochet l'exaspération des conflits. Le cercle est vicieux puisqu'en légitimant le retrait d'un sentiment d'injustice et en réglant le conflit qu'il suscitait, on potentialise simultanément d'autres risques de tension conflictuelle<sup>59</sup>.

En second lieu, les institutions ont tendance à figer les valeurs et les représentations qui ont fondé leur naissance. En réalité, l'autorité tend à créer les conditions de sa propre conservation (qualifiée de «sécurité juridique»). Cela est vrai plus particulièrement pour les praticiens du droit et de la justice, comme l'a démontré magistralement le sociologue français Pierre Bourdieu<sup>60</sup>. Par exemple, grâce à leur caractère répétitif, les solutions jurisprudentielles cherchent à pérenniser les fondements culturels sur lesquels elles se sont fondées, en les sacralisant. Les instigateurs de cette sécurité juridique sont désignés par le philosophe Michel Foucault qui ne pointe pas seulement du doigt les praticiens du droit et de la justice, mais aussi les structures pédagogiques car celles-ci tendraient à diviniser les savoirs juridiques, en les enfermant dans un cadre disciplinaire. Ce cadre disciplinaire signifie :

— que nos savoirs se sont constitués en disciplines scientifiques affirmant ce qui est «normal» et qui, donc, norment et codifient ce qu'il est permis de penser et de dire ;

— que, plus particulièrement, les savoirs juridiques servent une certaine nature humaine (uniquement, l'être humain que la science désire : un homme raisonnable, un agent purement rationnel) au ser-

<sup>59</sup> M.-L. ROUQUETTE, *La créativité*, Paris, PUF, 1973, p. 6.

<sup>60</sup> P. BOURDIEU, *op. cit.*, p. 3.

vice des projets des dominants (ceux qui décident ce qui convient pour la collectivité).

Foucault critique cette propension disciplinaire car elle affaiblit la légitimité, en grevant excessivement la liberté de l'être humain et l'autonomie de ses intérêts, sous le poids collectif. Il décrit clairement la prise de pouvoir qui se réalise grâce à cette logique disciplinaire, logique normative et pastorale (car elle manipule l'instinct grégaire).

En manipulant notre instinct grégaire, la sacralisation de la norme a pour effet, une obéissance au groupe (le versant collectif/autoritaire supplante donc le versant de l'autonomie personnelle). La légitimation par l'autorité vise à fabriquer un «sujet assujetti», et la démocratie servirait là de prétexte à d'occultes dispositifs de domination. Ces dispositifs non transparents justifieraient leur emprise sur la conscience de l'individu, au motif de l'intérêt collectif (du moins ce qui est présenté tel). Cette «disciplinarisation» du savoir juridique exclut tous ceux qui ne rentrent pas totalement dans le moule rationnel qu'elle institue. Ainsi, celui qui agit de manière anormale et celui qui interprète la norme sans conformisme, sont considérés comme des «aliénés» (auteurs de troubles ou scientifiques déviants) comme l'étaient devenus ceux qu'il fallait depuis le XVII<sup>e</sup> siècle enfermer dans un asile d'aliénés !

Toutes ces conditions créent un rapport d'obéissance, en laminant les savoirs juridiques sous le poids d'une triple manipulation de la vérité scientifique :

— les contenus scientifiques deviennent un ensemble de vérités, de dogmes ;

— les contenus juridiques sont organisés en vases clos et séparés artificiellement des autres contenus scientifiques (c'est-à-dire en «clôture disciplinaire» : chaque discipline scientifique déployant une technique propre, réfléchie et bien organisée sous forme de règles générales, de préceptes, de méthodes, qui ne peut plus se mêler aux autres savoirs) ;

— les savoirs juridiques doivent être intériorisés comme légitimes (chaque individu doit être d'accord de calquer son action sur la normalité qui lui est inculquée comme «vérité scientifique» par «sa discipline scientifique»).

Les observations ci-dessus démontrent la nécessité d'une grande circonspection dans la pratique des dispositifs de légitimation par les métiers du droit et de la justice.

*Troisième observation* : notre postulat suppose ici que les individus raisonnent suivant un cadre de pensée qui leur est commun dans la détermination des comportements éthiquement inadmissibles. Pour convaincre qu'un label de légitimité cautionnait telle norme ou tel jugement, les dispositifs de légitimation dont nous avons parlé jusqu'ici devaient démontrer que cette norme ou ce jugement constituaient la voie la plus sûre vers le bien commun et vers le « vivre ensemble ». Pareils dispositifs sont « orientés démocratie ». Ils opèrent seulement à partir d'une légitimité sensu stricto, tandis qu'il existe un second degré de légitimité. Car même si notre instinct grégaire témoigne d'un profond besoin sociologique de participer à la vie collective et même si notre orientation pastorale est un réceptacle bien disposé à accueillir les dispositifs de légitimation, tous les dispositifs que nous avons évoqués, rencontrent seulement les facettes collectives de l'éthique (socio-éthique pour l'éthique au sein d'un groupe organisé, et anthropo-éthique pour l'éthique au sein de l'humanité tout entière) : ils se situent exclusivement en zone d'hétéronomie (versant collectif) et ils n'opèrent pas en zone d'autonomie (versant individuel). Le dispositif de légitimation appelle aussi une seconde facette afin de répondre à d'autres sentiments d'injustice, de nature éthique.

Le référentiel démocratique n'est donc pas suffisant à lui seul et il faudra consolider les dispositifs de légitimation en y adjoignant un référentiel auto-éthique. Une légitimité sensu lato implique donc une double logique de justification, non seulement sociologique, mais en outre philosophique. Dès lors, après avoir justifié du bien commun, les processus de légitimation devront aussi expliquer pourquoi la solution imposée par le juge ou la solution négociée avec l'aide d'un juge conciliateur (ou d'un médiateur qu'il avait délégué) est conforme à l'éthique, ou plus exactement, ne consacre pas une solution éthiquement inadmissible.

En résumé, pour être crédibles, les processus de légitimation sont tributaires d'un référentiel. Pour les acteurs du droit et de la justice, le concept le mieux opérant au regard du pragmatisme juridique serait actuellement sans doute celui de démocratie. Une bonne orientation des processus de subjectivation vers la démocratie n'est cependant pas

suffisante. Certaines carences de légitimité risquent quand même de surgir : par exemple quand il existe une tentative de domination, les rapports de pouvoir altèrent les vraies valeurs démocratiques et corrompent la culture où baignent les dispositifs de légitimation. Enfin, au-delà de la démocratie, le référentiel ultime est l'équité qui englobe deux composantes : le bien commun démocratique (critères socio- et anthropo-éthiques) et l'auto-éthique.

## 2. Comment donner une consistance opératoire au concept de « démocratie » ?

Il n'est pas simple de circonscrire la démocratie d'une manière suffisamment concrète pour que ce concept abstrait devienne un guide pratique de légitimation (c'est-à-dire un guide en vue d'une pragmatique juridique qui bâtirait des dispositifs approuvables comme significations normatives partagées). Pour y parvenir, il faut éclairer la complexité du concept polysémique de démocratie, en différenciant les trois significations principales de la « démocratie », à savoir :

- un sens juridique (l'institution étatique) ;
- un sens sociologique (une culture et une idéologie, ainsi qu'une théorie de la gouvernance et de la gestion des organisations humaines) ;
- un sens philosophique (une théorie politique du vivre ensemble).

Malgré la distance qui les sépare, ces trois significations occupent un espace commun : leur intersection, c'est à la fois l'explication de la raison d'être du conflit et à la fois le chemin tracé vers une solution légitime pour ce conflit.

Chacun des trois sens du concept de démocratie agit comme un moteur de légitimité.

En effet, ces trois significations ont l'aptitude de mettre en mouvement un dispositif de subjectivation, c'est-à-dire que toutes trois offrent la capacité d'être intériorisée par leurs destinataires, en suscitant chez eux une conformation de plein gré, tantôt à une décision autoritaire du juge, tantôt à une décision issue de leur propre négociation. D'une part, pour réussir pareille subjectivation, le dispositif doit obtenir le remplacement d'un sentiment d'injustice, par des opinions nouvelles qui vont modifier l'état d'esprit des personnes destinataires, en convainquant celles-ci que les nouveaux raisonnements proposés



sont mieux conformes à la démocratie que leurs raisonnements personnels antérieurs. D'autre part, la réussite d'un tel processus de subjectivation dépend aussi de la bonne volonté et du dynamisme des praticiens du droit et de la justice. La vision de leur propre fonction doit s'élargir, s'ils veulent mettre en œuvre la légitimation préconisée :

— s'ils visent le pragmatisme juridique pour objectif, le « rôle politique » des acteurs judiciaires doit alors se conformer aux trois dynamiques ci-dessous de la démocratie ;

— mais surtout, leur attention doit se porter sur toutes les implications non juridiques du conflit à résoudre (politiques, sociologiques, culturelles, gestionnaires ou encore philosophiques). Quelles forces animent ces trois moteurs de la démocratie ?

*a) La démocratie est tout d'abord une dynamique étatique et institutionnelle.*

La « démocratie des juristes » est avant tout une architecture juridique (un organigramme institutionnel et des procédures juridiques) qui étaye un système particulier de fonctionnement d'une collectivité politique. En d'autres mots, la démocratie est ici un modèle particulier d'organisation d'un système juridique. En quoi ce modèle apporte-t-il une légitimité que d'autres modèles n'ont pas ? Quels en sont les vices ?

Depuis la constitution de l'État français ou belge, nos démocraties ont principalement recherché leur légitimité au travers d'une architecture particulière : dessinant une répartition des pouvoirs entre trois autorités (à la fois divisées pour protéger les citoyens mais collaborant en vue d'une efficacité institutionnelle) et opérant une sacralisation de la loi, l'individu était assujéti au système juridique organisant l'État. Cette conception de la démocratie était acceptée par les individus, puisque ses deux figures successives (à savoir l'État-gendarme dans un premier temps, et puis l'État-providence dans un second temps), leur donnaient des motifs d'être plus contents que mécontents. La figure d'un tel État démocratique constitua un dispositif de subjectivation longtemps prééminent puisque ce modèle se prétendait efficace et puisque la majorité des citoyens acceptaient le postulat de cette efficacité meilleure, et donc, acceptaient de se soumettre à la loi et aux jugements de cet État. A partir de 1980, les dysfonctionnements constatés par les citoyens ont fait douter ceux-ci du précepte démocratique.

En réponse au scepticisme croissant et à la contestation des citoyens, le système juridique a généré de nouvelles valeurs démocratiques, dans le sillage et suivant les préceptes de la vague économico-gestionnaire à la mode.

La nouvelle architecture de l'État démocratique prit alors le visage de l'« État social actif<sup>61</sup> ». Ce dernier se caractérise notamment par l'emprunt aux entreprises privées de méthodes de gestion à visée économique : des services plus performants au moindre coût possible. Les dispositifs de légitimation se sont singulièrement modifiés : aujourd'hui, le travail des métiers du droit et de la justice est déclaré « acceptable » s'il satisfait à des standards de qualité, à l'instar des normes ISO dont se sont dotées beaucoup d'entreprises.

Il en résulte que la porte s'ouvrait en faveur des divers guides de légitimation qui extrayaient hors de la CEDH, une procéduralisation, outre divers principes généraux et formels, et qui les transposaient en vue de garantir un procès modèle : « La qualité de la justice s'apparente essentiellement à un enjeu de bonnes pratiques juridiques et gestionnaires, objectivable sous la forme de principes (apparences d'impartialité, procès équitable...) et d'indicateurs de rendement (plus grande rapidité, maîtrise des coûts) extérieurs à l'activité judiciaire elle-même<sup>62</sup> ».

<sup>61</sup> D. DUMONT, « Vers un état social actif », dans *J.T.T.*, 2008, p. 133.

<sup>62</sup> A. VAUCHEZ, « Les jauges du juge. La justice aux prises avec la construction de sa légitimité », dans P. MBONGO (dir.), *Les qualités des décisions de justice*. Actes du colloque de Poitiers 8 et 9 mars 2007, p.66 : « Le premier courant réformateur s'articule autour du thème de la procéduralisation de la justice. Il s'inscrit dans le contexte d'un retour des thématiques de l'État de droit à partir du début des années 1980 et s'appuie sur l'afflux des jurisprudences européennes (Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice des Communautés européennes) et constitutionnelles dont on sait qu'elles sont particulièrement soucieuses des garanties procédurales apportées dans l'administration de la justice. Le travail de systématisation et d'universalisation de ces jurisprudences engagé par un ensemble de professeurs de droit qui y voient le socle d'une nouvelle modernité juridique a conduit à redéfinir les différentes branches du droit et les différentes juridictions au prisme de nouveaux concepts tels que le procès équitable ou l'apparence d'impartialité. Pour divers qu'ils soient, ces investissements dans un droit savant de la procédure ont défini un ensemble de standards juridiques du procès qui tiennent à ses « principes directeurs » (droits de la défense, principe du contradictoire...), mais aussi d'une manière générale à l'organisation judiciaire (droit au recours effectif, droit au juge naturel, apparences de l'impartialité, dou-

Il en résulte aussi, selon Jean-Paul Jean, que « la légitimité de la décision judiciaire se gagne à travers le sentiment de justice » et qu'elle se mesure à l'aune des exigences de qualité : « quelle que soit la qualité des systèmes judiciaires, le respect ou l'acceptation de la décision de justice ne s'appuie plus seulement sur sa légitimité institutionnelle, elle doit aussi bénéficier de la confiance des citoyens. Le niveau d'exigence des citoyens européens vis-à-vis des institutions est aujourd'hui plus élevé. C'est ce que nous montrent en particulier les enquêtes qualitatives auprès des usagers effectuées dans un nombre de plus en plus grand de pays.

A partir des éléments disponibles au Conseil de l'Europe et notamment au sein de la CEPEJ, l'on peut rapidement évoquer la question des attentes des citoyens puis un second point qui intéresse directement la qualité des décisions, celui des dysfonctionnements de la justice. C'est là où intervient de façon centrale la question de l'évaluation en termes de politique publique. Comment, à travers la démarche-qualité, mesurer et améliorer la confiance des citoyens dans celles et ceux qui rendent les décisions de justice <sup>63</sup> ?

L'avènement de cette démarche-qualité est minutieusement décrit par Antoine Vauchez <sup>64</sup>, mais plus sûrement encore, la limite des capa-

---

ble degré de juridiction...). Loin de n'être qu'un enjeu essentiellement technique bon pour les spécialistes de la chicane que sont les praticiens du droit, la procédure fait ainsi désormais figure de véritable socle fondamental pour l'ensemble de l'ordre juridique, une sorte de droit commun de liberté, d'égalité et de fraternité.

Ce nouvel étalon de la bonne justice fait ainsi apparaître un nouveau corpus de principes d'évaluation indépendants des comportements du juge lui-même, et qui tiennent à la régularité formelle du procès. La notion d'apparence d'impartialité est tout à fait caractéristique à cet égard, qui cherche moins à garantir l'impartialité subjective du juge qu'à assurer celle objective de la fonction et de la procédure judiciaires. Cet étalon procédural s'apparente à une entreprise de rationalisation/normalisation de l'écheveau complexe et hétérogène de juridictions... » (<http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf>)

<sup>63</sup> J.-P. JEAN, « La qualité des décisions de justice au sens du Conseil de l'Europe », dans P. MBONGO (dir.), *Les qualités des décisions de justice*. Actes du colloque de Poitiers, tenu les 8 et 9 mars 2007, p. 42, <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf>

<sup>64</sup> A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 59 : « Le second courant réformateur s'articule autour du thème de la modernisation administrative. La constitution de la justice en enjeu spécifiquement bureaucratique, c'est-à-dire en problème de gestion et d'organisation, suit de près la montée en puissance au cours des années 1980 de la

cités légitimatrices d'une telle dynamique institutionnelle. Pour Antoine Vauchez, plusieurs effets pervers commencent à se dévoiler :

Forme de rationalisation juridique savante, le procès équitable ou l'apparence d'impartialité [...] s'opère *in fine* aux dépens des savoir-faire et des usages professionnels développés par les juges eux-mêmes. Ainsi, ce double mouvement de rationalisation juridique et bureaucratique dépossède (partiellement) les professionnels de la justice de l'évaluation de leurs propres pratiques au profit de ceux qui sont, en dernière instance, les spécialistes de ces systèmes (juridique ou comptable), qu'ils soient professeurs de droit ou, de manière plus marquée, hauts fonctionnaires.

Dès lors, ces transformations dans les registres, dans les outils et dans les acteurs engagent bel et bien une déstabilisation des mondes judiciaires traditionnels sommés d'accepter l'intrusion de ces nouveaux standards dans l'évaluation des biens publics judiciaires dont la singularité est désormais contestée de toutes parts <sup>65</sup>.

De même, observait déjà Christophe Mincke en 1999, les processus de subjectivation semblent avoir atteint le seuil de leur acceptabilité dans le champ juridique :

---

thématique de la réforme de l'État au cœur de l'agenda politique. Cette préoccupation n'est pas nouvelle [...] mais, puissamment relayée par les réseaux réformateurs de la haute fonction publique, elle acquiert à partir du milieu des années 1980 une légitimité politique sans précédent.

Dès lors qu'il est ainsi porteur d'une plus grande objectivité de l'institution judiciaire en organisant la calculabilité et la prévisibilité de son fonctionnement, dès lors qu'il tend à expliciter et à systématiser les critères du comportement attendu du magistrat, ce processus s'analyse comme une forme de rationalisation de l'exercice de l'activité judiciaire dont la légitimité tend à être jaugée au regard d'une régularité formelle (et non plus substantielle) qu'elle soit procédurale ou gestionnaire.

Parce qu'elle repose sur un système toujours plus complet d'indicateurs liés logiquement les uns aux autres, cette rationalité de type formelle éloigne davantage encore l'activité judiciaire de sa définition comme art professionnel irréductible à toute forme de mise en équivalence et de mesure.

L'un des indices les plus frappants de ce mouvement de rationalisation est certainement la montée en puissance multiforme du chiffre dans l'univers judiciaire. On aurait tort en effet de voir dans ces transformations des registres et des outils de la réforme, un simple changement de référentiel ou de paradigme en matière de politique publique de la justice. »

<sup>65</sup> A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 66.

D'une part, les modes de légitimation de l'autorité, qui sont aussi des modes de dissimulation, semblent masquer aux yeux des magistrats, le cœur même de leur autorité [...]; d'autre part, les magistrats vivent aujourd'hui des difficultés particulières du point de vue de la légitimité de leur autorité [...] à savoir le fait que l'action du juge est définie par des cadres légaux parfois forts vagues. Les modes de légitimation et de dissimulation de l'autorité, fondés sur le syllogisme et la référence à la loi perdent alors de leur efficacité pour laisser le magistrat seul face au justiciable.

Les difficultés structurelles rencontrées par les magistrats pour faire reconnaître la légitimité de leur autorité posent question. Comme on l'a vu ci-dessus, hors du cas de la lutte traditionnelle entre le magistrat et les délinquants, le deuxième étant souvent réticent à se rendre aux raisons du premier, ce sont aujourd'hui « les braves gens » qui admettent difficilement les normes imposées par les magistrats. Le problème est que, contrairement à ce qui se produit vis-à-vis des délinquants, il n'est ici plus question de faire usage de la coercition pour imposer des comportements conformes.

La solution est-elle dans un durcissement des normes légales afin qu'elles reflètent l'état des normes préexistantes s'imposant aux individus dans la société et qu'elles permettent au juge d'émettre des normes légitimes ? Ou revient-il aux politiques d'agir sur les raisons au fondement de l'action des populations concernées afin de les mettre en accord avec le droit ? Cette question relève plus de la théorie de l'autorité et de la philosophie politique, sous la forme d'un questionnement sur le rôle de l'État démocratique. Ce dernier doit-il être le reflet fidèle de l'opinion du moment où le moteur de l'évolution d'une société vers un idéal de justice ? La question reste posée<sup>66</sup>.

#### *b) La démocratie est ensuite une dynamique sociale et sociétair*

La démocratie des sociologues s'observe dans les valeurs et les représentations qui poussent les individus à s'agréger et à vivre en commun. Ces valeurs et ces représentations sont des traits de nature culturelle et, sous diverses expressions, elles peuvent soutenir une justification au moyen de référents légitimes. Par exemple, notre représentation d'une société étatique, ou pareillement, de toutes les or-

---

<sup>66</sup> C. MINCKE, « Les magistrats et l'autorité », dans *Droit et Société*, n° 42/43, 1999, p. 360.

ganisations humaines (entreprises ou administrations publiques), engendre deux convictions intimes lesquelles facilitent la subjectivation d'un dispositif logique.

En premier lieu, nous voyons le pouvoir hiérarchique comme le mode le plus efficace de coordination d'un groupe (c'est l'aspect « *cratos* » de la démocratie). Autrement dit, nous pensons qu'un groupe est toujours plus efficace que la somme des individus qui le composent, mais à condition que ce groupe soit structuré et hiérarchisé.

En second lieu, nous avons la conviction paradoxale que cette efficacité serait améliorée si, au sein du groupe, les individus trouvaient la reconnaissance des autres membres de cette collectivité (c'est l'aspect « *demos* » de la démocratie). En d'autres mots, nous attendons du groupe, une identification valorisant la personne, apte à motiver chacun des membres du groupe.

Certes, toutes ces valeurs évoluent dans l'espace et dans le temps culturels. Cependant, l'habilitation de la hiérarchie (versant collectif) et l'habilitation des qualités propres de l'individu (versant individuel) apparaissent comme deux valeurs ou deux représentations, démocratiques, constantes, mais en tension permanente. L'OCDE propose de surmonter la résistance entre ces extrêmes, en encourageant la *coopération* (plutôt qu'en imposant une *coordination*), en concentrant les tâches par projets et en mettant l'accent sur la performance (et la responsabilité) globale plutôt qu'individuelle<sup>67</sup>. Ces préceptes émanent de la sociologie des organisations, dont la clairvoyance est particulièrement utile pour étayer la présente démarche méthodologique.

### *c) La démocratie est enfin une dynamique philosophique*

En œuvrant à l'élaboration du bien commun (terrain de la philosophie politique et sociale), ces forces de communication et de compréhension constituent donc une double condition de validité pour les deux précédentes dynamiques démocratiques. Dès lors, la légitimité démocratique sera intériorisée par les individus, à condition que les

---

<sup>67</sup> OCDE, *Construire aujourd'hui l'administration de demain*, Gouvernance, Paris, 2001

messages envoyés par les dispositifs de légitimation soient communiqués à tous les destinataires et soient bien compris par chacun.

Or la communication, à elle seule est une simple technique. Elle n'apporte pas la compréhension : si elle est bien transmise et si elle est décodable, une information apporte l'intelligibilité, c'est-à-dire la compréhension intellectuelle, mais seulement et uniquement la compréhension intellectuelle. Pas la subjectivation du message. Car il y a une seconde compréhension, la compréhension humaine. Et celle-ci ne passe ni par l'explication, ni par l'intelligibilité. Elle implique une connaissance de sujet à sujet :

— c'est l'empathie : reconnaître l'autre et être reconnu de lui (cette dimension est émotionnelle : reconnaître que l'autre éprouve un sentiment) ;

— c'est aussi la reconnaissance éthique (reconnaître que le sentiment éprouvé par l'autre est un sentiment d'injustice).

Souvent, le pouvoir hiérarchique qui coordonne le groupe, omet de prendre cette seconde compréhension, en compte. Nous entrons ici dans une dynamique institutionnelle et sociétaire de la démocratie. Celle-ci est une dynamique proprement philosophique car « l'éthique se résume à résister à la cruauté du monde <sup>68</sup> ».

Une organisation humaine pour se maintenir doit donc impérativement faire pencher la balance des affects qui résultent de la vie sous le rapport institutionnel. Cela signifie que le rapport à l'autorité crée des affects. Cette dernière ne peut pas imposer n'importe quoi, qu'elle ne peut pas faire n'importe quoi à ses sujets :

— « Les actions auxquelles il est impossible d'amener personne, que ce soit par des récompenses ou des menaces, ne tombent pas sous le droit de la Cité. » (SPINOZA, « Traité politique », II, 8) ;

— « Nul ne se dessaisit de sa faculté de juger. » (SPINOZA, « Traité politique », III, 8).

Si l'autorité excède les bornes de la tolérance individuelle, les sujets se retourneront contre l'organisation humaine elle-même, car :

---

<sup>68</sup> E. MORIN, « La citoyenneté terrestre comme remède à la barbarie », dans *Revue de l'université de Franche-Comté*, janvier 2005, n° 118, [www.univ-fcomte.fr/pages/fr/9-plan.html](http://www.univ-fcomte.fr/pages/fr/9-plan.html)

— « Chacun par les lois de sa nature poursuit ou repousse nécessairement ce qu'il juge être un bien ou un mal... » (SPINOZA, « Éthique », IV, 19);

— « Plus grande et la tristesse, plus grande est la puissance d'agir par laquelle l'homme s'efforce de lutter contre la tristesse... » (SPINOZA, « Éthique », III, 37).

Si la vie sous le rapport institutionnel est devenue attristante au point d'être jugée intolérable, les individus repousseront ce qu'ils jugent être un mal (c'est-à-dire ce qu'ils imaginent cause de leur tristesse) et ils dénonceront leurs renoncements passés, consentis pour vivre au sein du groupe, entraînant la rupture avec l'institution et soustraction à ses rapports, soit individuellement, soit collectivement<sup>69</sup>. Pour qu'il en soit ainsi, il suffit donc un déplacement soudain de la frontière de l'acceptable et de l'inacceptable, au terme duquel le sujet prend le risque d'affronter des puissances qu'il craignait jusqu'alors (pas seulement d'ailleurs la crainte vis-à-vis de l'institution elle-même, mais aussi la crainte vis-à-vis des risques de la vie hors de l'institution et dont l'institution le protégeait).

Si l'affect de colère contre l'institution est suffisamment intense et surtout suffisamment partagé pour décider non plus seulement des fuites individuelles mais d'une mise en mouvement collectif, alors peut se former une coalition de puissance séditeuse se déterminant à la confrontation avec la puissance institutionnelle : « Il est certain que la puissance et le droit de la Cité sont amoindris dans la mesure exacte où la Cité offrirait d'elle-même à un plus grand nombre de ses sujets, des raisons de se liguier ». (SPINOZA, *Traité politique*, III, 8)

La troisième dynamique démocratique, c'est une réflexion appréhendant les affects découlant du rapport à l'autorité ; c'est aussi une

---

<sup>69</sup> DIDEROT laissait poindre ce troisième visage de la légitimité démocratique, dans l'*Encyclopédie* dès 1755, « Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers ». Denis DIDEROT y définissait le mot « INDIGENT : (adj.) homme qui manque des choses nécessaires à la vie, au milieu de ses semblables, qui jouissent, avec un faste qui l'insulte, de toutes les superfluités possibles. Une des suites les plus fâcheuses de la mauvaise administration, c'est de diviser la société en deux classes d'hommes, dont les uns sont dans l'opulence et les autres dans la misère. L'indigence n'est pas un vice, c'est pis. On accueille le vicieux, on fuit l'indigent. Il n'y a point d'indigent parmi les sauvages. »



communication congruente, apte à impliquer et à donner confiance aux destinataires des processus de légitimation.

Sous une métaphore inspirée des mathématiques modernes, on pourrait visualiser la relation démocratique comme une qualité de certains éléments présents dans un ensemble (aptitude à la reliance), à l'inverse de la relation antidémocratique (aptitude à la déliance, aptitude de répulsion et de rejet).

## V. De nouveaux horizons méthodologiques

### A. La méthodologie :

#### *intégrer les processus de légitimation dans le monde juridique*

Grâce à une grille de diagnostic sous la forme d'un arbre systématique de questionnement, nous préconisons d'affiner la substance exacte des problèmes de tension relationnelle, c'est-à-dire l'origine et la cause (les causes) d'un conflit. En remontant jusqu'à la source dans le ressenti d'une iniquité, le sentiment d'injustice s'éclaire alors sous un jour limpide. En effet, tout sentiment d'injustice apparaît toujours accouplé à une doléance, à un grief. Or doléances ou griefs se regroupent globalement en deux catégories :

- les blâmes reprochant un comportement éthiquement inadmissible (blâmes visant l'éthique et la légitimité *lato sensu*) ;
- les blâmes reprochant qu'il n'avait pas été décidé ou agi selon le bien commun (blâmes visant la légitimité *stricto sensu*).

Réfléchir à partir des doléances et des griefs, correspond à un basculement complet de perspective pour les praticiens du droit et de la justice, formés au positivisme juridique. Cela force une approche des symptômes décrivant le mal (une atteinte aux représentations mentales du juste ou de l'équitable). Il faut obtenir la verbalisation de ce qui fut mal ressenti !

Mentalement, « répondre aux besoins de justice » doit se traduire dans le sens de « fournir une réponse aux sentiments d'injustice ». Car, en pratique, pour les acteurs de la justice, il s'agira de questionner un catalogue en deux catégories : les comportements anti-éthiques et les comportements illégitimes. Par le biais des projections individuelles d'une culture généralement partagée qui ressent l'« éthiquement inac-

ceptable» et le «légitimement inacceptable», on parvient à découvrir l'origine des atteintes au principe de justice, dont se plaignent les personnes. Il suffit alors d'investiguer les causes de l'iniquité, lesquelles se situent foncièrement dans l'éthique et dans la légitimité. On les diagnostique grâce à l'indignation «généralement partagée» qu'elles suscitent. A partir de l'identification de ces atteintes, il devient envisageable de proposer une grille de travail pour traiter le conflit par la négociation et l'accommodation, ou sinon autoritairement.

Le raisonnement reste toutefois juridique. Il établit la correspondance analogique entre les comportements généralement tenus pour éthiques et pour légitimes, et le comportement qui a suscité une indignation. Cette relation analogique n'est pas toujours aisée à établir, surtout si les protagonistes situent leur comportement idéal sur des échelles différentes.

C'est pourquoi il nous faut achever la grille méthodologique suggérée, par une réflexion sur toutes les échelles personnelles qui classifient les référentiels éthiques des individus (nous les regrouperons sous l'appellation «syntaxe individuelle des sentiments d'injustice») et toutes les échelles personnelles qui classifient les référentiels individuels de légitimité (nous les regrouperons sous l'appellation «cartographie mentale de l'activité normative»).

### *B. Une grille de lecture des conflits*

Le diagnostic de la substance d'un conflit procède d'une grille de lecture en huit étapes successives, qui correspondent à huit postulats sur lesquels le conciliateur ou le médiateur (qui utiliserait notre grille de lecture) devrait obtenir l'adhésion préalable des protagonistes :

1. Tout conflit résulte d'une situation de tension relationnelle. Or chaque problème de tension relationnelle découle d'une atteinte à un principe de justice car, dans les tensions qui les opposent, les personnes se réfèrent toujours à un principe de justice.

2. Tout principe de justice est inspiré par une représentation du comportement vertueux et/ou par une représentation du bien commun, car chaque décision ou chaque action humaine implique le choix préalable d'un principe de justice guidant, en fonction de l'éthique et/ou du bien commun, le choix décisionnel ou la volonté d'action.

3. Les individus agrègent leurs représentations personnelles d'un comportement vertueux (auto-éthique), au moyen d'un jugement éthique procédant par élimination : telle décision ou telle action n'aboutit-elle pas à un comportement « éthiquement inacceptable » ? Entre plusieurs comportements possibles qui s'avèrent non « *éthiquement inacceptables* », les individus fixent leur ordre de priorité.

4. Les individus agrègent leurs représentations personnelles de la normalité/normativité, au moyen d'un jugement de légitimité : telle décision ou telle action correspond-elle aux prescriptions du bien commun ? Entre plusieurs décisions ou actions « *légitimes* », les individus fixent par ordre de priorité celles qui correspondent le mieux à un comportement « *normal* » / « *acceptable* ».

5. Le comportement auto-éthique inacceptable est celui qui occasionne une indignation. Les causes possibles d'indignation éthique ne sont pas en nombre infini. Elles peuvent être recensées puis classifiées en quatre catégories exhaustives.

6. Chaque modèle personnel de normalité/normativité comprend un « registre des conduites » (versant décisionnel) et un « registre des justifications » (versant communicationnel). Les registres de conduites sur la base desquels les personnes formulent une dénonciation, et les registres de justifications ne sont pas en nombre infini ; ils peuvent aussi faire l'objet d'un inventaire. Ces représentations constituent de véritables « idéotypes » sur lesquels s'affrontent les individus parce que leurs choix et leurs priorités relèvent de différents registres ou parce que leurs choix sont différemment dévolus à l'intérieur d'un même registre.

7. Toute personne peut accepter de prendre du recul par rapport à ses décisions, à ses actions, à ses relations conflictuelles. Toute personne a ensuite, dans cet esprit d'objectivité, la capacité de formuler une dénonciation blâmant l'atteinte à un principe de justice. Toute personne a enfin, dans cet esprit d'objectivité, la capacité de formuler une justification en réponse à une telle dénonciation.

8. Les choix et les priorités opérés à l'intérieur des registres de conduites et des registres de justifications, peuvent être examinés *symétriquement*, abstraction faite de la suprématie que leur attribuent les personnes en conflit.

### *C. La syntaxe individuelle des sentiments d'injustice : une classification des conduites auto-éthiques inadmissibles*

#### 1. Principes

Pour mettre le doigt sur les comportements auto-éthiques inacceptables, il nous faut disposer d'un second instrument de questionnement. Après le diagnostic (posé grâce à notre grille de lecture) des atteintes ressenties comme inéquitables, nous avons besoin d'une grille de travail apte à nous indiquer si les causes ayant provoqué une tension relationnelle, correspondent à un grief inscrit dans une des quatre catégories de conduites éthiquement inadmissibles. Si la réponse confirme le grief éthique, l'indignation devient le témoin objectif du sentiment d'injustice.

Selon Paul Ricœur, « l'indignation éthique » constitue à la fois le critère symptomatique d'un comportement inacceptable mais aussi du besoin d'une justice autoritaire ou consensuelle qui écarte la violence : « [...] Ne discernons-nous pas dans l'indignation une attente précise, celle d'une parole qui instaurerait entre les antagonistes une juste distance qui mettrait fin à leur corps à corps ? En cette attente confuse d'une victoire de la parole sur la violence consiste l'intention morale de l'indignation<sup>70</sup>. »

L'approche méthodologique consiste ici à situer l'indignation éthique, une fois détectée, au regard des quatre causes catégorielles des comportements éthiquement inacceptables, énumérées par Paul Ricœur. Cela suppose que *l'éthique* puisse être relativement bien comprise et conceptualisée<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> P. RICOEUR, *Le Juste 1*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 12.

<sup>71</sup> L'éthique est une branche de la philosophie qui étudie l'agir humain : L'éthique théorique étudie les fins de la vie humaine ; au regard de la conscience, elle recherche la finalité de la vie humaine. Chacune des réponses à cette question constitue une théorie morale distincte.

Cette théorie morale se développe soit la forme d'une réponse individuelle (les devoirs personnels ; les devoirs domestiques), soit sous la forme d'une réponse collective (les théories politiques et sociales, par exemple).

En fonction de la théorie morale à laquelle on adhère, naît le sentiment d'une responsabilité (soit personnelle, soit sociale) spécifique ; le sentiment de la responsabilité personnelle/collective n'est donc pas nécessairement un sentiment par-

## 2. Grille méthodologique

L'inventaire des indignations éthiques regroupe tous les rejets relationnels qu'un individu opère parce qu'il s'estime victime d'une rupture aux principes de justice individuelle :

[...] Notre première entrée dans la région du droit a été marquée par le cri « C'EST INJUSTE ! » Or rappelons-nous ce que furent les situations typiques où notre indignation s'est enflammée :

– Ce furent, d'une part, des partages inégaux que nous trouvions inacceptables...

tagé, même s'il existe des dominantes statistiques, distinctes selon le contexte historique et culturel. Dans nos sociétés, Luc BOLTANSKI estime que ces dominantes référentielles de la responsabilité collective sont au nombre de sept : il les appelle « les sept cités », soit sept façons différentes de se représenter le bien commun et de justifier ses actes au regard de celui-ci.

L'éthique appliquée vise plus directement les impulsions qui font agir chaque individu, c'est-à-dire les mobiles de la conduite humaine. Toute réflexion d'éthique appliquée se focalise sur l'espace délibératif et ce dernier devient le centre de gravité du questionnement sur les valeurs.

Dans cet espace délibératif, Paul RICŒUR distingue trois sphères : le sens de l'action individuelle (première visée), la nécessité d'une cohésion sociale (seconde visée) et le sens de l'action collective (troisième visée). Son éthique appliquée envisage successivement ces trois sphères, de la manière suivante : « visée de la vie bonne, avec et pour les autres, dans des institutions justes ».

Initialement, l'éthique s'applique donc aux mobiles de la conduite d'un individu : quels sont ses devoirs personnels ? Comment échapper aux vices et atteindre les vertus ? Lorsqu'on observe les discours généralement partagés quant aux comportements considérés comme responsables, se dégagent des similitudes qui concourent à la conception des « bonnes pratiques » et rendent leur inventaire, concevable.

Depuis le développement de la sociologie des organisations, cette éthique appliquée s'est reportée également au niveau des collectivités humaines comme s'il s'agissait d'entités personnelles : y a-t-il manquement dans la façon dont chacune s'organise ?

Le modèle suivant lequel s'est créé la structuration d'une organisation humaine et suivant lequel fonctionne la dynamique de cette organisation, est-il un modèle adéquat : répond-il à des mobiles réfléchis et légitimes, c'est-à-dire acceptables pour tous ? Cette interpellation sur les manquements organisationnels ouvre la porte de la responsabilité sociale des autorités, ou plus largement, sonde la responsabilité sociale dans toute expression institutionnelle d'une collectivité. Mais la différence entre le comportement vertueux de l'organisation humaine en éthique organisationnelle, et la normalité/normativité des individus devient ténue car nous pénétrons dans un même espace délibératif du bien commun.

- Ce furent, d'autre part, des promesses non tenues qui ont ébranlé pour la première fois la confiance innocente que nous avons dans la parole sur laquelle reposent tous les échanges, tous les contrats, tous les pactes.
- Ce furent encore des punitions qui nous paraissaient sans proportion avec nos larcins supposés,
- ou des éloges que nous voyions arbitrairement échoir à d'autres que nous ; bref, des rétributions non méritées<sup>72</sup>.

En synthèse, le conciliateur ou le médiateur composera une grille méthodologique en dessinant quatre pistes possibles :

— Le grief d'injustice repose-t-il sur un partage considéré comme éthiquement inacceptable ?

— Le grief d'injustice repose-t-il sur un manquement au pacte, au contrat, à la parole donnée ?

— Le grief d'injustice repose-t-il sur une punition perçue comme éthiquement disproportionnée ? Ou, plus largement, sur une violence faite en vue d'une prise de pouvoir et de domination, non consentie ?

— Le grief d'injustice repose-t-il sur une récompense non méritée, ou inversement, sur une récompense méritée mais qui ne fut pas accordée ?

En focalisant ainsi ses questions sur les causes de l'indignation éthique à l'origine d'un conflit, le praticien de la justice découvre l'explication de la tension relationnelle, lorsque cette tension découle d'un comportement éthiquement inadmissible.

Le bon usage à en faire dans un office de judicature, serait de ne jamais légitimer la violence inéquitable ou la mauvaise foi procédurale, en les récompensant dans un jugement.

Le bon usage à en faire dans un office judiciaire d'accommodation, serait de ne jamais homologuer ou laisser se conclure un accord qui entérinerait les avantages illicites obtenus par un acte ou un manquement éthiquement/légitimement inadmissible.

Dans une telle hypothèse, le juge-conciliateur (ou les conciliateurs/médiateur qui sont délégués dans un cadre judiciaire) seront avisés de mener les négociations en référence aux normes de droit, afin que l'acte inadmissible soit d'abord puni ou réparé, convenable-

---

<sup>72</sup> P. RICEUR, *op. cit.*, p. 12.

ment, avant toute autre conciliation ou médiation entre les protagonistes. En tel cas, la légitimité d'un processus d'accommodation (y inclus, l'activité des conciliateurs et des médiateurs qui agissent dans un cadre non extrajudiciaire) n'autorise pas une « justice alternative » qui serait voulue sans règles de fond – *déjuridicisée* – et sans règles de procédure – *déformalisée* –, c'est-à-dire d'une justice qui se voudrait préservée de toutes les lourdeurs de la judicature.

#### *D. La cartographie mentale de l'activité normative : un registre de la normalité / normativité*

##### 1. Principes

Certes, au-delà de la dimension individuelle de l'éthique, notre grille méthodologique fondée sur l'indignation éthique questionne aussi les responsabilités de l'organisation collective. Cette ouverture reste cependant très sommaire car l'indignation reste un témoin trop discret de l'iniquité lorsqu'elle a trait aux liens sociaux et aux rapports démocratiques au sein des organisations humaines. C'est pourquoi nous avons besoin d'une seconde grille de travail, pour affiner l'analyse et pour nous indiquer si les causes d'une tension relationnelle, correspondent vraiment à des atteintes aux principes de justice qui se situent dans l'orbite des sentiments de normativité. Dans ce but, la grille de travail analysera des convictions généralement partagées à propos du bien commun :

- la conviction d'un manquement au comportement acceptable ;
- la conviction d'une conduite illégitime.

Pour saisir ce raisonnement, il faut se dire que certains comportements, quoique auto-éthiquement admissibles, ne correspondent cependant pas à ce qu'un individu est en droit d'attendre légitimement, soit de la part des supérieurs hiérarchiques ou des collègues dans l'organisation humaine où il travaille, soit de la part de l'autorité ou des autres citoyens de son institution politique ou administrative. L'intégration dans des organisations humaines constitue l'expérience sociale et *civilisationnelle* de tout être humain. Cette expérience implique une double intériorisation : culturelle, d'abord ; ensuite, normative !

En effet, si un individu consent à s'intégrer dans une collectivité humaine, cela signifie qu'il accepte de se soumettre à une autre souveraineté que la sienne<sup>73</sup>. A certains moments, les décisions ou les actions produites par cette normativité émanant de l'organisation humaine frappent un individu qui ne les accepte pas car il les trouve injustes (c'est-à-dire contraires à la socio-éthique). Dans cette situation, si toute doléance stigmatise un manquement à un principe de justice, le grief désigne une atteinte portée aux fondements du bien commun pour lequel cet individu avait accepté la souveraineté du groupe. Le plus souvent, le grief visera un manquement à la proportionnalité ou visera une discrimination (manquement à l'égalité). Les principes de justice touchent ici aux règles de la distribution collective<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Au premier rang des trois valeurs de l'éthique appliquée, décrites par Paul Ricœur, se place le sens de l'action collective (le « bon sens », le « sens juste »). Cette action collective est la spécificité des organisations humaines ; elle en est même la finalité. Dans l'idée que l'être humain est principalement sociable et communautaire, l'action collective émanant des organisations humaines devient une priorité de premier rang dans notre questionnement. En effet, l'expérience humaine essentielle, celle qui civilise tout être humain, c'est son appartenance à différents groupes, collectivités et organisations humaines. C'est pourquoi, dans l'espace délibératif, une priorité certaine doit être accordée à la participation coopérative et à l'organisation humaine. Ce sont elles qui harmonisent la relation entre tous les individus du groupe et qui reconstruisent en permanence le tissu social.

Certes, cette priorité n'est pas sans faille : elle doit parfois céder le pas à des forces antagonistes qui viennent déréguler l'harmonie sociale (la violence, le pouvoir, le conflit, par exemple) mais qui, après coup, peuvent amener à une nouvelle harmonie (on retrouve là le principe dialogique de la pensée complexe !)

<sup>74</sup> P. RICŒUR, « Éthique et morale », dans *Soi-même comme un autre*, Paris, Le Seuil, 1990, p. 226 : « *Le sens de la justice est solidaire de celui de l'injuste, qui bien souvent le précède. C'est bien sur le mode de la plainte que nous pénétrons dans le champ de l'injuste et du juste : "C'est injuste !" – telle est la première exclamation.*

« On n'est pas étonné dès lors de trouver un traité de la justice dans les Éthiques d'Aristote, lequel suit en cela la trace de Platon. Son problème est de former l'idée d'une égalité proportionnelle qui maintienne les inévitables inégalités de la société dans le cadre de l'éthique : "A chacun en proportion de sa contribution, de son mérite", telle est la formule de la justice distributive, définie comme égalité proportionnelle. Il est certes inévitable que l'idée de justice s'engage dans les voies du formalisme par quoi nous caractériserons dans un moment la morale. Mais il était bon de s'arrêter à ce stade initial où la justice est encore une vertu sur la voie de la



Or la justice collective doit seulement se traduire par une égalité proportionnelle ; celle-ci synthétise « le bien commun » dans l'action collective.

Autrement dit, il ne suffit pas qu'il y ait des inégalités pour qu'elles suscitent automatiquement un sentiment d'injustice. En plus, « pour qu'elles soient qualifiées d'injustes, il faut savoir dans quelles conditions sociales objectives, elles sont perçues comme injustes. Bien des inégalités ne sont pas vécues comme des inégalités et celles qui nous intéressent ici sont les inégalités perçues comme illégitimes, celles qui sont conçues comme des inégalités injustes <sup>75</sup>. »

Le bien commun n'est pas perçu comme une égalité arithmétique, mais bien comme une égalité par équivalence. La légitimité n'est donc pas celle d'un partage simplement égal et le dispositif de légitimation devra ici verbaliser explicitement « les raisons qui justifient la décision ou l'action négociatrice » en réponse à la conviction d'une conduite inacceptable au regard des principes de la socio-éthique ou de l'anthropo-éthique. Le mécanisme de la « non-légitimité » s'appréhende en deux étapes :

— quand et sous quelles conditions se produit le sentiment d'injustice <sup>76</sup> ?

vie bonne et où le sens de l'injuste précède par sa lucidité, les arguments des juristes et des politiques. On peut en effet comprendre une institution comme un système de partage, de répartition, portant sur des droits et des devoirs, des revenus et des patrimoines, des responsabilités et des pouvoirs ; bref, des avantages et des charges. C'est ce caractère distributif – au sens large du mot – qui pose un problème de justice. Une institution a en effet une amplitude plus vaste que le face-à-face de l'amitié ou de l'amour : dans l'institution, et à travers les processus de distribution, la visée éthique s'étend à tous ceux que le face-à-face laisse en dehors au titre de tiers. Ainsi se forme la catégorie du chacun, qui n'est pas du tout le "on", mais le partenaire d'un système de distribution.

« La justice consiste précisément à attribuer à chacun sa part. Le chacun est le destinataire d'un partage juste. »

<sup>75</sup> F. DUBET, « Propositions pour une syntaxe des sentiments de justice dans l'expérience de travail », dans *Revue française de sociologie*, 2005, p. 525.

<sup>76</sup> Une rupture se produit dans la cohésion sociale, au moment où un sentiment d'injustice accable un individu qui s'estime traité avec une iniquité inadmissible. Même s'il avait initialement admis que l'organisation humaine lui impose sa normativité, cette acceptation préalable n'est pas nécessairement définitive, ni sans condition. S'il considère que son organisation humaine ou les responsables de celle-ci, lui infligent un traitement injuste, c'est-à-dire un traitement sans légitimi-

— quand et sous quelles conditions ce sentiment d'injustice va-t-il entraîner une rupture / une dégradation du lien social <sup>77</sup> ?

## 2. Grille méthodologique

### a) *La légitimation*

Celle-ci consiste à fournir des explications en réponse au grief reprochant un comportement inacceptable au regard de la socio-éthique ou au regard de l'anthropo-éthique. La grille de diagnostic évoquait la même idée au moyen de mots plus significatifs : « registre des conduites », « registre des justifications ».

Parmi les modèles éthiques expliquant pourquoi une inégalité est perçue comme légitime / comme illégitime, nous avons opté pour l'« éthique de la justification équitable » qui fait référence à la théorie de Luc Bolstanski, Laurent Thevenot et Ève Chiapello, appelée : « Les sept cités (*Corps des principes généraux de justice*) ».

Ce modèle nous fournit une planification permettant de répondre à plusieurs questions pertinentes, énumérées ci-après :

— Quel est le problème de justice ? Sur quel grief et sur quel registre de conduite repose-t-il ? Comment recenser les dénonciations d'injustice, en termes d'accords / désaccords sur les registres de conduite ?

— Comment doit être surmontée la contrainte de justification ? Comment analyser les réponses et les objections formulées selon le registre de justification ? Comment découvrir les points d'incompatibilité et les causes de tension résultant de la confrontation entre

---

té, l'individu cessera de contribuer à la cohésion sociale ; il abandonnera le groupe ou l'institution, sinon, il n'y exercera plus aucun rôle actif et positif.

<sup>77</sup> Les hypothèses de rupture du lien social sont en nombre limité : « [...] autant les inégalités sont infinies, autant il semble que les normes de jugements qui sont en arrière-fond des sentiments de justice soient à la fois plus stables et plus simples. Il y a probablement [une] régularité [ainsi qu'une] stabilité dans les systèmes normatifs et symboliques [...]. La question n'est pas de savoir s'il existe une universalité des normes de justice transcendant les cultures et l'Histoire, mais de savoir s'il existe un système de principes de justice composé d'un vocabulaire et d'une syntaxe communs aux individus d'une même aire culturelle, leur permettant de construire une expérience normative propre, voire une action collective, et par là, de se constituer comme des sujets. »

deux univers hiérarchisés, pas nécessairement compatibles entre eux ?  
 Comment pressentir les espaces de menaces ou d'affrontements ?  
 Comment anticiper les espaces de rapprochement et de compromis ?

— Comment aménager des passages et des compromis entre ces différents registres de conduite et de justification ? Quel peut être le prix des sacrifices à consentir pour un compromis ?

— Comment stabiliser ces compromis ? Comment déterminer les compromis obéissant le mieux au bien commun ? Comment trouver les légitimités en faisant accepter la cité juste comme base pertinente de compromis ?

*b) Les axiomes initiaux : l'éthique et le principe d'équivalence*

Pour Luc Boltanski, la justice prend son sens en tant qu'exigence d'égalité dans les distributions, c'est-à-dire plus exactement, comme une exigence d'équivalence acceptable par chaque bénéficiaire du partage<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> En 1984, les sociologues Luc Boltanski et Laurent Thévenot réagissent contre les dérives dogmatiques de la sociologie des années 1960-1970, qui mettent l'accent exclusivement sur les rapports de force, sur les rapports d'intérêts et sur la violence (même symbolique comme celle de la justice).

Certes, cette violence et ces rapports de force ou d'intérêts existent mais ce sont seulement des dérégulateurs de la cohésion sociale. Luc Boltanski et Laurent Thévenot partent de l'idée qu'aucune société ne pourrait trouver sa stabilité si elle était régie uniquement par de la violence et des rapports de force/d'intérêts. Il faut donc des régulateurs de la cohérence sociale, plus fort que ces dérégulateurs : ils pensent que la normativité et l'éthique jouent le rôle du centre d'attraction.

Ils en déduisent que, dans toute situation relationnelle où les rapports de force sont relativement équilibrés, il fallait prendre au sérieux les exigences éthiques invoquées par les personnes et, au sein de celles-ci plus particulièrement, leurs exigences de justice.

Dans l'esprit de cette première supposition, Luc BOLTANSKI publie notamment : « La dénonciation » (avec Yann DARE et Marie-Ange SCHILTZ), en 1984, dans *Actes de la recherche en sciences sociales*, 51 : 3-40 ; *L'amour et la Justice comme compétences. Trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Métailié, 1990 ; *De la justification. Les économies de la grandeur* (avec Laurent THEVENOT), Paris, Gallimard, 1991 ; *Le nouvel esprit du capitalisme* (avec Ève CHIAPELLO), Paris, Gallimard, 1999.

Ainsi, la justice prend son sens en tant qu'exigence d'égalité dans les distributions. Mais il ne peut pas s'agir d'une égalité mathématique, Aristote de l'avait déjà constaté : il s'agit plus exactement d'une exigence d'équivalence.

c) *Quelles sont ces sept cités de Luc Boltanski ?*

Chacune de ces cités correspond au modèle de légitimité auquel s'accroche un individu lorsqu'il ordonnance son espace délibératif, lorsque, dans ses registres de conduite ou de justification (en réponse à un grief qui lui est fait), il donne priorité à certaines décisions ou acteurs, plutôt qu'à d'autres. Luc Boltanski estime que chacun des sept modèles / registres prend sa source dans la philosophie politique, plus précisément dans la représentation du bien commun, que se fait tout individu ! Les sept rapports possibles à la légitimité (au bien commun), et par conséquent à la justice, se rattachent aux sept philosophies politiques particulières suivantes :

— la cité inspirée, de saint Augustin, est le système d'ordre qui se fonde sur l'inspiration, où l'état de grand est représenté par l'artiste et où la formule d'investissement est le renoncement ;

— la cité domestique, de Bossuet, est caractérisée par la prééminence des relations personnelles, des relations de subordination ; dans cette cité, il existe des pères et des enfants, des supérieurs et des inférieurs ; le principe d'ordre se situe dans la hiérarchie, liée au devoir des grands envers les petits (formule d'investissement) ;

— la cité de l'opinion, de Hobbes : c'est la personne connue qui est le grand dans cette cité et ce renom est fondé sur l'opinion des autres ;

---

Luc Boltanski constate que cette exigence d'équivalence correspond au « principe supérieur commun » évoqué par Jean-Jacques ROUSSEAU dans *Le Contrat social*, grâce auquel les personnes dispersées sans ordre et sans lien, vont se rapprocher et vont créer un rapport d'ordre entre elles qui leur permettra de coexister dans une même communauté.

Tant que la justice est respectée, la cohésion sociale subsiste.

Toutefois, la justice n'est pas fondée sur un seul principe d'équivalence, mais sur une pluralité de principes/de valeurs dont Luc Boltanski affirme qu'ils ne sont pas en nombre infini et qu'il est possible de les répertorier tous, au moins dans leurs grandes lignes.

Dans un premier temps, ses recherches ont identifié six rapports référentiels à la justice auxquels les personnes se reportent en argumentant la légitimité de leurs actions, au cours de leurs disputes.

Dans un second temps, avec Ève Chiapello, Luc Boltanski a identifié un septième rapport de référence à la justice.

Chaque personne se situe, s'inscrit à l'intérieur de l'un de ces sept univers de représentation possible de la justice : chacun de ces univers, chacun de ces mondes est appelé « CITÉ » pour bien montrer le lien social qui relie tous les individus, même si parfois deux univers divergents créent une confrontation.

pour parvenir à cette position, la personne doit renoncer à ses secrets, à sa vie privée ;

— la cité civique, de Rousseau : dans cette cité, c'est le citoyen, participant à une collectivité, qui symbolise l'état de grand ; l'individu doit renoncer à ses intérêts immédiats et particuliers et s'engager dans le sens de la volonté générale ;

— la cité marchande, dont les textes fondateurs sont ceux d'Adam Smith, dans laquelle il existe des riches et des pauvres (distinction entre états) qui sont clairement ordonnés entre eux par leur capacité à développer des comportements opportunistes ; la concurrence constitue, dans cette cité, le bien commun ;

— la cité industrielle, de Saint-Simon : le bien commun y est l'efficacité dans la mesure où elle seule permet de satisfaire les besoins ; le principe d'ordre distinguant les ingénieurs, les individus efficaces, des fainéants, est l'utilité sociale.

— la cité par projet (cité connexionniste) correspondant au modèle de l'entreprise en réseau : la hiérarchie est remise en question et rejetée, au bénéfice de la flexibilité, de l'innovation et de la compétence ; les individus créatifs et les leaders (coach, chef de projet) sont valorisés. L'épanouissement personnel est assuré par une multitude de projets dans lesquels l'individu s'autocontrôle.

« Chacune de ces cités constitue un ordre légitime, une grammaire du lien politique qui permet de donner une justification à la structure sociale selon le principe supérieur considéré, et par là, fournit aux individus une place dans la société, fournit des outils à même de rendre possible une interprétation et une coordination des actions. Mais ces cités ne sont pas exclusives : elles cohabitent et se côtoient au sein d'une même société, multipliant de ce fait les référents possibles de l'action et de la coordination. Dans leur vie quotidienne, les individus ne se réfèrent pas explicitement aux philosophies politiques qui sont à la base des cités. Cependant, ils n'en motivent pas moins leurs actions, leurs modalités de coordination sur la base des principes supérieurs communs qui fondent les cités. Pour ce faire, ils s'appuient sur des

objets qui représentent, en quelque sorte, les cités sous une forme matérialisée<sup>79</sup>. »

*d) Grandeurs contrariées et discorde : le moment de l'épreuve*

Luc Boltanski constate que chaque personne s'évalue elle-même et qu'elle se positionne au cours de ses disputes, dans le cadre de l'un de ces sept principes d'équivalence.

Mais à quelles références s'accroche-t-elle lorsqu'il lui faut justifier qu'elle a raison et que l'autre a tort ? Cet accrochage s'opère, spontanément, par rapport à une façon d'être grand (comme chacun se voit personnellement agir) et par rapport à une façon d'être petit (comme chacun voit agir son protagoniste) : les principes d'équivalence reposent donc sur des rapports à la grandeur, à la légitimité, à la justice.

Ce rapport à la grandeur découle d'une représentation personnelle, de l'idéotype qui guide l'individu<sup>80</sup>. En d'autres mots, chacun se représente un monde de grandeur, de légitimité et de justice, en fonction duquel il décide et il agit de manière naturelle, sans même trop y réfléchir.

La difficulté est que, tout aussi spontanément, d'autres se représentent un monde différent en fonction duquel eux-mêmes réfléchissent

---

<sup>79</sup> B. PFISTER, « Les économies de la grandeur : un renouveau dans l'analyse organisationnelle ? », dans *Cahiers du C.R.I.S.E.S.*, 2001, n° ET0106, p. 6.

<sup>80</sup> Il y a une échelle de grandeur et, si l'on veut accéder à un échelon supérieur, il faut consentir des investissements ou des sacrifices. A partir de là, Luc Boltanski tente de clarifier le modèle normatif individuel.

Pour y parvenir, il lui suffit d'observer les situations de paix (en déterminant l'équilibre des conventions grâce auxquelles l'équivalence apparaît satisfaisante) ou sinon d'observer les situations de dispute (en analysant les griefs et les critiques que les individus portent à l'encontre de l'ordre social ou à l'encontre de ceux qui ont, à leur égard, un pouvoir hiérarchique ou réglementaire).

Dans cette dernière hypothèse, un moment de discorde est une violence naissante ; celle-ci correspond toujours à une incertitude à propos de la grandeur des uns ou de la petitesse des autres. Devant le risque d'une dégradation du lien relationnel ou social, vient spontanément le moment de « l'épreuve ». La mise à l'épreuve consiste à confronter les principes d'équivalence sur lesquels s'opposent deux protagonistes.

ou agissent, sans nécessairement délibérer dans le même sens, puisqu'il y a sept mondes distincts.

Luc Boltanski admet que l'on peut vivre en cohésion sociale malgré ces divergences : cela signifie qu'aux antipodes de la violence et des conflits, chaque être humain est poussé par un principe de commune humanité. C'est grâce à ce principe de commune humanité que chacun tolère ou admet que ses protagonistes puissent s'inscrire dans d'autres principes d'équivalence que les siens : cette acceptation est appelée par Luc Boltanski le principe de commune dignité. Le principe de commune dignité constitue une limitation nécessaire à la liberté de chacun. Puisque nous pouvons l'admettre et renoncer partiellement à notre autonomie, cela signifie que nous concevons une normativité derrière laquelle nous sommes d'accord de nous incliner.

*e) Transposition à la légitimation par les acteurs de justice*

Le juge conciliateur ou son médiateur trouvent ici un « modèle conceptuel », rien de plus.

Mais en s'inspirant du principe d'équivalence et du principe d'égalité de dignité, ou en s'inspirant des registres de conduite et de justification, on dispose de plusieurs métaphores utiles au décodage des données factuelles de conflits concrets. Par cette grille de lecture, les praticiens du droit et de la justice auront la capacité de soumettre à la négociation, des angles de vue originaux qui éclaireront sûrement le conflit d'une manière inattendue. A tout le moins, disposent-ils d'un instrument dédramatisant l'approche du conflit car les protagonistes y ont la chance de se voir en objet, et non plus en sujet du conflit. Au demeurant, ce prisme ouvre le processus de discussion, autrement que par le simple jeu de « bras de fer » d'une négociation ordinaire sur position. Pour toutes ces raisons, l'outil pourrait se révéler efficace si le conciliateur/médiateur le maîtrise intellectuellement et si sa mise en œuvre est systématisée méthodiquement. Il n'en va pas différemment pour la communication du juge en audience, car elle prépare le processus de légitimation d'une future décision imposée dans un cadre de judicature.

## Conclusion

Lorsqu'un commerçant rencontre un client potentiel, il cherche d'abord à cerner le besoin d'achat de ce dernier (et parfois très discrètement, sa capacité de dépense), de sorte à y répondre en réalisant une vente.

Lorsqu'un médecin reçoit la visite d'un nouveau patient, ce médecin s'inquiète immédiatement du besoin de santé de ce patient. Lorsqu'il a pu cerner le problème de santé, il tentera de le prévenir ou de le guérir par des conseils et des soins.

Si l'on compare ces deux approches qui sont largement similaires, à la démarche d'un praticien du droit et de la justice, on est surpris : l'avocat ou le juge vont-ils commencer par s'enquérir du besoin de justice de celui qui les sollicite ? A partir du constat lapidaire qu'il existe un conflit, la plupart des avocats conseilleront de « réclamer justice », par la voie d'une action judiciaire ou par la voie d'un arbitrage privé : c'est le recours instinctif à la « judicature » ! Dans un second temps, ils aideront le justiciable à y exprimer ses prétentions juridiquement formalisées. Quant aux juges, ils se contenteront le plus souvent d'attendre cette réclamation et son contenu purement juridique, ainsi que la réplique tout autant juridique de l'adversaire, de sorte à trancher entre les deux thèses contraires.

A l'instar de certains professionnels américains qui réclament la réparation d'un enseignement fautivement lacunaire à l'encontre de leur ancienne université, on pourrait imaginer une action civile en réparation d'une légèreté professionnelle pour incitation à requérir la judicature, alors que le conflit aurait pu s'accommoder d'un autre sort moins violent et moins douloureux ! Plus probable est en revanche l'hypothèse d'une action civile en réparation d'un office judiciaire de mauvaise accommodation, parce que l'un des protagonistes estime qu'il n'aurait pas signé l'accord de conciliation ou de médiation, s'il avait été parfaitement informé par son juge, par son conciliateur ou par son médiateur. Si l'on admet que, dans un cadre judiciaire (c'est-à-dire lorsque les parties au conflit ne souhaitent pas simplement transiger ou recourir à une médiation extrajudiciaire), les protagonistes ont le droit à la légalité, et aussi à la légitimité, du traitement de leur conflit, il faut alors leur reconnaître un droit corrélatif à la qualité du service de diagnostic et de traitement de leur conflit, ainsi qu'à la



compétence des professionnels du droit et de la justice auxquels ils ont fait confiance.

C'est pourquoi il convient que ces praticiens du droit et de la justice prennent en compte toutes les obligations professionnelles qui en découlent pour eux :

— pour les avocats, cela implique une méthode performante de travail, incluant la sélection du meilleur mode de règlement du conflit qui leur est soumis, puis en cas de recours à l'accommodation, impliquant un bon éclairage de leurs clients, au sujet de la règle de droit et au sujet de la règle d'équité ;

— pour les juges, les conciliateurs et les médiateurs, cela implique une grande rigueur dans le processus de légitimation en vue de juger ou d'accommoder, incluant à notre avis, le recours à une grille méthodologique suffisamment éclairante à cette fin.

En professionnalisant ces exigences, les praticiens du droit et de la justice fourniront une réponse dynamique et moderne aux multiples besoins de justice pour lesquels ils sont sollicités et, sans doute, ils apporteront un service professionnel mieux approprié aux valeurs, aux intérêts, aux nécessités ou aux émotions de ceux qui viennent les trouver.

Un jour, les historiens du droit nous diront si toutes les pistes aujourd'hui débroussaillées et si tous ces sentiers dont nous avons ici tracé l'assiette de passage, ont utilement anticipé les évolutions que nous présageons dans l'avenir des métiers du droit et de la justice.