

I - les cas

En Préliminaire, il faut noter qu'il y a **deux traditions du droit**

- la tradition romaine qui procède de façon législative en établissant un code
- et la tradition anglo-saxonne plus souple qui constitue le droit par jurisprudence en consolidant les habitudes d'arbitrage au niveau civil.

En général la régulation judiciaire prend la place de celle de l'Etat quand celui-ci tend à s'effacer ou lorsque la régulation administrative est faible par tradition comme aux Usa¹. La France serait sur la voie d'abandonner sa tradition administrative pour se soumettre à l'arbitrage du juridique

Plusieurs raisons : l'influence des Usa, la mondialisation qui se fait selon un modèle libéral, la présence du droit européen

L'exemple de la médecine est significatif : en Amérique il n'y a pas une instance régulatrice générale pour punir les médecins négligents d'où l'importance des procès. Pour 100 000 habitants il y en aurait 5 fois plus qu'en France, tant il est vrai que l'absence de régulation n'est pas supportable. En France l'ordre des médecins sert encore de garde fou

Aujourd'hui on développe l'argument qu'il y a une **augmentation** sensible des procès pour que les victimes obtiennent des réparations ; mais d'après les statistiques ce phénomène n'est pas évident ; cependant les procès sont montés en épingle, entre autres par les assurances, ce qui crée un climat de panique dans certaines professions médicales

En fait si les assurances ont été conduites à fortement augmenter le de leurs primes c'est d'abord que leurs investissements se sont révélés catastrophiques avec la crise. (Il faut savoir que ce n'est pas tant avec les primes qu'elles gagnent de l'argent mais avec leur placement dans l'immobilier ou autres)

- **Le cas Perruche présenté dans les textes** est exemplaire à plus d'un titre : sur le rôle des assurances, sur l'effet de jurisprudence, sur la reprise par la loi de décisions de justice, sur l'effet de la législation européenne

- Tout commence par une erreur de diagnostic sur une rubéole contractée pendant une grossesse sans laquelle il y aurait eu interruption de grossesse

-D'abord un arrêt qui juge le laboratoire et le médecin responsables et les condamne à indemniser les parents et Nicolas

-Les assurances font appel : alors la cour refuse la réparation pour l'enfant non pour la mère dont le préjudice est reconnu

¹ Il y aurait plus d'un million d'avocats dans ce pays.

-Les parents vont en cassation car ce qu'ils veulent c'est la protection de l'enfant : la cour accorde à nouveau le préjudice pour l'enfant

-Nouvel arrêt disant que le préjudice n'est pas produit par le médecin, mais par la nature donc on ne peut retenir sa responsabilité

-Nouveau pourvoi où il est admis que le contrat avec Mme Perruche n'a pas été respecté, mal orientée elle n'a pas pu exercer son choix d'interrompre la grossesse d'un enfant handicapé, lequel peut demander réparation pour son handicap, l'indemnisation est justifiée.(Entre temps il ya eu l'affaire Hedreul en 1997 où il est fait obligation au médecin d'apporter la preuve qu'il avait informé un patient d'un risque de perforation au cours d'une coloscopie)

- Tollé dans l'opinion est-ce qu'on peut considérer le fait d'être né comme un préjudice ?

Les associations d'handicapés parlent d'eugénisme en leur défaveur

C'est là que le législateur a été obligé d'intervenir : Jean François Mattéi, puis loi Bernard Kouchner où il spécifié qu'on ne peut entreprendre une action en indemnisation du fait d'un handicap naturellement transmis. Nul ne peut se prévaloir d'un handicap du seul fait de sa naissance pour justifier un procès

-La cour européenne des droits de l'homme intervient à son tour sur la conduite de l'affaire : on ne peut revenir sur les indemnités accordées car une loi ne peut pas être rétroactive.

L'enjeu : conflit entre le droit subjectif qui est présenté comme prioritaire par la Cour de cassation : celui de la mère qui a droit à l'interruption volontaire de grossesse et le droit objectif traditionnel du respect de la vie. Là, on peut être inquiet, dans la mesure où on ne peut pas accepter que le champ judiciaire soit en permanence consacré à **une guerre sans fin entre des droits subjectifs** individuels et où demain verrait tout enfant insatisfait de sa naissance, mais aussi de son origine sociale ou d'une disgrâce quelconque, entrer dans l'arène judiciaire et dénoncer ses parents pour mettre en accusation leurs insuffisances (par ex de leur avoir transmis un gène déficient en mathématique.

Notre mentalité technique attend un produit biologique parfait, attend un service après-vente qui va assurer la réparation et les malfaçons et ensuite une responsabilité généralisée qui nous prémunira contre les défaillances du produit.

Autres exemples

On ne va pas s'attarder sur tous les textes

Le foot : gagner en disqualifiant juridiquement les joueurs

-une équipe perdante a cherché à remettre en question judiciairement une décision de l'arbitre qui avait jugé le terrain praticable, mais le juge a laissé la question aux instances du foot, en déclarant que ce n'était pas de son ressort

les affaires de couple,

- se mettre nu devant sa femme qui est devenue hostile
- j'aurais pu prendre la décision du tribunal de Douai qui a cassé l'annulation d'un mariage sous prétexte que la femme n'était pas vierge

A ce sujet :

- Il est intéressant de se rappeler l'**évolution du droit** concernant le **mariage**
- Avant c'était une question de statut inspiré de la bible : « c'est dans la souffrance que tu enfanteras des fils. Ton élan sera vers ton mari et, lui il te dominera » tables de la loi
- Avec la *Révolution Française* on voit le mariage comme un contrat civil entre deux personnes cependant la femme reste soumise à sa fonction de la production et l'éducation des enfants
- A partir de 1968 on va vers un simple régime procédural basé sur le consentement mutuel où sont valorisés la libre possession de soi, le droit se centrant sur la protection des mineurs

La question **du consentement libre** présuppose d'être éclairé d'où un motifs de procès mais là ce n'est pas facile pour le juge de trancher : est-ce que la personne est toujours capable d'apprécier les conséquences de sa décision de mariage ?

Dans le cas de Douai le tribunal impose une sorte de mariage forcé puisque *selon le communiqué la virginité de l'épouse "n'est pas une qualité essentielle en ce que son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale* ». Par ailleurs, la cour a estimé que la *"preuve du mensonge prétendu n'était pas utilement faite"*.

II

Le texte 2 énonce l'enjeu essentiel

a) On peut voir la judiciarisation comme un progrès de la démocratie

Dans un livre célèbre, *Le gardien des promesses*, Antoine Garapon demande que les juges soient au service des promesses de démocratie inscrites au cœur des lois républicaines. Par contre si la judiciarisation **se met au service des seules exigences individuelles** au détriment de la solidarité, c'est l'effet inverse qui risque de se produire : il y a un antagonisme entre l'expression d'un individualisme forcené assorti du sentiment victimaire et les devoirs et concessions indispensables à la vie collective .

a) -Selon la Tradition française les juges sont au service de l'état et de son administration or maintenant dans un contexte de doute sur les valeurs, de mise en avant de l'égalité des conditions individuelles le pouvoir judiciaire tend à devenir l'arbitre des contestations.

En effet :

1) nous sommes dans un contexte de **pluralisme des valeurs** et de doute sur les gouvernants (le fait marquant de ces dernières années est la fin des immunités politique cf. les nombreuses affaires Elf², le sang contaminé³)

2) Il faut ajouter le sentiment que la loi **n'est plus un bouclier au service des faibles** contre les forts mais une arme aux mains des plus forts pour asseoir leur domination contre les faibles. On n'est plus dans la situation de Lacordaire qui disait : cf *entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime, la loi qui libère*. La figure qui s'impose est celle du renard qui fait la loi dans le poulailler.

b) En fait selon le texte le juge a un rôle ambigu

1) Au nom des droits de l'homme il délie les anciennes hiérarchies cf. le libre choix conjugal

Mais d'un autre côté il est obligé de consolider certaines solidarités : ex rétablir les devoirs parentaux pour la protection des mineurs.

2) Par ailleurs la justice joue un rôle politique à cause du retard ou de l'indétermination politique.

Le juge est obligé de dire le droit pour mettre fin à la controverse. ⁴,

- le statut de l'embryon, amas de cellule ou personne potentielle, est précisé dans des décisions judiciaires (en reconnaissant par exemple le droit à l'avortement jusqu'à 10 ou 12 semaines loi Aubry)

- Dans le cas du foulard islamique les juges ont été d'abord mis en première ligne

La technicité et la neutralité apparente de leur décision assure une certaine légitimation de la solution retenue. La décision juridique devient un prétexte pour les politiques pour justifier une action répressive en la présentant comme inévitable car décidée par la justice

² La direction d'Elf a procédé à des surfacturations comme dans l'affaire des frégates de Taïwan, ou lors du rachat des raffineries Leuna, et Ertoil pour verser des commissions occultes. Ils ont également utilisé le mécanisme des emplois fictifs pour rémunérer les proches des intervenants d'une affaire.

Cette affaire tentaculaire a aussi compromis le ministre Roland Dumas, et la femme d'affaires Christine Deviers-Joncour. Christine Deviers-Joncour s'est d'ailleurs surnommée dans un livre « la putain de la République ».

Sous la présidence de Loïk Le Floch-Prigent, avec la complicité du directeur des Affaires générales Alfred Sirven, et d'André Tarallo, le « monsieur Afrique » d'Elf, plus de 300 millions d'euros auront ainsi été détournés entre 1989 et 1993.

³ En avril 1991, la journaliste Anne-Marie Casteret publie dans l'hebdomadaire L'Événement du Jeudi un article prouvant que le Centre national de transfusion sanguine (C.N.T.S.) a sciemment distribué à des hémophiles, de 1984 à la fin de l'année 1985, des produits sanguins dont certains étaient contaminés par le virus du sida.

L'ancien Premier ministre socialiste Laurent Fabius et les anciens ministres socialistes Georgina Dufoix et Edmond Hervé ont comparu du 9 février au 2 mars 1999 devant la Cour de justice de la République (C.J.R.) pour « homicide involontaire ». Cette cour a rendu son verdict par un arrêt qui innocentait Georgina Dufoix et Laurent Fabius

⁴ Sa fonction n'est pas d'abord de punir mais de dire le droit de façon conventionnelle pour clore la contestation ce qui a été jugé ne peut pas être rejugé sans apport nouveau.

- Dans le cas de l'affaire perruche poussé par les réactions du public le parlement a été obligé de déjudiciariser par la loi

C La question de la légitimité de la judiciarisation dans le cadre de vacance de normes communes

Quelques Citations de l'auteur extraites du *gardien des promesses*:

« Le droit devenant la dernière morale commune dans une société qui n'en a plus »

« Une norme commune sans mœurs communes »

Dans cette situation comment justifier la tutelle des citoyens par les juges ? La société émancipée ne peut se passer d'autorité

La méthode préconisée par l'auteur : le débat transparent qui permet l'expression contradictoire. C'est la procédure elle-même qui porte la charge de la fondation

NB rappel : le pouvoir n'est pas l'autorité : l'autorité est ce qui autorise à cause de sa valeur symbolique, le pouvoir est nécessaire pour mener une action concertée ; il dépend du vouloir vivre ensemble

Quand il n'y a plus de valeur commune il reste l'autorité de la discussion pour établir l'action commune mais c'est une autorité toujours soumise à la discussion.

La procédure impose ses normes cf l'éthique de la discussion⁵. Ce cadre tient lieu de tradition pour les modernes

Mais cela demeure fragile tant qu'on n'a pas revivifié des héritages culturels en cherchant comme dit John Rawls un consensus par recoupement tout en acceptant des désaccords raisonnables⁶

⁵ Fonder la valeur prescriptive des normes sur les exigences de validité que nous émettons quand nous produisons certains actes de langage. L'argumentation fonde la norme morale parce que l'acte de parole est normatif en lui-même Des normes morales sont sous-jacentes à la communication :

- la norme de justice dans le droit égal des partenaires à énoncer leur point de vue,
- la norme de solidarité dans l'échange qui renvoie les membres les uns aux autres,
- la norme de coresponsabilité dans l'effort solidaire de résoudre les problèmes.

Par principe l'éthique de la discussion tend vers un accord intersubjectif et présuppose la volonté de respecter cet accord. Cet idéal lié à la rationalité de la communication met en question tout contenu qui ne va pas dans ce sens (contradiction performative), particulièrement les actions purement stratégiques qui ne visent que l'efficacité *moyens- fin* (la duperie, la menace et l'utilisation de la violence etc.)

⁶ Cf. P Ricœur *Le juste* p189 « sans héritages multiples et mutuellement critiqués, je ne vois comment on ferait sortir le « symbolique fondateur » du vide ». Par ailleurs les controverses publiques éduquent aux désaccords acceptables

b) le texte de Maurice Peyrot, qui est chroniqueur au Monde, envisage l'intégrisme juridique.

Le juridique envahit la pensée de tout le monde en imposant ses catégories simplistes du permis et du défendu. On se trouve devant un orgueil de tout gérer par le droit comme une religion qui détermine le bien et le mal de façon figée, ce qui entraîne un appauvrissement de la pensée : l'aspect figé et simplifié du code favorise la raideur de l'esprit qui oppose le bien et le mal comme des absolus

La vie ne se réduit pas à cette simplification, mais présente des ambiguïtés comme la responsabilité de la victime

Un défi essentiel pour une société désacralisée et un individu désorienté reste comment préserver un moment d'autorité nécessaire au vivre ensemble.

III

Media et justice

Le texte 1 parle de **couple infernal**, le texte 2 de **logique de dé-légitimation** de l'autorité judiciaire

a) Dans les deux cas plaider pour **le rituel du procès** susceptible de permettre la juste distance entre les justiciables grâce au recul dans le temps et au souci de garantie de l'objectivité présent dans les consignes de la démarche professionnelle qui suit un ensemble de règles de procédure favorables à l'intervention d'un tiers impartial

Les medias font de leur côté des enquêtes pour faire surgir la vérité en tant que journalisme d'investigation et font des commentaires du fonctionnement des procès et des décisions de justice .Elles créent l'illusion d'un accès démocratique ⁷direct à la vérité en oubliant le rôle du rite judiciaire chargé de garantir l'objectivité de la démarche

Le droit égal des parties à s'exprimer, les procédures comme la présomption d'innocence même dans le cas du flagrant délit sont objectivantes, elles sont une garantie contre les erreurs judiciaires

La mise à distance temporelle est favorable à l'impartialité alors que la charge émotionnelle (par ex quand on s'identifie à chaud à la victime) efface l'impartialité et diabolise le coupable apportant un risque du lynchage médiatique

⁷ A rapprocher de la supercherie d'un sondage d'opinion que l'on veut faire passer pour un vote

b) Le dilemme : Comment gérer la liberté d'information pour les medias et la nécessaire publicité des débats du procès sans que cela donne lieu aux dérives de la justice spectacle, au danger populiste ?

La publicité est la diffusion publique des débats et des décisions. Selon la tradition républicaine elle est vue comme une garantie pour les justiciables contre les débordements du juge et un moyen d'enseignement qui sert aux citoyens pour se forger un regard critique ⁸;

Cf. *la déclaration des droits de l'homme* article 10

Toute personne a droit, en pleine égalité à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial

Mais le souci de transparence ne doit pas aller contre **la sérénité** d'où la dimension de huis clos assigné au respect des droits fondamentaux des personnes (droit au respect de la vie privée ex dans une affaire de viol si la partie civile le demande ou dans une affaire de mineurs pour protéger leur avenir. par ailleurs il y a un droit à l'oubli

Selon le texte 2 pour éviter les dangers de la justice spectacle les medias doivent véhiculer les objectifs de la justice elle-même, non se substituer à eux, à cet effet ils doivent respecter le cadre institutionnel, l'expliquer non l'instrumentaliser pour faire de l'audience.

IV

L'importance de la responsabilité personnelle

La généralisation des risques judiciaires pose la question de la faute personnelle. Si tout le monde est responsable plus personne ne l'est vraiment. Dans un contexte de responsabilité généralisée chacun cherche à se défaire de sa culpabilité en jouant sur l'ignorance et la dépendance à d'autres instances. Cela est particulièrement vrai au niveau politique

Cf. l'argumentation du procureur Jean François Burgelin devant la cours de justice qui jugeait les trois ministres pour complicités d'empoisonnement dans l'affaire du sang contaminé.

« Qui gouverne ? demande la victime du risque social. Une science irresponsable ou qui prétend l'être ? Une administration chargée d'appliquer des textes qu'elle ne maîtrise pas ? Des conseillers politiques au statut incertain quand il n'est pas inexistant ? Des hommes politiques qui ne savaient pas ? Qui gouverne encore si le juge devient l'arbitre de ces responsabilités insaisissables »

⁸ Le procès donne une visibilité aux événement qu'il rejoue sur une scène accessible au public

Fallait-il faire le reproche au juge de dépasser ses prérogatives ?

« Dans *l'affaire du sang contaminé (le juge) a fini par dépasser le pur raisonnement juridique en disant : je ne peux pas me comporter autrement parce que les gens ne seraient pas contents. C'est là un raisonnement politique. Mais ce débordement ne vient que dans un second temps : après que ceux qui auraient pu porter un jugement politique en responsabilité ne l'on pas fait* »
Laurence Engel et Antoine Garapon, « la fonction publique saisie par le droit », *Esprit*, octobre 1997, p. 108

l'imputation de la faute au niveau du droit ne concerne pas toutes les conditions que pourraient mettre en lumière un historien

Le premier texte qui inspire le second énonce la nécessité de tenir pour responsable un sujet concret. Est-il sensé de remonter au chinois qui a inventé le feu d'artifice s'il y a un accident lors d'une fête ? Le droit a besoin d'un critère moral pour établir une juste responsabilité.⁹

Il suppose que l'individu fait venir quelque chose de nouveau au monde par son action

Autrement la distribution de la culpabilité se fera selon l'intérêt des gens au pouvoir ou la négligence sera attribuée de façon insensée Cf. L'accident de voiture lié à l'absence de ralentisseur électromagnétique ou de gendarme couché qui dédouane le conducteur.

Les conséquences apparaissent dans le second texte :

1) C'est un retour de la fatalité qui fait que l'on se trouve du bon ou du mauvais coté de la chance ou de la malchance

Je subis mon destin : quoique je fasse ou ai voulu faire ça ne changera rien

2) Une manière d'assurer le contrôle social par le pouvoir en place en imposant les risques punissables

3) Le retour du bouc émissaire : le meilleur coupable = celui qui peut payer, ou celui qui cristallise la répulsion générale

4) Le danger de la victimation Quand on ne recherche pas la sanction juste, on répond aux attentes vengeresses. C'est un des dangers qui est au fond de la formule de Rachida Dati le 26 février 2009 devant le tribunal de grande instance de Paris

Le droit des victimes est le premier des droits de l'homme

Si le consensus se fait autour de la souffrance et non des valeurs communes c'est le retour de la vieille idéologie sacrificielle et l'effacement de la position tierce du juge pour rétablir le dialogue et la paix civile On assistera au discours revendicatif dans une logique de concurrence victimaire

⁹ Si l'incrimination juridique repose sur le principe de la culpabilité individuelle, il n'en n'est pas de même du regard de l'historien qui relie à des forces anonymes. Cela est particulièrement vrai lors des procès politiques cf le nazisme