



# RECHERCHE DROIT & JUSTICE

NOVEMBRE 2003

## Sommaire

- 2 - **REGARDS**  
Etat de droit  
et urbanisme  
Histoire des juges de paix
- 5 - **THESES**  
La loyauté en droit  
processuel  
Droit, science et vérité
- 8 - **EQUIPE DE RECHERCHE**  
Droit et changement social
- 10 - **DOSSIER**  
Les enlèvements  
transfrontaliers d'enfants
- 14 - **POINT DE VUE**  
Le droit de se taire
- 16 - **NOTES DE LECTURE**
- 19 - **RECHERCHES**
- 24 - **ACTUALITE**

### Une rencontre

Recherche et justice : deux termes qu'il nous faut réunir, deux univers que le groupement d'intérêt public a pour vocation de rapprocher.

Cette rencontre ne va pas de soi.

Les professionnels du droit, absorbés par le quotidien, ne s'intéressent pas spontanément à la recherche. Ils courent après le temps pour s'informer de l'évolution des textes et de la jurisprudence. Où trouveraient-ils celui de se préoccuper des progrès de la recherche juridique fondamentale ?

Les chercheurs, de leur côté, peuvent craindre qu'en assignant une finalité pratique à leurs recherches, l'on encadre trop leur liberté de réflexion théorique. Fort légitimement, ils ne souhaitent pas voir réduire le champ de leurs recherches.

Pourtant cette rencontre est nécessaire.

D'abord, parce que l'action doit être précédée par la pensée. Tout particulièrement dans le domaine du droit et de la justice. Quoi de plus néfaste – les juristes le savent trop bien – qu'une loi précipitée, qu'une réforme mal préparée ? Puisque "les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois", prenons le temps de connaître les hommes, afin de mieux confectionner les lois. De ce point de vue, la recherche est un investissement pour demain. Elle nous donne des clés pour décrypter le présent et mieux préparer l'avenir.

Ensuite, parce que la pensée doit se nourrir de l'action. C'est lorsqu'elle plonge ses racines dans l'expérience, dans l'analyse du réel, que la réflexion théorique s'élève au plus haut niveau. Les plus grands esprits ont souvent puisé la source de leur inspiration dans l'observation de la pratique. Portalis, l'un des maîtres du droit français, ne fut-il pas aussi avocat, juge et législateur ? Kelsen, dont la théorie générale éclaire la pensée juridique du XX<sup>e</sup> siècle, n'était-il pas également président de la cour constitutionnelle autrichienne ?

C'est cet enrichissement mutuel, de l'action par la pensée, et de la pensée par l'action, que le groupement d'intérêt public a pour but de favoriser.

Recherche et justice, pensée et action : voilà les fils qu'il convient de tisser ensemble, inlassablement.

Yann AGUILA

Maître des requêtes au Conseil d'Etat

Directeur de la Mission

Nommé professeur associé à l'université de Poitiers, Jean-Paul Jean, substitut général près la cour d'appel de Paris, a souhaité mettre fin à son mandat de directeur de la Mission de recherche Droit et Justice. Nous saluons son action en faveur de celle-ci depuis 1999 et lui souhaitons pleine réussite dans ses nouvelles fonctions.

Le conseil d'administration, le 6 octobre 2003, a désigné à l'unanimité Yann Aguila, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, dans les fonctions de directeur du groupement d'intérêt public Mission de recherche Droit et justice.

# Etat de droit et urbanisme

## Journée d'étude du 19 septembre

*Jean-Pierre Lebreton  
Professeur à l'Université de Versailles  
Saint-Quentin en Yvelines,  
Directeur de recherche au Gridauh*

La journée d'étude organisée le 19 septembre 2003 au Sénat par le GRIDAUH (Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l'urbanisme, de l'aménagement et de l'habitat) et consacrée au programme de recherches "Etat de droit et urbanisme" conduit par le groupe-ment, à la demande du Centre d'études et de prévision du Ministère de l'Intérieur et de la Mission de recherche Droit et Justice, a permis de traiter les rapports délicats et tourmentés qu'entretiennent l'urbanisme et le droit.

La recherche et les débats en séance ont également mis l'accent sur l'importance des enjeux que soulèvent de tels rapports : la satisfaction d'intérêts collectifs fondamentaux et la protection du cadre de vie, la sauvegarde des droits des propriétaires, la sécurité juridique, notamment des acteurs du secteur économique du bâtiment. La journée a été partagée en quatre tables rondes réunissant élus, magistrats, hauts fonctionnai-

res, universitaires français et étrangers, représentants du milieu associatif, chacune étant consacrée à un thème essentiel du sujet, successivement le contrôle préfectoral de légalité et la décentralisation, l'efficacité de la juridiction administrative, la place occupée par les sanctions et, enfin, les perspectives d'évolution, à la lumière notamment des pratiques développées dans des pays voisins, l'Angleterre, la Suisse et l'Italie.

D'une manière générale, l'état des lieux est beaucoup moins négatif qu'il pourrait paraître a priori ; en dépit de ses nombreuses imperfections – et à cet égard plusieurs pistes pour une amélioration ont été avancées au cours de la journée –, l'Etat de droit est bien une réalité en matière d'urbanisme. En ce qui concerne le contrôle préfectoral, le faible nombre d'actes des collectivités locales que le préfet défère au tribunal administratif ne doit pas masquer la réalité du contrôle qui, le temps aidant, s'est mis en place et qui est, dans l'ensemble, bien admis par les élus. Des perspectives d'une plus grande efficacité de la juridiction administrative se sont ouvertes : des efforts ont été entrepris pour raccourcir les délais de jugement et, plus encore, les premiers mois d'application de la réforme des procédures d'urgence sont très prometteurs. L'idée ne s'est pas imposée qu'un

système de sanctions administratives, retenu par des pays voisins, notamment la Suisse, doit compléter ou prendre la place de la répression pénale ; les résultats de cette dernière peuvent être significatifs pour peu que les différents acteurs administratifs et judiciaires de la chaîne pénale, généralement réunis par la préoccupation commune d'effacer la situation délictueuse plutôt que de punir l'infraction, puissent coordonner efficacement leurs efforts.

Si l'instrumentation ne soulève pas de critique majeure, l'accent a été mis, en revanche, sur les besoins d'une meilleure mobilisation des acteurs au service d'une véritable politique de l'Etat de droit en matière d'urbanisme. Une décentralisation plus aboutie des responsabilités libérerait les services de l'Etat de la charge d'une cogestion de l'urbanisme, notamment auprès des petites communes. Cette cogestion continue de mal s'accorder avec l'exercice de la fonction de contrôle et, surtout, absorbe des moyens humains qui, sinon, pourraient être utilement redéployés tant au service de cette fonction de contrôle que la Constitution, après sa récente révision, continue de confier au représentant de l'Etat qu'au service d'une participation à l'action répressive, notamment au travers de la détection des infractions. Une politique de



# La justice de paix : une justice de proximité en France de 1790 à 1958

Jacques-Guy Petit  
Professeur d'histoire contemporaine  
à l'Université d'Angers

l'Etat de droit, c'est aussi la détermination par les services centraux de l'Etat de lignes de conduite qui orientent l'intervention des acteurs "du terrain" ; sur ce point, une grande attente s'est généralement exprimée.

Enfin, il est apparu, tout au long de la journée, que l'Etat de droit dépend, pour une part, de la qualité des normes dont l'effectivité doit être assurée. Aussi ont été dénoncés tout à la fois les imprécisions des normes essentielles qui devraient éclairer l'action publique, l'excès de normes accessoires qui, par essence, sont changeantes et exposent le droit de l'urbanisme à une instabilité qui lui est depuis longtemps reprochée et, enfin, le manque de soin dans la détermination des règles locales, fréquemment observé, qui altère l'image de la juridiction, appliquée à l'urbanisme.

De 1790 à 1958 une justice de proximité, la justice de paix, a existé dans chaque canton de France. Innovation du législateur révolutionnaire, cette juridiction originale avait pour objet de rendre, pour les litiges de la vie quotidienne, une justice rapide, simple et presque gratuite. Et surtout, par la conciliation, ces juges "faiseurs de paix" avaient pour mission de désamorcer les conflits et d'éviter des procédures longues et ruineuses. Une recherche et un colloque suivis d'une publication\* éclairent l'histoire d'une institution qui suscite aujourd'hui un regain d'intérêt.

Alors que la justice de proximité est à l'ordre du jour, qu'en est-il de l'histoire de la justice de paix ? Si les travaux sur ce sujet se sont développés<sup>2</sup>, les lacunes restent nombreuses. Or les archives des justices de paix forment un immense réservoir d'informations aux archives nationales, à

la Chancellerie et, surtout, dans les archives départementales. Le Centre d'histoire des Régulations et des Politiques sociales de l'Université d'Angers (hires) a réuni une équipe pluridisciplinaire d'historiens, d'historiens du droit et d'archivistes, pour une étude qui s'efforce de multiplier les approches. La création des justices de paix est une des innovations essentielles de la Constituante en 1790, les députés voulant mettre en place une juridiction originale, caractérisée par la simplicité, la rapidité, la gratuité et l'équité. Dans son canton, le juge hérite ainsi de compétences nombreuses : civiles, conciliatrices, gracieuses et pénales (ces dernières étant plus importantes pendant la période révolutionnaire qu'au XIX<sup>e</sup> siècle).

*Des "faiseurs de paix"  
cantonaux*

La justice de paix s'épanouit dans la France rurale au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, mais ses compétences ne cesseront d'évoluer jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Après un sommet autour de 1840 (27 affaires pour 1 000 habitants), l'activité contentieuse diminue considérablement, surtout au XX<sup>e</sup> siècle (4 affaires pour 1 000 habitants en 1950). Plus que le jugement, la conciliation caractérise l'activité des "faiseurs de paix" cantonaux. Hors audience, la petite conciliation connaît une activité

intense au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, jusqu'à plus de 20 tentatives par semaine et par juge entre 1860 et 1870. Là encore, la diminution de cette activité, liée à l'évolution sociale et urbaine, est forte au XX<sup>e</sup> siècle. Les études locales précisent les données nationales. Vers 1860, dans l'Ouest traditionnel, l'activité conciliatoire est très importante. Ici, le juge de paix est bien un petit notable proche et influent, un régulateur social du quotidien. Mais il ne faut pas méconnaître son activité pénale, comme juge du tribunal de simple police. Avec l'étude des contraventions, nous sommes au cœur des tensions et des conflits du quotidien, principalement pour l'observation des lois et règlements.

Les juges de paix ont longtemps eu un rôle politique. Ils peuvent être les élus de leur canton jusqu'en 1870. De 1849 à la fin du Second Empire, agents du parquet, ils sont l'œil de la justice et du gouvernement. Ils se montrent aussi d'efficaces agents électoraux au service des candidats officiels. Instrumentalisés par le pouvoir impérial, souvent les seuls fonctionnaires dans leurs cantons, ils n'échapperont pas aux épurations républicaines et leur rôle politique diminuera à la fin du siècle. Mais c'est alors que leurs compétences en matière de

droit du travail s'élargiront. Depuis 1892, ils sont appelés à jouer un rôle de médiateurs et d'arbitres dans les conflits du travail. La loi de 1898 sur les accidents du travail leur donne compétence d'enquête et de décision en dernier ressort, notamment en cas d'incapacité temporaire.

Enracinés dans leur canton au XIX<sup>e</sup> siècle, souvent peu diplômés mais respectés, les juges de paix changent au XX<sup>e</sup> siècle, parallèlement au mouvement général de professionnalisation de la magistrature (loi de 1906) et aux mutations socio-économiques. La Loire-Inférieure (puis Atlantique) en fournit un bon exemple entre 1895 et 1958. De plus en plus diplômés, ayant une plus grande expérience du droit, ces magistrats cantonaux se recrutent surtout dans les nouvelles couches moyennes de la République. Par leur professionnalisation, l'extension de leurs compétences, l'attribution de plusieurs cantons et leur relative perte de prestige local, ils s'éloignent des justiciables et se rapprochent de la magistrature ordinaire. Michel Debré profitera de la loi sur les pleins pouvoirs du 3 juin 1958 pour réaliser une réforme en profondeur de la justice. Il s'agit de valoriser l'autorité et la loi, de rationaliser et professionnaliser la justice. Ce qui avait constitué l'originalité des justices de paix, la conciliation et la transaction, est alors considéré comme un abus permettant à de nombreux litiges d'échapper au contrôle de la justice. De plus, l'importante diminution des affaires en jugement semble laisser trop de loisirs (sauf dans les grandes villes) aux 770 juges de paix encore en poste. La réforme est rapidement menée, supprimant les justices de paix pour créer

une nouvelle juridiction au chef-lieu d'arrondissement, le tribunal d'instance.

Nous avons fait le point sur l'état des fonds des archives de paix, leur conservation, leur classement, leur communicabilité. Ces archives montrent que, jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, les populations, dans leur majorité, veulent régler leurs conflits pacifiquement, si possible par conciliation ou arbitrage, en faisant massivement appel au juge de paix. Voilà qui remet en cause le stéréotype d'une société rurale longtemps en dissidence et refusant la justice de l'Etat. La forte activité des justices de paix au XIX<sup>e</sup> montre au contraire une acculturation judiciaire précoce des populations rurales, surtout par la conciliation.

*Une proximité géographique, humaine et symbolique*

De plus, dans la transition vers l'Etat-Providence, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le juge de paix a joué un rôle social important, surtout pour les familles les plus pauvres (justice gracieuse, commissions cantonales d'assistance, etc.). Notre juge de paix, par sa proximité et sa connaissance des problèmes locaux, n'a-t-il pas été, historiquement, le maillon intermédiaire entre la charité privée traditionnelle et les lois sociales de solidarité nationale qui seront mises en application par des fonctionnaires de plus en plus spécialisés ?

Au XIX<sup>e</sup> siècle, le juge de paix exerçait bien une justice de proximité, d'abord géographique. Mais surtout, il s'agissait d'une proximité humaine et symbolique : des magistrats disponibles, à l'écoute de toutes les minuscules affaires du quotidien ; des conciliations

ou des décisions de jugement rapides, à coût faible. Une justice proche du justiciable aussi, par la simplicité de la procédure et la présence le plus souvent directe des parties. Proximité encore d'un juge unique qui, connaissant bien son canton et ses particularités, pouvait rendre des décisions et arbitrages de bon sens et d'équité, d'où le très faible taux d'appel. Cette justice paternelle, certes aussi de police mais où l'emprisonnement était rarement prononcé, semble avoir répondu à la demande sociale de la France d'alors. Aujourd'hui, cette France rurale n'est plus, de même que la justice de paix dont on a vu le déclin dès le début du XX<sup>e</sup> siècle. Pourtant, la demande sociale de proximité ainsi que la demande d'accès au droit paraissent maintenant plus fortes que jamais dans un monde où se développent le repli sur soi et la ghettoïsation sociale.

Que veut-on, en France, pour les litiges du quotidien : un nouveau notable juge paternel ou une justice professionnelle

simplifiée, accessible, qui prend le temps d'écouter ? Une "justice du prochain", voire une justice alternative<sup>3</sup>, davantage qu'une justice de l'Etat et de professionnels<sup>4</sup> ? Comment vont coexister les juges d'instance et les nouveaux juges de proximité ? Quoi qu'il en soit, nos sociétés urbaines contemporaines ont besoin de nouvelles formes de régulation sociale de proximité, ainsi que d'une véritable acculturation juridique et judiciaire.

1 - Jacques-Guy Petit (dir.), *Une justice de proximité : la justice de paix (1790-1958)*, Paris, PUF, 2003.

2 - En particulier Gilles Rouet, *Justice et justiciables aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, Belin, 1999.

3 - Pierre Chevalier, Yvon Desdevises et Philip Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, Paris, La Documentation française, 2003.

4 - Voir "Droits et Culture" (2001/3) : *Droit, justice et proximité*, Paris, l'Harmattan, 2001.

\* L'ouvrage dirigé par Jacques-Guy Petit aux Presses Universitaires de France (collection *Droit et Justice*) : *Une justice de proximité : la justice de paix (1790-1958)*, est disponible en librairie depuis le 10 novembre 2003.



# La loyauté en droit processuel

Marie-Emma Boursier

Distinct de la recherche par sa méthode et par les contraintes formelles qui le déterminent, et parfois en amont de celle-ci, le travail doctoral constitue un gisement d'idées et de talents encore peu exploité.

Cette nouvelle rubrique est destinée à accueillir de courtes présentations de thèses soutenues sur des sujets intéressant le champ thématique de la Mission dans les disciplines qui sont de nature à l'éclairer.

Deux réflexions originales portant sur des thèmes transversaux à ceux de plusieurs des recherches conduites dans le cadre de la programmation établie par le groupement inaugurent cette chronique.

\* "Objection péremptoire qui s'oppose à ce qu'un Etat partie à un procès puisse contredire une position qu'il a prise antérieurement et dans laquelle les tiers avaient placé leur légitime confiance" (Lexique des termes juridiques, Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, 1999).

Marie-Emma Boursier, chargée d'enseignement à l'Université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines, a soutenu, le 29 mars 2002 à l'université Paris II-Panthéon-Assas, une thèse consacrée au principe de loyauté en droit processuel. Le jury, présidé par M. le Recteur Serge Guinchard, était composé de MM. les Professeurs Loïc Cadiet (rapporteur, Paris I), Didier Rebut (Paris II), Patrick Marvan (Rennes) et Thomas Clay (rapporteur, Versailles Saint-Quentin en Yvelines).

Cette thèse a pour ambition de proposer une réponse aux questions ancestrales du droit du procès, issues de l'encadrement indispensable de l'affrontement entre les plaideurs et de l'organisation des relations triangulaires qui se nouent avec le juge. Plus conceptuellement, elle propose une réponse mesurée aux interrogations actuelles du droit processuel liées à la recherche de légitimité des contentieux, à la moralisation du procès, à l'intégration harmonieuse et surtout profitable, c'est-à-dire utile, du droit européen.

Le questionnement à l'origine de cette thèse<sup>1</sup> portait sur l'apparition de nouveaux principes directeurs à l'aube des bouleversements que connaît le droit du procès, notamment sous l'influence du droit européen. Parmi ces nouveaux principes directeurs du procès, l'exigence de loyauté en droit processuel a, dès lors, sa place. En effet, la loyauté est une condition sine qua non de la vie en société, fondatrice de la confiance réciproque entre ses membres. Elle est donc nécessaire en droit processuel, droit de relations, qui plus est, de relations conflictuelles opposant des intérêts divergents appelés à être tranchés. L'avènement de la notion de loyauté encore a-juridique en droit processuel s'appuie sur la nécessité d'assurer son passage en droit positif, à l'instar du droit des contrats ou du droit du travail dans lesquels elle assure une prise en compte maîtrisée de la règle morale.

## Le principe général

L'étude des manifestations de loyauté en droit processuel révèle son émergence, avec une intensité certes variable selon les contentieux, mais toujours sous la forme d'un véritable principe général de droit répondant à tous les critères élaborés par la Doctrine. Le principe général de loyauté est tantôt affirmé, comme dans le contentieux de la preuve, notamment pénale, tantôt latent, comme dans les contentieux économiques ou constitutionnels qui voient en lui un vecteur de légitimité procédurale, à défaut d'une légitimité organique certaine ou suffisante. En effet, tandis que la matière pénale révèle l'exigence d'une éthique minimale du procès sous le contrôle vigilant - et parfois pressant - de la Cour européenne des droits de l'Homme, le procès civil reflète l'exigence de la loyauté dès l'introduction de l'instance, par l'acclimatation en droit interne du principe d'estoppel\* issu de la *common law*, en une fin de non-recevoir, jusqu'au déroulement de l'instance par l'encadrement matériel des débats et la maîtrise de leur progression sous le contrôle du juge. La loyauté impose alors une limite à la liberté de la défense, par la prise en compte de l'intérêt plus général qu'est la bonne administration de la justice, en sanctionnant a priori les abus liés à certains comportements des plaideurs, mais aussi, a posteriori, l'abus du droit

1 - M.E Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Préface de S. Guinchard, Coll. Bibliothèque de Thèses, Volume 23, Dalloz, 2003.

à agir de l'une des parties. Ainsi la loyauté répond à l'exigence de dignité de la Justice.

#### *Les fonctions spécifiques*

La variété des manifestations de la règle générale de loyauté révèle ensuite des fonctions spécifiques et donc son utilité au sein de l'ensemble des principes processuels.

Elle revêt une fonction spécifique lorsqu'elle est pensée comme un élément intégré au sein des principes de droit processuel déjà existants. Composante du fondement des droits de la défense, le principe général de loyauté devient son correctif dans les situations marginales où sa finalité protectrice est dévoyée par l'un des plaideurs. Il s'impose alors comme un principe autonome en assurant une saine et réelle contradiction pour un supplément de fraternité dans le procès. De plus, son unité notionnelle et sa souplesse en font une source d'égalité dans le procès tant par sa faculté à suppléer les risques créés par la déformalisation de certains contentieux que par la réponse apportée à l'asymétrie institutionnelle caractéristique de certains contentieux tel le contentieux administratif.

Le principe général de loyauté revêt également une fonction spécifique lorsqu'il est pensé comme instrument de mise en cohérence des différents réseaux systémiques internationaux, en concurrence croissante avec le droit processuel interne. Le principe général de loyauté de droit interne joue un rôle central dans sa participation au nouveau langage du droit. Il assure par son caractère de norme souple que d'aucuns diront floue, un dialogue, au sens premier d'échange réciproque avec le droit européen qui constitue aujourd'hui une source majeure du droit processuel interne. Le principe général de loyauté insuffle la vertu de justice dans le droit interne et une utilisation modérée de la procéduralisation comme processus de légitimation de la décision. Grâce à une réelle force de proposition le droit processuel interne rejoint une recherche qualitative de la Justice propre à la démarche européenne et offrant aux justiciables une réelle sécurité juridique.

# Droit, science et vérité

*Gaëlle Deharo*

Le 20 décembre 2002, Mme Gaëlle Deharo a soutenu à l'Université Paris I une thèse intitulée *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*. Le jury, présidé par Mme le Professeur Labrusse-Riou (Université Paris I) et composé de MM. les professeurs Allix (Paris XI), Lagarde (Cergy-Pontoise), avec pour rapporteurs, MM. les professeurs Jeuland (Paris XI) et Cadiet (Paris I), a examiné un travail novateur consacré à l'étude systématique des articulations des logiques scientifique et judiciaire dans l'activité juridictionnelle. Dans cette perspective, il a apprécié l'évaluation respective des potentialités informatives de la science au cœur de la procédure et de l'assimilation, par l'activité scientifique, des impératifs procéduraux.

S'il est classique d'opposer vérité judiciaire et vérité scientifique à propos de cas d'espèces, peu de réflexions générales ont été, jusqu'à ce jour, consacrées à l'analyse systématique de l'articulation entre ces deux catégories. Une telle démarche révèle d'emblée l'ascension simultanée de deux modèles, pourtant souvent considérés comme inconciliables.

Le premier correspond à un modèle scientifique de l'activité judiciaire traduisant l'adoption par le droit de la rationalité scientifique ; le second est un modèle procédural de l'activité scientifique répondant aux nécessaires adaptations engendrées par l'intégration d'une activité extrinsèque dans une procédure judiciaire.

#### *Deux vérités indépendantes*

Sur ce fondement, il devient possible de se détacher du carcan des catégories juridiques traditionnellement avancées pour rendre compte des relations entre le droit et la science. Une approche systématique et généralisée de la question permet, en effet, de prendre la réelle mesure de l'influence que la vérité scientifique exerce sur le processus décisionnel du magistrat : comment, en effet, celui-ci parvient-il à la décision juridictionnelle à partir de conclusions scientifiques qu'il ne maîtrise pas ? L'analyse de la question passe, à la fois, par un examen minutieux des fondements théoriques qui permettent d'éclairer les relations de la science et du droit et des pratiques judiciaires qui éprouvent ces

fondements à la réalité des espèces.

Le processus décisionnel des magistrats connaît actuellement une mutation importante reposant sur l'acquisition d'une véritable gestion judiciaire du savoir scientifique. Le juge a su intégrer le savoir scientifique dans son discours et l'asservir à la constitution d'une vérité judiciaire. L'étude du processus décisionnel a révélé une instrumentalisation du savoir par la rhétorique judiciaire : le juge ne se contente pas de conclure à partir d'éléments de décision qui s'imposeraient irréfutablement à lui, ce qui aurait pour effet, à long terme, de conduire au remplacement du juge par l'expert dans les procès dits "techniques". Au contraire, le juge décide de la solution socialement souhaitable en fonction de sa propre conception de la justice. Il faut donc affirmer l'indépendance de la vérité judiciaire par rapport à la vérité scientifique.

#### *Procéduralisation de la science*

Tout le processus judiciaire décisionnel consiste alors à construire cette vérité judiciaire à partir d'un syllogisme "à l'envers" menant à cette "solution socialement souhaitable" que le juge doit justifier. Moins qu'un élément de décision, la vérité scientifique se définit dans cette perspective comme un élément de légitimation. Il importe, dès lors, de déterminer selon quelle méthode le juge peut se défaire d'un savoir qui s'impose à lui comme une vérité parce qu'il n'en maîtrise pas le processus d'élaboration. Au-



delà de la scientificité du droit, l'évolution contemporaine du processus juridictionnel est caractérisée par la procéduralisation de la science qui permet au juge de conserver et d'exercer un pouvoir sur l'activité scientifique en admettant ou en rejetant ses conclusions sur des fondements procéduraux.

Cette procéduralisation de l'activité scientifique engendre différentes conséquences.

Il faut, dans un premier temps, souligner une évolution de la place de la vérité scientifique dans le droit. Elle ne se cantonne plus à la fonction probatoire qui lui est généralement assignée : si elle est, en principe, une ressource informationnelle à la disposition du juge, elle tend également à devenir, dans certains cas, une information contraignante imposée au juge dans le processus décisionnel et écartant toute liberté d'appréciation.

Le constat s'est ensuite imposé, que la processualisation de la vérité scientifique impliquait l'application de principes directeurs de la phase technique. Deux catégories de règles exogènes au secteur scientifique s'imposent en effet au technicien comme au juge en raison du contexte juridictionnel de l'activité scientifique exercée :

- **les principes directeurs de la phase technique** se déclinent en deux principes : l'accomplissement personnel de la mission par le technicien et l'indépendance de celui-ci qui recouvre l'impartialité, l'objectivité et le désintéressement du technicien.
- **les principes directeurs applicables à la phase technique** : le cadre processuel imposé à l'activité scientifique justifie que les caractéristiques de la phase technique ne soient pas identiques en matière civile et pénale. Les principes directeurs des procès civil et pénal s'imposent distinctement au technicien, bien que les différences tendent à s'estomper sous l'influence du droit européen et du modèle universel du procès équitable.

Enfin, la processualisation de la phase technique conduit à imposer deux règles de fond, relevant des conditions

de pertinence et de nécessité du recours à la vérité scientifique.

La vérité scientifique ne doit pas être analysée comme un élément décisionnel objectivement contraignant pour le juge ; son intégration dans la rhétorique discursive et le processus argumentaire permet en effet de relativiser la force de la vérité scientifique. Les conclusions des techniciens ne sont plus, dans le procès, des savoirs objectifs contraignants, mais des éléments du débat également discutés par les parties. S'est ainsi révélée une structure rationnelle complexe de la pensée judiciaire qui cherche, avant la vérité, l'irréfutabilité révélant la légitimité de la vérité judiciaire. Pour cette raison, en la forme, le développement contemporain de la pensée judiciaire se caractérise par l'adoption du modèle de pensée scientifique permettant au juge de justifier la conclusion de son raisonnement par le recours à la logique et au syllogisme.

# Droit et changement social

Unité mixte de recherche  
CNRS Université de Nantes

*Jean-Pierre Le Crom*  
Directeur de recherche au CNRS,  
Directeur du laboratoire

La recherche en droit est traditionnellement marquée par l'absence de véritable travail collectif et la soumission à des préoccupations d'ordre pratique. Si ce constat bien connu reste pertinent à bien des égards, il doit cependant être relativisé. Historiquement, le travail individuel s'est accompagné d'une dimension collective organisée autour des principales revues et associations par branches du droit. Par ailleurs, la situation a beaucoup évolué. La demande croissante des sciences sociales, l'organisation même de la recherche, avec le développement des sciences juridiques au sein du CNRS, la création des écoles doctorales ou des Maisons des sciences de l'Homme, ont amené un nombre de plus en plus grand de juristes à dialoguer avec leurs collègues, à l'intérieur comme à l'extérieur des Facultés de Droit.

*Le rôle du droit dans les transformations de la société*

Depuis sa création, *Droit et changement social* entend participer à cette évolution nécessaire vers le travail collectif de laboratoire avec une approche qui lui est propre. L'objectif était (et reste) de comprendre le rôle du phénomène juridique dans les transformations de la société contemporaine. Il implique de dépasser le pur positivisme, qui conduit à considérer le droit comme un objet clos, de même que le sociologisme, qui n'envisage le

droit que comme le reflet de déterminants externes. En cherchant à dépasser la traditionnelle distinction entre perspectives interne (la recherche en droit) et externe (la recherche sur le droit), il s'inscrit pleinement dans les objectifs stratégiques du CNRS en matière de recherche juridique. Cette posture exigeante nécessite de travailler sur trois dimensions. La première est celle de l'analyse dogmatique des règles, de leur mise en ordre, qui constitue le travail propre du juriste. Il s'agit là d'une condition indispensable à toute réflexion générale.

La seconde est celle de l'intradisciplinarité. Sous ce terme, nous entendons une attitude qui consiste à réinterroger la valeur heuristique des catégories constituées et du découpage sous-disciplinaire qui en est la conséquence. Le formalisme de ce découpage est aujourd'hui remis en cause sous un double aspect. Il s'agit, en premier lieu, de l'intrication croissante entre disciplines. La pénétration du droit privé dans les relations sociales des entreprises publiques, celle du droit du travail dans le droit des sociétés sous l'influence des théories de la *corporate governance* sont, de ce point de vue, des exemples topiques de ce que *Droit et changement social* entend interroger. En second lieu, il est remis en cause par l'influence profonde des manières de penser la place du contrat dans la société française.

La troisième dimension est celle de l'interdisciplinarité. Depuis sa création, *Droit et changement social* rassemble, à côté des juristes "positivistes", des historiens (du droit) mais aussi des sociologues et un politiste. La création de la Maison des sciences de l'Homme Ange-Guépin, dans laquelle le laboratoire a joué (et continue à jouer) un rôle prépondérant, a permis d'approfondir les liens avec d'autres disciplines des Sciences de l'Homme et de la Société (ou des Sciences de la Vie) représentées dans la Maison et de mener à bien des travaux novateurs, tant sur le plan des objets d'étude que des méthodes adoptées.

*Croiser les approches... sous le regard du droit*

Equipe associée au CNRS depuis 1984, devenue unité mixte de recherche (CNRS-université de Nantes) en



2000, *Droit et changement social* est un laboratoire composé de 4 chercheurs CNRS, 36 enseignants-chercheurs dont 8 exercent leurs fonctions d'enseignement dans d'autres universités que celle de Nantes, 53 doctorants, aidés dans leurs travaux par une secrétaire-gestionnaire, une ingénieure de recherche et une ingénieure d'étude. *Droit et changement social* est également associé au Centre d'études et de recherches sur les qualifications (CEREQ) où deux chargées d'études assistent l'équipe d'animation composée de deux sociologues et de deux juristes.

*Droit et changement social* est organisé en 4 équipes (ou axes). La première s'intéresse au travail. Ces dernières années, les recherches ont principalement porté sur les transformations du travail et le devenir du droit du travail en Europe, l'évolution des frontières du travail salarié, notamment entre public et privé, le concept de subordination, l'évolution du droit de la représentation du personnel. Des postes d'observation ont été constitués dans les domaines du droit maritime, du droit sportif et du droit des transports terrestres pour servir de "vigies" sur les conséquences juridiques de la mondialisation. Aujourd'hui, avec l'arrivée de nouveaux chercheurs, les travaux s'orientent d'une part sur le thème des formations, certifications et qualifications et, d'autre part, sur l'examen des situations de transition qui permettent à un travailleur de passer d'un "état professionnel" à un autre. La réflexion menée sur l'état professionnel des personnes se poursuit par des travaux plus ciblés. Une attention accrue est portée à la question des modes de représentation collective dans

une perspective comparatiste. De nombreuses questions se posent aujourd'hui en effet en droit syndical, avec l'émergence du principe majoritaire, le déplacement des niveaux pertinents de représentation, les procédures référendaires dans l'entreprise ou le rôle nouveau joué par certaines associations dans les relations du travail.

La deuxième équipe est regroupée autour des thèmes *Risques, Solidarités et Responsabilités*. Le thème des solidarités est déjà ancien. Il a notamment donné lieu à plusieurs ouvrages consacrés à la période de Vichy, à la publication d'une revue consacrée à l'histoire des accidents du travail et à de nombreux travaux de droit positif ou d'histoire dans le domaine de la protection sociale. Le programme élaboré en 2002 prévoit d'élargir la perspective en favorisant les recherches conjointes ou communes des spécialistes de droit de la protection sociale, des civilistes et de certains historiens du droit sur la question des risques. Parallèlement des travaux sont en cours sur l'histoire de l'humain.

La troisième équipe est regroupée autour du thème de la justice pénale. La période récente a fait l'objet d'initiati-

ves (colloques, publications) sur les thèmes de la justice pénale internationale, la criminologie clinique, le droit des mineurs, la question de la peine, la défense pénale. Par ailleurs, l'équipe des pénalistes a manifesté une forte activité contractuelle, notamment avec le GIP *Mission de recherche Droit et Justice*. Les contrats ont porté sur la connaissance des populations prises en charge dans le cadre des mesures de milieu ouvert, les nouvelles formes du parquet et le harcèlement sexuel dans les relations de travail (contrat avec le secrétariat d'Etat aux droits des femmes). Actuellement trois autres contrats sont en cours de réalisation. Il s'agit d'une étude sur la participation des citoyens à la fonction de juger, d'une première évaluation de la composition pénale et d'une réponse à l'appel d'offres *Amnistie, prescription et grâce en Europe*. D'autres travaux sont également prévus sur l'évolution du procès pénal et l'exécution des sanctions.

Enfin, deux programmes transversaux ont été initiés. Le premier porte sur les nouvelles normes dites de "bonne gouvernance" (labels, certificats, chartes, etc.) dont la juridicité pose question. Certaines évolutions invitent en effet à se demander, d'une part, si ces phénomènes tra-

duisent une transformation réelle des modes d'élaboration de la règle de droit et, d'autre part, dans quelle mesure des agents économiques privés disposent ainsi d'un véritable pouvoir normatif leur permettant de contrôler et d'organiser non seulement les marchés mais aussi les rapports sociaux.

Le second, conduit avec l'équipe d'anthropologie dogmatique de la Maison des sciences de l'Homme de Paris, cherche à décentrer le regard porté sur trois catégories juridiques fondamentales : la personne, la responsabilité, la solidarité. Il s'agit de mettre en question ces catégories fondatrices par un pas de côté historique et comparatif, en l'occurrence africain, permettant de nous engager dans un rapport méthodique et réflexif à nous-mêmes.

Décentrer le regard, croiser les approches, diversifier les points de vue tout en restant nous-mêmes des juristes : ainsi peut se résumer l'ambition d'un laboratoire qui entend participer pleinement à la réflexion sur l'évolution du droit au service de l'Homme.

Trois contrats de recherche commandités par la Mission de recherche – seule ou en partenariat – sont actuellement en cours d'exécution par des chercheurs liés à "Droit et changement social".

- **Une première évaluation de la composition pénale**  
Jean Danet et Sylvie Grunvald (remise prévue fin 2003)
- **La participation des citoyens à la fonction de juger**  
Philippe Pouget, Marie-Clet Desdevises et Soizic Lorvellec (remise prévue en 2004)
- **Amnistie, prescription et grâce en Europe.**  
Jean Danet, Martine Herzog et Sylvie Grunvald (remise prévue en 2005)

# Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe

*Hugues Fulchiron  
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Centre de droit de la famille*

Comment sont appliqués les textes mis en place depuis 1980 pour répondre aux situations d'enlèvements "transfrontaliers" d'enfants à l'occasion de conflits de couples binationaux européens et quelles sont les causes des blocages et des incompréhensions qui demeurent au sein même de l'Union européenne ?

Pour répondre à ces interrogations, la Mission de recherche Droit et Justice et la Commission des Communautés européennes (CCE) ont apporté leur soutien à l'enquête menée au cours de l'année 2002 par le Centre de droit de la famille (Université Jean Moulin Lyon 3), sous la direction du professeur Hugues Fulchiron.

Cinq pays (Allemagne, Espagne, France, Grande-Bretagne et Pologne) ont été étudiés dans une double approche associant des entretiens avec les différents acteurs de la protection de l'enfant et une étude de dossiers judiciaires (soit 573 dossiers dont 434 relatifs aux déplacements illicites et 139 au droit de visite).

L'actualité se fait régulièrement l'écho des drames engendrés par la séparation des couples, lorsque l'enfant devient l'enjeu et la victime du conflit qui oppose son père et sa mère. Le problème est plus douloureux encore lorsque la frontière est utilisée comme une arme par l'un des parents. Dans l'opinion publique, ces questions sont en général vivement ressenties. A des réactions parfois "nationalistes", se mêle un sentiment d'incompréhension : comment dans une Europe où circulent librement les personnes et les biens, une frontière peut-elle devenir un obstacle aux relations entre parents et enfants ? Comment, à l'heure de la monnaie unique, peut-on admettre que les juridictions des Etats membres prennent des décisions strictement opposées, au risque d'inciter l'un

des parents à tenter un coup de force pour se placer ensuite sous la protection de "ses" juges ?

Pour lutter contre ce fléau, se sont développés un certain nombre d'instruments internationaux, de source et de portée diverses. Deux d'entre eux sont spécifiquement consacrés à la question : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants. Toutes deux ont pour objectif le respect du droit de garde par le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle, ainsi que la protection



du droit de visite, corollaire naturel du droit de garde. Toutes deux ont été conclues en 1980 et sont entrées en vigueur en France en 1983.

#### *Une entraide efficace mais améliorable*

L'enquête réalisée pour la Mission de recherche Droit et Justice et la CCE révèle une véritable volonté de coopération entre les acteurs de la protection internationale de l'enfance. Elle dément, ainsi, les accusations de nationalisme et de refus de collaboration trop souvent lancées, notamment à l'occasion d'affaires très médiatisées. Certes, les problèmes juridiques et humains posés par ce type d'affaire ne peuvent être niés. Ils présentent souvent une réelle complexité et il serait illusoire de prétendre les résoudre en un trait de temps : les mentalités, comme les systèmes juridiques, doivent encore évoluer pour assurer une meilleure entraide judiciaire entre les Etats et une application, sincère et constructive, des instruments internationaux existant. Tout au plus peut-on souhaiter que, dans un espace européen unifié, disparaissent les obstacles de nature strictement juridique à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale et en matière de retour immédiat. L'adoption annoncée d'un règlement communautaire consacré à ces questions (déjà dénommé règlement "Bruxelles II bis") devrait aller en ce sens. Quant aux divergences plus profondes, liées parfois à la conception même de la famille, du rôle de l'Etat et du juge et, surtout, à la conception et à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, elles devraient s'estomper dès lors que l'on acceptera de ne plus raisonner en termes d'intérêt de l'enfant (qui reste bien évidemment la considération essentielle en la matière, mais par laquelle passent trop de données subjectives et culturelles), mais en termes de droits de l'enfant.

L'enquête montre également que des accords ou des solutions amiables sont possibles. Certains Etats sont en pointe dans cette voie et tentent, ainsi, de mettre fin à la vision exclusivement contentieuse des problèmes ; cette vision s'expliquant par le retentissement inter-

national de certaines affaires et les difficultés quasi insurmontables auxquelles les parents se heurtent parfois. Dans cette perspective, le renforcement des instruments de coopération (car les accords sont parfois obtenus parce que les parents savent que les autorités administratives et judiciaires veillent au respect du droit) paraît indispensable, tout comme le développement des expériences de médiation internationale.

Pour autant de réelles difficultés demeurent. L'objectif le plus raisonnable, en la matière, serait que les questions liées aux enlèvements d'enfants dans l'espace européen ne posent pas plus de difficultés sur le plan judiciaire que les enlèvements d'enfants au sein d'un Etat-membre.

#### *Des pistes pour demain ?*

L'étude approfondie des pratiques administratives et judiciaires, les entretiens réalisés avec les acteurs de la protection internationale de l'enfance (magistrats, avocats, travailleurs sociaux...) ont amené l'équipe de recherche à formuler des propositions théoriques et pratiques qui s'organisent autour de dix grands principes.

#### **1. Assurer la formation :**

- Formation des magistrats, des avocats, des travailleurs sociaux et, plus généralement, de tous les acteurs de la protection internationale de l'enfance.
- Formation en droit international, en droit communautaire et en droit comparé.
- Formations nationales, mais aussi formations internationales par le biais de séminaires, colloques ou journées de travail, permettant contacts et échanges entre les différents intervenants.

#### **2. Développer l'information :**

- Information des acteurs de la protection internationale de l'enfance.
- Information des parents victimes d'enlèvements, par le biais des associations, des Autorités centrales ou d'organismes internationaux tels que la Conférence de droit international privé de La Haye.

- Information par la constitution d'un fonds documentaire de droit interne, de droit international et de droit comparé relatif aux enlèvements internationaux.

#### **3. Renforcer la spécialisation :**

- Spécialisation procédurale, par la spécialisation des juridictions chargées de traiter les litiges familiaux internationaux.
- Création de services sociaux spécialisés auprès des juridictions chargées des affaires de déplacements illicites.
- Spécialisation des différents acteurs de la protection et, notamment, des avocats et des travailleurs sociaux chargés des affaires de déplacement illicite.

#### **4. Favoriser les contacts directs :**

- Contacts directs entre les magistrats, avec la coopération des magistrats de liaison et le soutien du réseau judiciaire européen créé dans le cadre de l'Union européenne.
- Contacts directs entre l'ensemble des acteurs de la protection, par le biais de stages en juridiction, de rencontres et de séminaires internationaux.

#### **5. Encourager les modes de règlement amiable des litiges :**

- Développer la médiation (médiation dans le cadre du litige, structure de médiation internationale, création d'un référé médiation).
- Donner plus de place aux accords des parents dans le règlement du litige et l'aménagement de la situation.
- Favoriser les accords judiciaires sur le modèle des ordonnances miroirs et des *undertaking*.

#### **6. Aménager les modalités du retour de l'enfant**

- Aménagement juridique et pratique du retour volontaire ou ordonné par le juge grâce à la coopération entre autorités judiciaires et administratives des pays concernés.
- Garantie du respect des accords passés entre les parents et des engagements pris par eux.

## 7. Garantir les relations personnelles entre l'enfant et chacun de ses parents

- Reconnaissance de principe de droits de visites, y compris transfrontières, sauf circonstances exceptionnelles, avant le déplacement, après le déplacement, et pendant la procédure relative au retour de l'enfant.
- Amélioration des règles internationales par la négociation de nouveaux textes ou l'élaboration de guides de bonnes pratiques (cf. l'œuvre entreprise par la Conférence de droit international privé de La Haye).

## 8. Mieux respecter les droits de l'enfant

- Droit de l'enfant à être entendu dans les procédures administratives ou judiciaires relatives au déplacement illicite et, plus généralement, aux modalités d'exercice de la responsabilité parentale.
- Droit de l'enfant à être représenté dans les procédures relatives aux enlèvements et aux droits de visite.

## 9. Supprimer les obstacles à la reconnaissance et à l'exécution des décisions relatives à la responsabilité parentale

- Mise en œuvre concertée des nouveaux instruments internationaux élaborés dans le cadre de l'Union européenne et de la Conférence de droit international privé de La Haye.
- Réformes du droit et des procédures internes afin de faciliter l'exécution des décisions nationales et des décisions internationales relatives à la responsabilité parentale.

## 10. Assumer la prise en charge des frais relatifs aux procédures liées aux déplacements illicites

- Réforme des systèmes nationaux d'aides judiciaires.
- Création d'un système de prise en charge internationale des frais entraînés par les procédures relatives aux enlèvements d'enfants, dans le cadre notamment de l'harmonisation en cours de l'aide judiciaire au sein de l'Union européenne.

### CONVERGENCES ET DIVERGENCES DES SYSTÈMES : L'EXEMPLE DE L'AUDITION DE L'ENFANT

Si l'enquête a permis de dégager un certain nombre de convergences, elle a aussi mis en lumière quelques divergences liées, en profondeur, à des différences de culture et de tradition juridiques. La question de l'audition de l'enfant, est, de ce point de vue, tout à fait caractéristique. Elle est particulièrement importante car, selon l'article 13 de la Convention de La Haye du 25 octobre, le retour de l'enfant peut être refusé, à titre exceptionnel, lorsque l'autorité judiciaire ou administrative constate que l'enfant "s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion".

Pour les magistrats allemands, il est presque inconcevable que le juge n'entende pas lui-même l'enfant : la parole de l'enfant ne doit pas être filtrée par un intermédiaire. Ils estiment que les auditions réalisées par un tiers, un travailleur social ou un membre de l'Office pour la jeunesse notamment, ne peuvent remplacer l'intérêt d'une audition directe. De façon générale, l'audition de l'enfant tient une place fondamentale dans le système juridique allemand. Dans deux décisions des 29 octobre 1998 et 14 août 2001, la Cour constitutionnelle allemande a rappelé que l'audition de l'enfant et la défense de ses intérêts, notamment dans

le cadre d'une procédure engagée sur le fondement de la Convention de La Haye, sont des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale. En particulier, le droit de l'enfant à être entendu par un juge est fondé sur les articles 2 I et 1 I de la Loi fondamentale, relatifs au principe général de la personnalité et de la dignité humaine.

Pour les juges anglais, au contraire, l'audition directe n'est guère envisageable, sauf circonstances exceptionnelles. En principe, il est fait appel à un tiers (travailleurs sociaux, psychologue, service spécialisé) chargé d'entendre l'enfant et de retranscrire sa parole.

Quant aux juges français, s'ils semblent très attachés au respect des droits de l'enfant, il semble qu'ils n'usent de l'audition de l'enfant qu'avec parcimonie... au nom même de l'intérêt de l'enfant.

La question est d'autant plus délicate qu'une décision qui serait prise sans que l'enfant ait été entendu risque de ne pas être reconnue dans un pays comme l'Allemagne, car contraire aux droits fondamentaux. Du moins les raisons de l'absence d'audition devraient-elle être motivées avec le plus grand soin par le juge étranger.

## EN ANGLETERRE : SPÉCIALISATION ET CENTRALISATION

*Propos recueillis  
par Hugues Fulchiron*

*L'Angleterre est souvent citée en exemple pour la rapidité et l'efficacité des ses procédures en matière d'enlèvements d'enfants. Le contentieux est, en pratique, concentré entre les mains de quelques magistrats spécialisés aux pouvoirs très étendus qui connaissent parfaitement l'esprit et la lettre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.*

*Un de ces magistrats, The Honorable Mr Justice Peter Singer, juge à la High court, Family Division, Royal courts of Justice, London, témoigne ici de son expérience.*

**Question : Mr Justice Singer, vous connaissez bien la question des enlèvements internationaux d'enfants. Quel est le déroulement d'une affaire type ?**

**Peter Singer :** Comme de nombreux Etats, l'Angleterre est liée par différentes conventions internationales – notamment celles de La Haye et de Luxembourg de 1980. Ces dernières sont en vigueur chez nous depuis le 1<sup>er</sup> août 1986 et sont regroupées dans un seul et unique texte : le *Child Abduction and Custody Act 1985* qui est complété par différents *Statutory Instruments*. Pour ces deux conventions, l'Autorité centrale comprend deux personnes et demie qui travaillent au bureau du *Official Solicitor* à Londres et exercent cette fonction pour l'Angleterre et le Pays de Galle (mais pas pour l'Ecosse ni pour l'Irlande du Nord qui ont chacune sa propre Autorité centrale). Dès qu'une demande arrive auprès du *Official Solicitor* en tant qu'Autorité centrale, un *solicitor* est chargé de l'affaire et il peut saisir immédiatement le juge afin que ce dernier prenne toutes les mesures nécessaires pour "stabiliser" l'enfant (par exemple une mise sous tutelle – qui est très différente de votre

conception – ou une procédure de *Port Alert* qui permet l'interception de l'enfant à la frontière). Cela se déroule sur une journée. Les ministères, les administrations sont alors tenus de prêter leur concours, par exemple, à la recherche de l'enfant. La Cour peut aussi autoriser un de ces officiers, un *Cafca's*, à procéder à ces recherches, au besoin à l'aide des forces de police, et si quelqu'un résiste, refuse de coopérer, il peut être arrêté immédiatement et convoqué. Par son refus, il risque un *Contempt of Court* qui peut le conduire en prison. Une fois que l'enfant est trouvé, 7 jours plus tard une nouvelle audience est prévue qui doit permettre au parent responsable de l'enlèvement de s'expliquer. Si à l'issue de cette audience, les données sont suffisamment claires, le juge va fixer la date de l'audience finale où les parties, par le biais des *Barristers*, mais aussi d'experts, vont s'expliquer. Et le juge prononce son jugement, 9 fois sur 10, sur le champ et oralement.

**Question : Le système anglais est réputé pour son efficacité. Quelles en sont, selon vous, les raisons ?**

**Peter Singer :** A mon avis, l'efficacité procède de la centralisation et de la spécialisation. Ainsi, les demandes de retour se trouvent exclusivement sous la juridiction de la *Family Division of the High Court* qui regroupe 18 juges compétents pour les procès familiaux les plus complexes. Alors que traditionnellement ces 18 juges voyagent pour siéger un peu partout en Angleterre et au Pays de Galle, les affaires d'enlèvements d'enfants sont traitées exclusivement à Londres où il existe des *Solicitors* et des *Barristers* spécialisés en cette matière (et rappelons que l'aide judiciaire est de droit dans ces cas). Ainsi, ces juges et ces juristes connaissent très bien ce qu'est un *Hague Application*. Or si l'on sait que les juges en Angleterre sont choisis parmi des *Barristers* et des *Solicitors* qui ont déjà une grande expérience, aussi bien de la vie que du droit, on comprend mieux cette spécialisation possible. Et encore, je dois signaler qu'à mon avis, l'âge minimum de 45 ans pour devenir juge chez nous est encore trop précocité...

**Question : Concrètement, comment cela se traduit-il ?**

**Peter Singer :** Si je prends certains chiffres en ma possession, je constate que dans 41 % des cas où les juridictions sont saisies, l'affaire est terminée en moins de 4 semaines. A 12 semaines, le taux passe à 87 %. Quelques cas vont au-delà. Et je précise que dans ces chiffres l'appel est inclus... Je vous rappelle que l'article 11 de la Convention reconnaît que 6 semaines, c'est déjà trop long. Nous accordons une grande priorité au caractère international des obligations imposées par la Convention. Par ailleurs, et de manière là encore assez constante, les refus de retour immédiat sont exceptionnels puisqu'ils représentent environ 15 % des décisions. Et encore convient-il de préciser que parmi ces refus sont comptés non seulement les cas de refus sur le fondement des articles 12 et 13, mais aussi les hypothèses dans lesquels il n'était pas prouvé que l'enfant avait sa résidence habituelle dans le pays où il se trouvait immédiatement avant d'être déplacé.

**Question : cette dernière affirmation mérite explication...**

**Peter Singer :** Il faut bien comprendre que nous ne perdons jamais de vue le but qu'il faut viser pour bien arriver aux objectifs de la Convention de 1980. C'est vraiment une convention à thèse, dont la clef est une conviction : sauf dans des circonstances véritablement exceptionnelles, l'intérêt de l'enfant demande que ce soit les tribunaux de son pays de résidence habituelle qui prennent les décisions au sujet de la garde. Nous sommes alors convaincus que nos Cours ne devraient pas trop facilement trouver de "risque grave" d'être exposé à "un danger physique ou psychique" ou qu'un enfant sera soumis à "une situation intolérable". C'est peut-être cela, le "renvoi à l'anglaise" !

# Le droit de parler, l'injonction de se taire

Jean-François Laé  
Professeur de sociologie  
à l'Université Paris VIII Saint-Denis

Faut-il tout dire, au nom d'une exigence absolue de vérité et de transparence qui serait consubstantielle à la démocratie, ou ne pas tout dire, au nom de la nécessaire protection de la vie privée qui est un rempart contre le totalitarisme ? Cette alternative se pose dans de nombreux domaines de la vie sociale mais elle reçoit une illustration particulière en matière de justice.

Pour témoigner, dénoncer ou avouer, l'on croit généralement que le droit nous intime l'ordre de parler à tout prix et à tout moment. Or, ce même droit nous autorise, on le sait, à vivre aussi en toute intimité et confidentialité avec nos secrets. Le principe de l'inviolabilité du secret de la correspondance, par exemple, proclamé par les lois de 1789, est avancé comme une règle de haute moralité, touchant à l'ordre public, et qui ne peut être rompue qu'exceptionnellement en matière criminelle. Lorsque nous ouvrons notre journal, chaque affaire dévoilée/cachée soulève en nous accord ou désapprobation, parfois une incertitude embarrassée qui nous fait tourner la page. "Ça" parle, "ça" se tait, "ça" murmure et ces chuchotements nous interrogent. Mais pourquoi donc ? C'est que nous projetons sur ces affaires aux frontières du privé les lois discrètes de la

maison, qui nous apprennent à couvrir d'un voile pudique les paroles et les gestes "en écart" dont la publicité serait préjudiciable à la communauté des proches. Par cette menace intérieure, la règle du silence l'emporte.

## *Le droit à l'intimité*

Depuis longtemps, le droit écarte tous les témoignages des membres de la famille de l'inculpé. Vieux principe pénal : toute attache est entachée de mensonge potentiel inhérent à une "communauté affective". Tous les témoignages d'un proche au pénal sont interdits pour cause de collusion. Il en va de même du magistrat qui, s'il est lié au prévenu, doit se démettre. On sait qu'il en va tout autrement au civil, où les proches qui cosignent le contrat de mariage, la donation-partage, l'usufruit sont absolument indispensables : ils confirment l'entente sacrée :

l'intérêt bien compris de la famille.

A cette économie de parler ou de se taire, s'ajoute l'espace professionnel de l'intime investi par les psychiatres, les éducateurs et les psychologues. En l'enrichissant de significations nouvelles et en l'intégrant dans des systèmes de pensée articulés aux profondeurs symboliques, cette maison de l'âme est susceptible de modifier l'être qui s'y abandonne. Grâce au secret, le mal faire, l'immoralité, le stigmate et le malheur se délivrent. La séparation de la conscience et de la citoyenneté, la scission de la conviction libre et des actes soumis à la loi achèveront cette marche du secret. Ce qui nous trouble à la lecture des "affaires de mœurs", des affaires familiales qui se répandent dans la presse (de la pédophilie à l'agression sexuelle), c'est que nous sommes des habitants de trois maisons en dispute, celle du droit, celle de la famille, celle de la thérapie, avec chacune ses règles de silence. Nous sommes simultanément secoués entre l'ordre docile, apeuré, et celui du courage de dire l'offense à voix haute. Entre le père, le juge et le thérapeute, se dessinent trois mécanisme serrés où se distribuent les paroles (et ses silences) et dont on ne maîtrise pas toujours les effets et les conséquences. A quel saint se vouer, se demande-t-on ?

Revenons au droit. A l'abri des regards indiscrets, l'intimité est historiquement protégée par le droit de la propriété qui, par exemple, interdit aux voisins "d'ouvrir des vues sur la propriété" d'à-côté. L'intimité s'articule en droit à "la vue", une ouverture qui donne accès au voisin, à travers une longue histoire de la propriété-



té d'un bien matériel qui dressera un écran au regard des voisins. Cette propriété s'étendra, entre autres, à la correspondance, lettres privées et courrier. Beaucoup d'encre a coulé durant deux siècles pour protéger le secret des lettres, le droit à l'image de soi autant que la propriété littéraire<sup>1</sup>.

Fixée au corps, l'intimité l'est eu égard à l'individu et à sa famille, comme une zone "de possession de soi", tant qu'il n'est pas "mis à jour" dans ses déviances : ivresse ou attentat à la pudeur, mauvais soins ou personne en danger. Au civil ou au pénal, le corps est convoqué à chaque fois que ses mouvements déviants sont portés à la connaissance publique, une zone soumise à la "publique renommée". La "possession de soi" est une seconde propriété, au sens fort, une propriété corporelle, de ses gestes, du soin de soi et de sa famille.

Chevillée au secret, l'intimité l'est par ces deux genres de propriétés distincts et consacrés par le droit : la propriété privée et la propriété de soi. Cette frontière a été construite sur un socle dès le XVIII<sup>e</sup> siècle : un droit au secret de ses conduites, de ses paroles et de ses gestes. De sorte que la détention de secrets incarne ou est coextensive à la propriété privée et à la propriété de soi. Regardons cette ancienne notion de *jouissance* : en droit, elle relève de la possession d'un lieu, d'une terre, et dans le sens commun, elle indique une possession du corps, le plaisir ; comme si l'un supposait l'autre.

Possession d'un lieu et possession d'un corps à l'abri de la vue, l'homme privé se réalise par cette double puissance indispensable, une protection à la recherche de confiances. Parce que le secret est syno-

nyme de confiance, les sociabilités ne se confondent jamais avec la société ; parce qu'il se loge dans cette division historique du privé et du public, en soustrayant en quelque sorte des liens de l'ordre social, le secret joue à plein sur le registre de l'immunité, comme une sphère où les paroles et les actes n'ont pas de conséquences sociales. Les confidences scellent le sentiment de confiance.

#### *Genèse du secret*

Dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, l'Etat a concédé à l'individu des secrets légitimes qui lui sont indispensables pour consolider son sentiment de confiance, pour susciter en lui un "for intérieur" qui puisse augmenter son champ d'action en dehors ou au côté de l'ordre public<sup>2</sup>. Dans cette histoire, la dichotomie de l'homme en "simple particulier" et en "homme public" est constitutive de la genèse du secret. Les Lumières étendront peu à peu le "for intérieur", cette intime délibération protégée du domaine de l'Etat, qui resterait ainsi nécessairement enveloppée du voile du secret : s'appartenir rien qu'à soi-même suppose un mouvement d'émancipation vis-à-vis des sphères publiques et à l'intérieur même de l'intimité.

Une seconde conception introduit un préalable à toute formation d'une intimité continue : ce sont les supports économiques et sociaux qui font advenir un individu, la possession de biens qui le met hors de ces situations de dépendance. On ne peut être propriétaire de sa personne si l'on n'est pas propriétaire de biens, de régulations collectives et d'un travail socialisé. Par une pyramide de protections sociales, l'individu se soustrait à la subordination et se place

dans des ressources de type relationnel, culturel, économique. Sans cette armature historique, il n'y a point d'individu.

Et c'est là où les affaires journalistiques font mal. Elles font mal parce que l'intimité, l'attache personnelle, la parole attachée, les mouvements du corps s'enfouissent sous le regard juridique et sous celui du thérapeute. Les "affaires" brisent le silence, la règle du silence, la règle du "non dire", dont on sait qu'elles sont corrélatives d'un autre mécanisme, celui de l'énonciation : *Il faut que tu énonces tout, mais tu ne dois l'énoncer que dans certaines conditions, à l'intérieur d'un certain rituel et auprès d'une certaine personne bien déterminée.* souligne Michel Foucault (1999, Les Anormaux). Les paroles et les témoignages donnés par la presse sont, pour le moins, compressés par un mécanisme de pouvoir aménagé autour de cet aveu obligatoire et permanent : dire sa biographie, dire ses petites affaires privées et passées, dire ses pensées, dire ses fantasmes, dire son sexe, dire ses désirs inavoués, dire son corps morcelé... C'est ce "tout dire" qui est effrayant. Car à partir d'un fait, d'un seul événement, d'un seul geste, cette procédure implacable se déroulera pour parvenir à cette prise de corps totale : l'emprisonnement. Nous n'avons pas quitté ce socle impitoyable et féroce : faire de l'acte incriminé une saisie du corps total de l'individu, faire qu'il n'y ait plus rien à taire, tout dire, briser toutes les confiances, fracturer toutes les protections, abîmer les derniers ressorts de l'intimité. Voilà ce qui est insupportable dans les feuilletons journalistiques : ils naturalisent le pouvoir des verdicts

thérapeutiques, des sanctions morales définitives, degré supplémentaire d'un mécanisme qui ne cesse de jouer avec l'opprobre publique, la vindicte populaire.

1 - Je me permets de renvoyer au chapitre trois, "Les brouillons du divorce", dans Jean-François Laé, *L'ogre du Jugement*, Paris, Stock, 2001

2 - "Dans la mesure où l'homme, comme sujet, s'acquiesce de son devoir d'obéissance, le souverain se désintéresse de sa vie privée. Ce sera le point de départ spécifique des Lumières", nous dit Koselleck. Il ajoute : "La nécessité d'établir une paix durable incite l'Etat à concéder à l'individu un for intérieur qui diminue si peu la décision souveraine qu'il lui en devient au contraire indispensable". (Reinart Koselleck, *Le règne de la critique*, Paris, Minuit, 1979)

## TRAITÉ DE DROIT FRANÇAIS DES RELIGIONS

Francis Messner, Pierre-Henri Prélot et Jean-Marie Woehrling (dir.), Paris, Ed. Litec, 2003, 1317 pages, 99 €.

S'il n'était pas pleinement justifié par l'actualité du débat socio-politique sur la laïcité qu'il contribue à argumenter, ce traité le serait par sa capacité à combler une lacune profonde dans la littérature juridique : il n'existait en effet jusqu'à aujourd'hui aucun ouvrage présentant un exposé complet et raisonné du droit positif applicable aux activités et aux institutions religieuses sur le territoire national.

Fruit d'une démarche longue et érudite coordonnée par le centre *Société, Droit et Religion en Europe* de Strasbourg, ce volume réunit une quarantaine de contributions de juristes, historiens ou sociologues, chercheurs, enseignants ou praticiens du droit, partageant la conviction que l'expression juridique du principe de la laïcité n'exclut pas la prise en compte par le droit des religions en tant qu'institutions, des pratiques auxquelles leurs prescriptions conduisent les fidèles et des activités organisées en leur nom.

Dans une première partie les auteurs rappellent les principes fondamentaux des grandes religions pratiquées en France et les régimes (y compris celui, très particulier, du concordat en Alsace-Lorraine) qui sont accordés aux cultes reconnus mais aussi aux mouvements désignés comme "socialement controversés", les sectes.

Les auteurs s'attachent ensuite à préciser le cadre juridique international et constitutionnel dans lequel se structure le droit des religions puis abordent une série de questions thématiques au fil desquelles sont mises à contribution les différentes branches du droit privé et public. S'agissant de la garantie de la liberté religieuse, ils soulignent l'ampleur du champ juridique concerné, particulièrement en matière civile (famille, contrats, travail, patrimoine, protection sociale...) et administrative (gestion des lieux de culte). Des développements sont aussi consacrés aux rapports qu'entretiennent le droit pénal et la religion eu égard aux diverses infractions liées aux convictions de l'auteur comme à celles de la victime. Un dernier chapitre aborde la question de l'enseignement religieux et de la religion à l'école.

Au-delà de l'exposé des solutions du droit positif et de la réflexion critique qu'il porte sur l'état actuel du droit au regard de l'évolution contemporaine des pratiques religieuses, cet ouvrage fait apparaître le droit des religions comme une discipline à part entière dont il constitue la référence incontournable.

*Pierre Grelley*

## LA COUTUME JUDICIAIRE EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Régis Lafargue, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 3<sup>e</sup> trimestre 2003, 307 pages, 30 €.

Le droit qui s'applique en Nouvelle-Calédonie, issu de l'ordonnance du 15 octobre 1982 et de la loi du 13 juin 1989, prévoit la mise en œuvre du statut coutumier kanak.

Au plan civil les assesseurs "coutumiers" permettent aux juridictions de connaître le droit traditionnel mais, en matière pénale, toute reconnaissance d'une quelconque altérité se heurterait au principe constitutionnel d'égalité formelle des citoyens devant la loi. Une certaine ouverture des juridictions pénales calédoniennes sur leur environnement culturel est cependant réalisée par le biais d'une institution originale, la médiation pénale coutumière, concept qui n'a pas manqué d'alimenter un débat sur l'aménagement d'un statut pénal dérogatoire.

En analysant le fonctionnement de la "justice néo-calédonienne", l'auteur, magistrat ayant été en poste à Nouméa, évoque la reconnaissance d'un droit autochtone restituant partiellement aux mœurs leur primauté sur la loi et imposant des mécanismes adaptés pour son application. Parmi ceux-ci l'élaboration de règles de procédure permettant de tirer la coutume de sa confidentialité et de règles de fond s'inscrivant dans une logique de compromis entre le droit positif existant et la tradition orale qui affirme la prééminence du groupe sur l'individu.

*P.G.*



## LES SCIENCES DE GOUVERNEMENT

Olivier Ihl,  
Martine Kaluszynski  
et Gilles Pollet (dir.),  
Paris, Economica, coll.  
Etudes politiques, 2003,  
218 pages, 30 €.

Mobiliser des savoirs spécialisés et scientifiques pour la conduite des hommes et des choses, tel est le fondement que les pouvoirs politiques s'efforcent de mettre en place depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. La publication, aux éditions Economica, des actes d'un colloque tenu à Grenoble en 2000 vient rappeler et illustrer la démarche de cette science politique élaborée tout au long des deux derniers siècles. Des études sur la création d'une chaire de prose bureaucratique à Vienne sous la monarchie habsbourgeoise de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle ou sur la mise en place d'une police de la culture par la réforme du théâtre en Allemagne à cette époque, mettent en lumière les prémices des sciences du gouvernement.

Mais c'est au début du XX<sup>e</sup> siècle que des experts scientifiques – les juristes bien avant les sociologues ou les économistes – veulent consacrer leur science en la mettant au service du politique et en érigeant, en particulier, le droit en pierre angulaire de l'art politique. La société d'Etudes Législatives est exemplaire sur ce point.

Cette emprise va s'accroître tout au long de ce siècle comme le montre l'analyse des discours sur l'administration coloniale, sur les élections dont André Siegfried va se faire le chantre ou sur la propagande de l'entre-deux-guerres qui utilise largement la

science politique comparée. Des outils statistiques ou cartographiques vont accompagner de façon très pragmatique ce mouvement – bel exemple donné que celui de la mise en place de la surveillance des crues de la Loire – et permettre de tisser un réseau d'expertises qui, selon les auteurs, "apportera de la majesté au politique".

*Pierre Lenoël*

## L'HARMONISATION DES SANCTIONS PÉNALES EN EUROPE

Mireille Delmas-Marty,  
Geneviève Giudicelli-Delage  
et Elisabeth Lambert-  
Abdelgawad, (dir.),  
Paris, ed. Société de  
législation comparée, vol 5,  
2003, 592 pages, 48 €.

Cet ouvrage, issu d'une recherche (suivie d'un colloque) menée par l'équipe de l'UMR de Droit comparé de l'université de Paris I, avec le soutien de l'Union européenne et de la Mission de recherche Droit et Justice, démontre la nécessité et les difficultés d'harmoniser la détermination des sanctions pénales qui est traditionnellement ressentie comme faisant partie du noyau dur de la souveraineté étatique.

Les différents contributeurs se sont interrogés sur la faisabilité d'une telle démarche en étudiant les systèmes internes de sanctions pratiqués dans quatorze pays européens dont les rapports particuliers sont présentés dans la première partie de l'ouvrage. Ont été ainsi mises à jour des modalités d'incrimination, de responsabilité, de procédure et d'exécution des peines qui peuvent être rapprochées, à condition de pas privilégier la seule prise en compte des infractions particulièrement graves.

Au-delà de la faisabilité et des divergences d'application compatibles ou incompatibles entre les législations des Etats, les auteurs étudient l'opportunité et la légitimité d'une harmonisation qu'ils appellent de leurs vœux. Un premier pas serait la reconnaissance mutuelle des décisions pénales en Europe.

Mais il devrait être possible d'aller plus avant, en dessinant

des principes directeurs communs de sanction appuyés sur les idées philosophiques de justice et d'utilité qui renforceraient ainsi les garanties de l'Etat de droit.

*P.L.*

## LE CONTENTIEUX DE L'URGENCE ET L'URGENCE DANS LE CONTENTIEUX DEVANT LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES : REGARDS CROISÉS

Hélène Ruiz-Fabri  
et Jean-Marc Sorel (dir.),  
Paris, Pédone, 2003,  
210 pages, 20 €.

Comment traiter des procédures d'urgence devant les juridictions internationales lorsque le concept n'a pas fait l'objet d'une définition précise et que, bien que croissante et multiforme, la juridictionnalisation du droit international public est relativement faible, comme est, à priori, en ce domaine, relativement faible le mimétisme entre procédures internationales et internes ? La réponse est dans l'observation des mesures d'urgence (provisaires, conservatoires, suspensives) ordonnées par le juge ainsi que dans l'étude de la procédure de référé, précisément dans l'analyse des fonctions de telles mesures et de l'objet du différend.

Telle est la problématique mise en œuvre auprès d'une grande variété de juridictions internationales, qu'elles soient encore purement interétatiques ou, déjà, supra étatiques.

Il en ressort le constat de l'importance des techniques d'emprunts verticaux ou horizontaux entre les espaces normatifs.

La notion d'urgence trouve essentiellement sa traduction dans deux modalités : l'existence, soit de voies de recours spécifiques pour une situation d'urgence, soit de dispositions permettant l'accélération de la procédure ordinaire pour un motif d'urgence, la première modalité étant assez peu pré-

sente dans le contentieux pénal.

Dernier constat : il est difficile de trouver une définition uniforme de la procédure d'urgence, ce qui peut avoir pour conséquence son extension, voire sa dilution... Ultime question : la procédure d'urgence ne serait-elle pas, en raison du caractère obligatoire des mesures conservatoires, le sceau d'une véritable juridiction ?

A signaler, toujours sous la direction d'Hélène Ruiz-Fabri, l'ouvrage : *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs\**, qui soumet l'hypothèse de la migration des normes au test de l'étude de la notion de procès équitable (sa "traçabilité") à partir d'espaces normatifs différents mais présentant, tous, la qualité d'être ouverts.

*Georges Garioud*

\* Paris, Société de législation comparée, mai 2003, 290 pages, 35 €.

## LE GROUPE D'INFORMATION SUR LES PRISONS. ARCHIVES D'UNE LUTTE 1970-1972

Philippe Artières,  
Laurent Quéro, Michèle  
Zancarini-Fournel,  
Paris, Editions de l'IMEC,  
2003, 349 pages, 39 €.

La prison a longtemps été en France la face cachée de la justice. Ce n'est qu'à partir de l'été 1970, grâce à l'initiative d'un groupe militant réuni autour du philosophe Michel Foucault, qu'une faible lumière a commencé à pointer sur ce "continent noir". Pendant sa courte durée d'existence, le groupe d'information sur les prisons (GIP), composé d'universitaires, de médecins, de journalistes, d'avocats, de travailleurs sociaux et d'anciens détenus, s'est attaché à recueillir des témoignages et à organiser leur diffusion afin de "faire savoir" l'institution.

Le présent ouvrage réunit un grand nombre des archives liées à l'activité du mouvement jusqu'à la date de son auto-dissolution, en décembre 1972. Ces documents, de nature très variée (articles, tracts, photos, dessins, manuscrits...), sont présentés selon un classement thématique dont les catégories font l'objet de brefs commentaires qui les situent dans la démarche idéologique du GIP.

*P.G.*

## LA JUSTICE EN L'AN MIL

Association française pour l'histoire de la justice, Paris, La documentation française (coll. AFHJ n° 15), 301 pages, 23 €.

Pourquoi traiter de la justice en l'an mil ? La préoccupation ne relève pas du souci exotique d'ouvrir une parenthèse anachronique que l'an deux mil a mise à la mode. Au moment où la justice contemporaine se préoccupe des rapports qu'elle entretient avec l'Etat, sur fond d'indépendance entre les pouvoirs, et de ses liens avec l'opinion sur fond de débats avec les médias, il importe de remonter aux racines d'une histoire des fonctionnements judiciaires. Peu d'historiens s'y sont risqués. Il est vrai que la tâche est rude pour cet an mil pétri d'oralité. Les textes se dérobent et le droit y est traditionnellement décrit comme évanescant, tandis que pèse la main de Dieu.

Est-ce pour autant le règne de l'injustice et du désordre ? On a pu longtemps le croire. Une lecture nouvelle des institutions, des ordalies et de la vengeance permet de poser le problème autrement. Décrire comment se nouent les liens entre le législateur, le juge, les parties adverses et le public revient à comprendre comment, dès cette époque, la justice s'est affirmée à la fois comme un idéal et comme un besoin venu d'en bas, reconnu aux hommes libres.



## L'ENCADREMENT DES SOLIDARITÉS FAMILIALES INTERGÉNÉRATIONNELLES ASCENDANTES : INÉGALITÉS ET DISPARITÉS

Marie-Eve Joël (dir.), Laboratoire d'économie et de gestion des organisations de santé (LEGOS), Université Paris IX Dauphine, Mission de recherche Droit et Justice, juillet 2003, 128 pages.

Des juristes et économistes de l'université de Paris-Dauphine ont collaboré pour étudier le dispositif légal d'encadrement de la solidarité familiale des enfants vers les parents et sa mise en œuvre. Ce travail réalisé dans le cadre de l'appel d'offres "La parenté comme lieu de solidarités" proposé par la CNAF, la MIRE et la Mission, a juxtaposé, plus qu'il n'a fondu, deux approches distinctes.

Le volet juridique constitue la colonne vertébrale de ce rapport puisqu'il explore systématiquement l'encadrement juridique de la solidarité familiale ascendante par l'analyse à la fois des textes légaux (code civil, code de l'action sociale et des familles, code de la santé publique et de la sécurité sociale), de la jurisprudence des juridictions suprêmes et des juges du fond ainsi que de la doctrine existant sur ce champ d'étude.

Le volet économique vient en complément et à l'appui de cette approche juridique par une analyse empirique quantitative d'un aspect étroit de la mise en œuvre de la solidarité familiale ascendante : montrer comment la somme globale fixée par l'aide sociale au titre de la contribution des obligés alimentaires conditionne les sommes qui seront finalement fixées par les juges aux affaires familiales (JAF). Il a pour objectif, plus précisément, de révéler les déterminants effectifs des contributions demandées aux obligés et les critères éthiques implicitement mobilisés par les JAF. Bien que limité à un aspect de la mise en œuvre de la solidarité familiale, ce volet statistique et économique a néanmoins permis d'enrichir l'analyse juridique d'éléments quantitatifs tirés de l'exploitation statistique de 62 décisions concernant 305 obligés alimentaires, collectées auprès de juges aux affaires familiales de 5 Tribunaux de Grande Instance différents.

*Pierre Lenoël*

## SÉCURITÉ ET NOUVELLES TECHNOLOGIES : ÉVOLUTION COMPARÉE DANS CINQ PAYS EUROPÉENS DES PROCESSUS DE RECOURS AU PLACEMENT SOUS SURVEILLANCE ÉLECTRONIQUE

Martine Kaluszynski, Jean-Claude Froment, CERAT (Centre de recherche sur le politique, l'administration, la ville et le territoire), CERDAP (Centre d'études et de recherche sur le droit et l'administration publique), Mission de recherche Droit et Justice, mars 2003, 122 pages.

La loi du 19 décembre 1997 a institué en France la possibilité de recourir au placement sous surveillance électronique (PSE) des condamnés à une peine de prison. Cette disposition dont le principe et les modalités d'application ont été largement commentés dans notre pays depuis plus de dix ans n'est pourtant pas une exception française puisqu'une dizaine de pays l'ont adoptée dans le monde depuis 1983. Après un examen socio-historique des diverses logiques qui ont accompagné les processus politiques et administratifs d'adoption des dispositifs de PSE en Europe, cette recherche s'est attachée à caractériser les usages de ceux-ci (conditions de recours et de mise en œuvre) dans cinq Etats (Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne et Suisse) où la mesure revêt des degrés d'implantation et de développement différents.

L'hypothèse principale posée par les chercheurs est qu'à travers le développement des nouvelles technologies en la matière "s'opèrent différentes formes nationales de recombinaison de l'action de l'Etat, qu'il est important d'identifier et d'interroger dans un contexte marqué par une européanisation et une mondialisation de plus en plus importantes des problématiques pénales et de sécurité".

*Pierre Grelley*

## LES TRANSFORMATIONS DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PÉNALE, PERSPECTIVES COMPARÉES

Geneviève Giudicelli-Delage (dir.),  
Association de recherches pénales  
européennes (ARPE),  
Mission de recherche Droit et Justice,  
septembre 2003, 417 pages.

Issu d'un appel d'offres ayant pour thème "Les transformations de l'administration de la preuve pénale, approches et perspectives comparées", proposé par le Centre d'études et de prévision du Ministère de l'Intérieur, le Centre de prospective de la Gendarmerie Nationale et la Mission de recherche Droit et Justice, ce travail a été réalisé par l'Association de recherches pénales européennes de l'université de Paris I.

Deux grands axes structurent le rapport, l'un a trait aux principes généraux et aux transformations du droit de la preuve dans les différents pays analysés, l'autre, au travers de quelques domaines exemplaires comme la biologie, la cybernétique, la technologie de la surveillance, les procédures simplifiées ou le statut du témoin, inventorie les pratiques quotidiennes de ce droit.

Si la réalité première reste celle des droits internes, il n'en reste pas moins vrai que les systèmes juridiques s'empruntent mutuellement depuis longtemps et que cette tendance ne fait que se renforcer sous l'influence du droit international (particulièrement de la CEDH en Europe) et des mutations de la criminalité. Ces facteurs qui transcendent les spécificités nationales ont conduit tous les droits internes à répondre par des voies comparables en matière de preuve. Il reste que semblent se dessiner des "fractures futures communes" : si l'objectif affirmé du procès pénal est la vérité, il passe parfois au second plan, au nom de l'efficacité (célérité de la procédure, recherche d'une solution conciliant les intérêts de tous les participants au procès...). Selon les auteurs, ces objectifs parfois contradictoires laissent à penser que la tendance consistant à limiter le jeu de la légitimité à des garanties procédurales pourrait atteindre les droits de l'Homme dans leur existence.

*P.L.*

## LES INGÉNIEURS EXPERTS JUDICIAIRES

André Grelon, Françoise Chamozzi,  
Lise Mounier,  
LASMAS (Laboratoire d'analyse secondaire  
et de méthodes appliquées à la sociologie),  
CNRS, EHESS, Université de Caen,  
juillet 2003, 106 pages.

En France, moins d'un pour mille des ingénieurs diplômés en fonction (soit environ 400 personnes) exerçait en 2000 une activité d'expertise judiciaire. Cette recherche exploratoire de sociologie des professions s'est attachée à produire des connaissances nouvelles sur le groupe qu'ils constituent. Elle s'est intéressée successivement aux raisons du choix d'un tel rôle, aux conditions d'accès à la fonction, à la socio-démographie de ceux qui l'exercent, aux interactions entre leur vie professionnelle et leurs activités d'expertise judiciaire, au travail proprement dit qu'ils réalisent, dans ses relations avec les magistrats qui les mandatent et, finalement, à l'évaluation de cette activité à partir d'une appréciation des qualités qu'elle exige et des débats que suscite cette estimation.

L'étude soulève des questions importantes en termes de carrière, de professionnalité, de relations professionnelles et de rôle social mais aussi en termes d'éthique, d'orientation de valeurs. Elle repose à la fois sur des éléments objectifs (cadre juridique réglementant l'accès à la fonction, mode d'organisation des compagnies, déontologie...) et sur l'exploitation des témoignages de ceux qui exercent l'activité (experts judiciaires) et de ceux qui la sollicitent (magistrats).

*P.G.*

## RÉGULATION SOCIO-JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE : RECOMPOSITIONS LOCALES OU COMMUNAUTAIRES. UNE COMPARAISON CANADA-FRANCE

Francis Bailleau (dir.), GRASS (Groupe d'analyse du social et de la sociabilité), Mission de recherche Droit et Justice, août 2003, 185 pages.

Ce rapport rend compte des résultats de la seconde phase d'une recherche comparative financée par le Ministère Fédéral de la Justice au Canada, la DPJJ, la Mission de recherche Droit et Justice et la DIV, qui a impliqué pendant deux ans trois équipes, deux canadiennes : l'Université d'Ottawa, l'Université de Moncton et une française, le Groupe d'Analyse du social et de la sociabilité.

Au cours de la première phase du projet (2001-2002) a été produite une analyse des institutions socio-judiciaires de la jeunesse basée sur la description du fonctionnement et des relations entre les institutions, instances, agences, intervenants professionnels et bénévoles qui concourent à la régulation socio-judiciaire de la jeunesse dans chacune des quatre villes étudiées.

Durant la seconde phase (2002-2003), objet du présent rapport, la recherche s'est focalisée sur les jeunes, en les interrogeant sur leur expérience des dispositifs et leur manière de comprendre la trajectoire socio-judiciaire dans laquelle ils s'inscrivent. Cette approche a été comparée aux perceptions que le "système" se construit de leur parcours à partir de deux points d'accès : les documents constitutifs des dossiers institutionnels ainsi que les rapports des intervenants qui se chargent de l'aide et du contrôle du mineur.

Autour des notions d'itinéraire et de trajectoire, le rapport montre, de façon assez divergente entre les deux pays, les manières spécifiques dont les jeunes s'approprient leur histoire judiciaire, en miroir avec les perceptions qu'ont les intervenants de ces parcours et de leurs interventions.

*P.L.*

## ENQUÊTE EMPIRIQUE SUR LES GROUPES ET LES REGROUPEMENTS DES JEUNES DANS DEUX QUARTIERS PRIORITAIRES DE LA POLITIQUE DE LA VILLE

Francis Bailleau, Patrice Pattegay, Séverine Fontaine, Abdel Menzel, GRASS (Groupe d'analyse du social et de la sociabilité) IRESCO-CNRS, Mission de recherche Droit et Justice, septembre 2003, 172 pages.

"Le Chat" et "Le Poisson" sont deux quartiers de deux cités distinctes, désignés comme prioritaires de la politique de la ville.

Très différents l'un de l'autre par leurs caractéristiques socio-économiques, ils ont été investis, tour à tour, par un "couple hétérosexuel mixte" d'enquêteurs (une Française et un Algérien, respectivement sociologue et urbaniste) dont l'objectif était, à travers une démarche d'observation participante, de recueillir des données permettant, après comparaison et interprétation, de rendre compte des logiques qui parcourent et qui structurent les groupes et les regroupements de jeunes.

Au terme de deux mois de travail sur chacun de ces "terrains" ont pu être rassemblées un grand nombre de notations quant aux images, aux discours et aux attitudes que les jeunes ont bien voulu montrer ou donner d'eux mêmes.

Issues des journaux de terrain tenus par les chercheurs, ces données sont ici restituées selon un principe thématique qui favorise leur mise en regard mutuelle et permet d'évoquer certaines des difficultés méthodologiques rencontrées par les enquêteurs.

*P.G.*

## JEUNES FILLES ET GARÇONS DES QUARTIERS : UNE APPROCHE DES INJONCTIONS DE GENRE

Daniel Weltzer-Lang, Horia Kebabza,  
Association de recherches sociologiques  
et ethnologiques (Les Traboules),  
Mission de recherche Droit et Justice,  
septembre 2003, 169 pages.

Ce rapport a été réalisé dans le cadre d'un appel d'offres lancé par la Délégation Intermministérielle à la Ville (DIV) et la Mission de recherche Droit et Justice sur l'analyse des phénomènes de regroupement de jeunes dans les quartiers populaires. Une équipe de sociologues de l'université de Toulouse, en étroite coopération avec des travailleurs sociaux et des militants associatifs a mené une recherche dans les six quartiers constituant la principale zone d'habitat social de Toulouse. Des entretiens avec des jeunes filles et garçons âgés de seize à trente-six ans, majoritairement issus de l'immigration, ont amené les chercheurs à ne pas se focaliser sur les phénomènes de bandes de garçons, mais à produire une analyse croisée des rapports sociaux de sexe, lesquels revêtent des formes particulières dans les quartiers populaires.

La parole des interviewés, largement reproduite dans ce travail, fait apparaître une forte domination masculine tant dans la sphère familiale que dans l'espace public. Les jeunes filles, porteuses d'une *nature féminine* face à l'*identité virile* des garçons mettent toutefois en place des stratégies de résistances, de négociations, de compromis voire d'échappements, face à la surveillance mais aussi à l'insécurité et aux violences dont le viol collectif est l'archétype. Elles mettent ainsi en lumière une pluralité de parcours et de trajectoires, représentative de la façon dont évolue une population qui ne se reproduit pas à l'identique. Ces comportements, confortés par l'accès au politique et la relative réussite scolaire des filles, devraient, à terme, permettre une meilleure relation entre hommes et femmes.

*P.L.*

## LE DROIT DE L'EXÉCUTION DES PEINES, PROBLÈMES ET ENJEUX D'UNE DISCIPLINE JURIDIQUE EN FORMATION

Eric Péchillon, Martine Herzog-Evans,  
Université de Rennes I et Université  
de Nantes, Mission de recherche Droit  
et Justice, mai 2003, 311 pages.

Le droit applicable aux détenus est constitué actuellement de dispositions adoptées au fil du temps, plus en réponse à des situations particulières qu'à une réflexion d'ensemble sur la condition carcérale. S'il n'a pas (encore) acquis le statut d'une discipline juridique à part entière, le droit de l'exécution des peines possède toutefois tous les attributs indispensables à une telle reconnaissance.

Afin d'étayer cette affirmation, les chercheurs se sont appuyés sur une série d'observations du fonctionnement quotidien de l'institution carcérale dans plusieurs établissements pénitentiaires et sur l'examen, par une équipe associant des juristes de droit privé et de droit public, du mode d'application de deux textes (la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration et celle du 16 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes) qui se sont imposés à l'administration pénitentiaire.

Cette analyse "horizontale" des conditions d'émergence et de mise en œuvre de la politique carcérale met en relief les transformations que la culture pénitentiaire a connues et permet ainsi d'éclairer les logiques juridique et sociologique qui ont présidé à l'émergence d'un "nouveau rapport au droit".

*P.G.*

## LES KANAKS ET L'INSTITUTION JUDICIAIRE EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Alban Bensa, Christine Salomon,  
GTMS (Genèse et transformation  
des mondes sociaux), EHESS, Mission de  
recherche Droit et Justice, octobre 2003,  
104 pages.

Les rapports signalés dans cette Lettre sont  
communiqués sur demande, dans la limite  
des exemplaires disponibles.

Ils peuvent aussi être consultés, sur rendez-  
vous, à la Mission.

Des synthèses de ces travaux sont téléchar-  
geables sur le site du gip :

[www.gip-recherche-justice.fr](http://www.gip-recherche-justice.fr)  
(rubrique Recherches).

Le présent rapport traite des relations qu'entretiennent les Kanaks avec la justice française telle qu'elle s'exerce actuellement en Nouvelle-Calédonie. A partir de l'étude détaillée de plusieurs affaires judiciaires, sont examinées les contradictions, manifestes lors des procès, entre les conceptions kanakes de la faute, de la violence légitime, de la responsabilité, etc., et les principes qui sont mis en avant par le droit français pour justifier les jugements.

L'expérience kanake de la justice européenne s'inscrivant dans une histoire de la présence française en Nouvelle-Calédonie qui fêtera ses 150 ans cette année, sont dès lors évoquées les relations étroites, notamment au XIX<sup>e</sup> siècle, entre la mise en place des juridictions et les moments les plus pénibles de la colonisation.

Dans la mesure où les attitudes des Kanaks vis-à-vis de la justice ne sont compréhensibles qu'à partir d'une connaissance des obligations inhérentes à leurs relations de parenté et à leur organisation sociale et politique, les auteurs ont estimé, utile, aussi, de livrer au lecteur quelques unes des clés des interprétations kanakes de l'action et de l'exercice de la force et de la violence.

Ce rapport montre à la fois le fossé qui sépare les justiciables kanaks des magistrats français et les évolutions récentes qui peuvent, à terme, laisser espérer une meilleure compréhension mutuelle et, par là, une plus grande efficacité de l'aide que l'appareil judiciaire peut apporter aux victimes.



## ► CALENDRIER

### ● 17 et 18 novembre 2003

#### **Des juges de paix aux juges de proximité.**

Colloque organisé par la Mission de recherche Droit et Justice, l'Association française pour l'histoire de la justice, l'Université d'Angers (Hires) et le ministère de la Justice. Bibliothèque nationale de France, 13, quai François Mauriac 75013 Paris.  
Contact : [dage-archives@justice.gouv.fr](mailto:dage-archives@justice.gouv.fr)

### ● 20 novembre 2003

#### **Où vont les prisons ? Entre réalités et droits.**

Colloque organisé par le Conseil national des Barreaux. Assemblée nationale 101, rue de l'Université 75007 Paris  
Contact : Eva Bardy ([ebardy@cnb.avocat.fr](mailto:ebardy@cnb.avocat.fr)).

### ● 20 et 21 novembre 2003

#### **Conférence de Paris du Droit et de l'Economie.**

Conférence organisée par l'Ordre des avocats à la cour de Paris. Maison du Barreau 2, rue de Harlay 75001 Paris. Renseignements : [www.confparis.org](http://www.confparis.org)

### ● 20 et 21 novembre 2003

#### **Les enlèvements d'enfants à travers les frontières.**

Colloque organisé par le Centre de droit de la famille (Université Jean-Moulin Lyon 3), sous la présidence de Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. Amphithéâtre Roubier – 15, Quai Claude Bernard Lyon 7<sup>e</sup>.  
Contact : [mezerreb@univ-lyon3.fr](mailto:mezerreb@univ-lyon3.fr)

### ● 3 et 4 décembre 2003

#### **Le Code civil et les droits de l'Homme.**

Colloque organisé par le Centre Historique et Juridique des Droits de l'Homme (CHJDH), avec le concours de la Cour de Cassation. Ancien palais de justice de Grenoble – Place Saint-André 38000 Grenoble. Contact : 04 76 82 57 28 ou 59 31

### ● 30 janvier 2004

#### **Le devenir des enfants de familles défavorisées en France.**

Appel à contributions pour le colloque organisé par le CERC, la DEP, la CNAF et la DREES. Contributions à faire parvenir avant le 30 janvier 2004 à l'attention de Michèle Fataccioli ou Françoise Leveleux – 113, rue de Grenelle 75007 Paris. Contact : [cerc@cerc.gouv.fr](mailto:cerc@cerc.gouv.fr)

## ► PUBLICATIONS

Cinq nouveaux titres sont venus enrichir les collections d'ouvrages créées par la Mission de recherche. Leurs titres sont rappelés ici. Pour plus d'informations sur leur contenu, consulter la rubrique "Publication" de notre site Internet.

### ● La diffusion du modèle européen du procès équitable

Frédéric Sudre, Caroline Picheral (dir.), Paris, La documentation française, (coll. Perspectives sur la justice), 2003, 353 pages, 23 €.

### ● La justice d'un siècle à l'autre

Jean-Pierre Royer (dir.), Paris, PUF, (coll. Droit et Justice), 2003, 310 pages, 19 €.

### ● Les institutions disciplinaires

Joël Moret-Bailly, Mission de recherche Droit et Justice, Collection "Arrêt sur recherches" n° 4, oct. 2003, 233 pages. (Diffusion gratuite sur demande, dans la limite du stock disponible).

### ● Réforme de la justice, réforme de l'Etat

Loïc Cadiet, Laurent Richer, Paris, PUF, (coll. Droit et Justice), 2003, 335 pages, 21 €.

### ● Une justice de proximité : la justice de paix (1790-1958)

Jacques-Guy Petit (dir.), Paris, PUF, (coll. Droit et Justice), 2003, 332 pages, 20 €.

## ► RECHERCHES

### ● Les Kanaks et l'institution judiciaire en Nouvelle-Calédonie

Alban Bensa, Christine Salomon, GTMS, EHESS, octobre 2003, 104 p.

### ● Les transformations de l'administration de la preuve pénale, perspectives comparées

Geneviève Giudicelli-Delage (dir.), ARPE, septembre 2003, 417 p.

### ● Enquête sur les groupes et les regroupements des jeunes dans deux quartiers prioritaires de la politique de la ville

Francis Bailleau (dir.), GRASS, septembre 2003, 172 p.

### ● Jeunes filles et garçons des quartiers : une approche des injonctions de genre

Daniel Weltzer-Lang, Horia Kebabza, Les Traboules, septembre 2003, 169 p.

### ● Régulation socio-judiciaire de la jeunesse : recompositions locales ou communautaires.

#### **Une comparaison Canada-France**

Francis Bailleau (dir.), GRASS, août 2003, 185 p.

### ● L'encadrement des solidarités familiales intergénérationnelles ascendantes : inégalités et disparités

Marie-Eve Joël (dir.), LEGOS, Université Paris IX Dauphine, juillet 2003, 128 p.

### ● Les ingénieurs experts judiciaires

André Grelon, Françoise Chamozzi, Lise Mounier, LASMAS, CNRS, EHESS, Université de Caen, juillet 2003, 106 p.

### ● Le droit de l'exécution des peines, problèmes et enjeux d'une discipline juridique en formation,

Eric Péchillon, Martine Herzog-Evans, Université de Rennes I, Université de Nantes, mai 2003, 311 p.

### ● Sécurité et nouvelles technologies : évolution comparée dans cinq pays européens des processus de recours au placement sous surveillance électronique,

Martine Kaluszynski, Jean-Claude Froment, CERAT, CERDAP, mars 2003, 122 p.

RECHERCHE DROIT ET JUSTICE  
ISSN : 1280-1496

Directeur de la publication :

Yann Aguila

Rédacteur en chef :

Pierre Grelley

Coordination :

Georges Garioud et Amandine Giraud

Conception graphique Impression :  
Fisher Street