Sous la direction d'Antigone MOUCHTOURIS
Sociologue
Professeure des universités

DISCRIMINATION
Construction sociale

Actes du colloque du 19 novembre 2008
Université de Perpignan Via-Domitia

La loi du 1er juillet 1992 (code de la propriété intellectuelle, première partie) n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article L. 122-5, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1er de l'article L. 122-4).
Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon passible des peines prévues au titre III de la loi précitée.

© Presses Universitaires de Perpignan 2010

ISBN 978-2-35412-062-7

L'interdisciplinarité comme condition de lutte concrète contre la discrimination : le cas de l'évaluation scolaire en théorie du droit

Violaine LEMAY[53]

[D]ans ses rapports avec la société, le droit comporte un grand nombre de contradictions. [...] Toutes ces contradictions sont de nature à dérouter le sociologue et l'anthropologue et ont pu contribuer à les détourner du droit.

Pourtant, ce sont ces contradictions mêmes qui devraient attirer notre attention sur le droit. Car elles témoignent précisément que le droit n'est pas pure logique ou pur savoir, mais qu'il est aussi et avant tout un produit social; que le droit et les droits sont imbriqués dans des rapports de pouvoir, qu'ils sont à la fois effet et cause d'une certaine conception de la société.

Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*[54]

En Amérique du Nord, et probablement un peu partout dans le monde occidental, la mode est aux regards disciplinaires croisés, posés sur un même objet empirique ou solidairement affectés au soutien

---

[53] Directrice, Programme de Ph. D, en Sciences Humaines Apliquées ; Professeure, Faculté de Droit ; Chercheur, Centre de recherche en Droit Public de l'Université de Montréal.

[54] Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 112.

l'une même action. Voient ainsi quotidiennement le jour quantité l'équipes de travail multiprofessionnelles, de tables multisectorielles ou d'ouvrages collectifs de facture multidisciplinaire. Dans la foulée, ient aussi le réflexe courant de s'adjoindre un juriste patenté. Qu'en est-il selon le Code civil ou selon le droit constitutionnel ? se questionne-t-on. Pour que le tableau soit vraiment complet, n'est-il pas nécessaire d'ajouter aussi une dimension juridique ? Or, à la façon canonique qu'ont les juristes modernes de s'exprimer, assortissant la plus banale affirmation d'une longue liste de grises autorités ou de pointilleuses définitions, on devine le caractère hautement technique de cette perspective dont on redoute, sans trop l'avouer, les notes assommantes. C'est dire que, alors, le modèle du juriste « *plombier de luxe* »[55] domine. Assez tristement, le spécialiste du droit devient celui qui, au plan intellectuel, accomplit de nécessaires, mais plutôt basses besognes.[56] Malgré son statut de partenaire d'équipe, le juriste invité fait alors implicitement bande à part. D'une part, méthodologie ou épistémologie le rebutent fréquemment alors que ses partenaires du jour s'en montrent friands ; d'autre part, comme ces derniers ignorent à peu près tout du *Vocabulaire juridique* de Cornu[57], il se sent facilement incompris.

[55] GAUDREAULT-DESBIENS Jean-François, « Libres propos sur l'essai juridique et l'élargissement souhaitable de la catégorie doctrine en droit », in BENIEKLEF (dir.), *Le droit mis à nu*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 26.

[56] « *Les juristes qui font de la dogmatique répugnent autrement à se concevoir autrement qu'à l'image de savants ; même s'ils reconnaissent quelques particularités à leur discipline, ils ne s'en raccrochent pas moins à quelques similitudes superficielles avec le modèle scientifique [...] et cet air de famille leur paraît suffisant pour revendiquer le label de science. C'est en somme exactement comme si, les perroquets ressemblant aux hommes puisqu'ils ont des yeux et qu'ils parlent, je me croyais autorisé [...] à les faire entrer dans la famille de l'Homme [...]. En ce sens, [...ils] font non pas de la science ainsi qu'ils le prétendent, mais de la technologie juridique.* » AMSELEK Paul, « La part de la science dans les activités des juristes», *Recueil Dalloz*, cahier chronique n° 39, Paris, Dalloz, 1997, p. 338 et 339.

[57] Il est ici référé à : CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7e édition, Paris, Quadrige/PUF, 2005.

Pour accomplir son devoir d'équipe, mais aussi enclin à faire cavalier seul, le juriste se rabat sur ce qui lui est le plus familier. Il procède à un repérage, qu'il espère systématique, des sources formelles du droit étatique. Loi, jurisprudence et doctrine juridique sont minutieusement scrutées afin d'en extirper les passages concernés par l'objet du jour et de les synthétiser. Il présente enfin le fruit de ce labeur, croyant de cette façon accomplir sa part du marché : il livre la vérité dogmatique du droit moderne, celle d'un discours investi d'impérativité publique, celle que le justiciable peut regarder comme la version la plus susceptible d'être cautionnée par les tribunaux et qui, pour cette utile vertu de prédictibilité, se vend à prix d'or par les avocats. On ajoute alors la voix officielle de la justice d'État au concert des voix des sciences humaines et sociales, comme une couche d'huile flottant sur un mélange savant au reste plus homogène. Le juriste parle, mais la science ne sait pas vraiment intégrer ce discours si particulier. Il y a rapprochement forcé, ponctuel et quelque peu artificiel, de représentants de cultures savantes belligérantes qui s'ignorent comme telles, faute de se connaître suffisamment. Remarquons-le, d'une part, en sciences humaines et sociales, ce modèle du « juriste plombier » est l'accessoire d'une forme d'»*antijuridisme rampant*»[58] et, d'autre part, en droit, cette dimension hyper-technique est l'indicateur d'un positivisme kelsénien assez typique, dont une des particularités est de refermer agressivement le droit positif sur lui-même afin de protéger sa « pureté » contre le danger d'abâtardissement qu'entraînerait un contact avec le savoir externe[59]. Le projet multidisciplinaire à la mode, bien pensant et d'allure oecuménique, force le rapprochement physique entre juristes et spécialistes de sciences humaines et sociales, mais il ne modifie en rien la difficulté de rapprochement entre cultures disciplinaires si qualitativement différentes.

[58] GAUDREAULT-DESBIENS J.-F., *op. cit.*, p. 26.

[59] Le droit pur, chez Kelsen, est un droit épuré de tout ingrédient externe, d'où sont tout particulièrement expulsés les éléments métaphysiques. Voir : KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd. coll. Être et penser, *Cahiers de philosophie*, no. 37, Boudry-Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1988.

En tant que juriste canadienne invitée à réfléchir sur la construction sociale de la discrimination, ne pas refuser ces modèles, courants t implicites, du collage multidisciplinaire bien intentionné et du juiste-plombier pourrait conduire à ce qui suit : le droit à l'égalité et la rotection juridique contre la discrimination, au Québec, est consacré ar deux chartes des droits de la personne, l'une fédérale[60] et l'autre proinciale[61]. Ces deux chartes ont des champs d'action complémentaires. De façon classique, la charte fédérale, enchâssée dans la constitution du Canada, protège les personnes contre la discrimination pouvant survenir lans l'exercice du pouvoir public[62]. Le moindre avantage ou désavantage onféré à un groupe, pour des motifs prohibés, suffira à invalider la loi liscriminatoire ou l'exercice décisionnel. La charte québécoise, plutôt inovante, protège de son côté les personnes contre la discrimination qui ourrait survenir à l'intérieur même de la sphère privée[63]. Dans leurs relaions commerciales, par exemple, petits épiciers, propriétaires locateurs et imples gestionnaires de tout acabit n'ont qu'à bien se tenir. La Commision des droits de la personne et de la jeunesse montera aux barricades et anctionnera implacablement la discrimination illégale si, par exemple : in couple homosexuel est privé de l'accès à un terrain de camping, en aison de la politique dite « familiale » de ce commerce, qui consiste à

[60] *Charte canadienne des droits et libertés,* partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.U, c. 11)].

[61] *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

[62] L'article 15 de la charte canadienne affirme que « tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

[63] L'article 10 de la charte québécoise affirme que « toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. »

n'accueillir que des familles ou des couples hétérosexuels[64] ; des parents accompagnés de jeunes enfants sont privés de l'accès à un restaurant, en raison de la politique commerciale de ce dernier (on y voit un accroc grave au droit à l'égalité, une discrimination sur la base de l'état civil des parents et de l'âge des enfants allant jusqu'à justifier l'octroi de dommages exemplaires)[65] ; une personne est privée de l'accès à une assemblée de copropriétaires en raison de sa volonté de s'y exprimer en français[66] ; etc. C'est dire que l'État québécois choisit de pourchasser la discrimination dans ses moindres recoins et, à la limite, en présence de conséquences matérielles non absolument dramatiques (devoir trouver un autre terrain de camping ou changer de restaurant), c'est-à-dire par principe. Le Québec peut donc s'enorgueillir de son droit positif et de ses institutions. Il peut même, sans fausse modestie, se poser en modèle de gouvernance publique en matière de lutte contre la discrimination. En d'autres termes, il fait juridiquement bon de vivre au Québec et tout va bien dans ce meilleur des mondes autopoïétiques[67]. Quantité de recherches empiriques révèlent pourtant que la discrimination y frappe pourtant durement[68], mais un juriste moderne n'a pas à intégrer ces perspectives. Les théories de Kelsen

[64] *Québec (Commission des droits de la personne)* c. *Camping & Plage Gilles Fortier Inc.*, (1996) 25 C.H.R.R.D./506 (T.D.P.Q.).

[65] *Commission des droits de la personne* c. *Bizouarn*, J.E. 96-144 (T.D.P.). Pour une discussion parallèle sur la question, en France, voir : SISTACH Dominique, « *Les discriminations faites aux enfants dans les lieux publics : une expérience réflexive d'une défiance sociale silencieuse* », à paraître.

[66] *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* c. *Bertrand*, (2001) R.J.Q 1684.

[67] Tout va bien, en effet, lorsqu'on se claquemure à l'intérieur d'une perspective interne où le droit, comme sous-système social plutôt autonome, est par définition indifférent à ce qui se passe à l'extérieur de lui-même. Voir : TEUBNER Gunther, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, P.U.F., 1993.

[68] Par exemple : CHICHA Marie-Thérèse, CHAREST Éric, « L'intégration des immigrés sur le marché du travail à Montréal : politiques et enjeux », *Choix IRRP*, vol. 14, no. 2, mars 2008, p. 14-28 ; BATAILLE Philippe, MAC ANDREW Marie, POTVIN Maryse, « Racisme et antiracisme au Québec : analyse et approches nouvelles», *Cahiers de recherche sociologique*, n°. 31, 1998, p. 115-144.

continuent de façonner l'habitus professionnel standard du juriste occidental moderne et, dans l'idéal kelsénien, la discipline du droit doit, par définition, *«éviter tout syncrétisme avec les autres disciplines»*[69].

Le discours caractéristique de la justice d'État, où se mélangent descriptif et normatif, ne peut à l'évidence être ajouté indistinctement à la masse des autres discours scientifiques. On ne peut surtout pas, dans l'insuffisamment réflexif d'une adhésion hâtive à la mode du multidisciplinaire, le travestir en indicateur quelconque de la teneur égalitaire des pratiques d'une société. Le faisceau de son attention aux faits est, pour d'historiques raisons, trop limité. Ce serait comme statuer sur la salubrité d'une Angleterre pré-victorienne en se la représentant telle que dépeinte par sa littérature et par sa gentry, soit sans se méfier d'une culture où les bonnes manières régnantes taisent le remugle ambiant pour mieux exalter la rose. Ceci dit, lorsque vient le temps de réfléchir ensemble sur la discrimination, il n'est pas pour autant scientifiquement inutile de s'adjoindre un juriste. La manoeuvre sera d'autant plus facilitée si ce dernier adhère au paradigme alternatif de la théorie du droit — un paradigme qui, au Québec, fait enfin partie intégrante de l'enseignement en faculté de droit et dont la spécialité, interdisciplinaire par définition[70], est de combiner les différents apports sur le droit au profit du juridique. On favorise ainsi, de cette façon, une prise de conscience collectivement bénéfique : dans la lutte contre la discrimination, perspective juridique et perspective scientifique doivent apprendre à mieux se connaître pour mieux se concerter, à défaut de quoi elles risquent de se nuire l'une à l'autre. À ce titre, des

[69] ROULAND Norbert, *Aux confins du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1991, p. 297. L'auteur y rappelle que le droit, dans une perspective kelsénienne, doit notamment éviter de s'accorder à la sociologie en raison du fait que cette discipline est «*trop informe pour apporter des réponses positives aux questions suscitées par la vie des normes.*» Il souligne enfin que la perspective juridique est ainsi «radicalement différente de ce que peut enseigner l'anthropologie juridique. Elle est même à l'opposé puisqu'elle refuse toute approche interculturelle, demeure étrangère à toute idée de pluralisme, et milite en faveur d'une identification entre le droit et l'État. »

[70] Par exemple : VAN HOECK, *What is Legal Theory*, Louvain, Acco Leuven, 1985, p. 56.

travaux précédemment menés sur l'évaluation scolaire en théorie du droit constitueront ici un bon exemple[71].

L'impact critique d'un rappel historique

Quelle que soit l'occasion, traiter de l'évaluation scolaire ou universitaire sous une perspective de théorie du droit appelle d'abord un rappel historique, car c'est sur la contingence trop souvent oubliée de cette pratique moderne que se construit la possibilité d'une perspective alternative. L'évaluation — ou le fait de soumettre les personnes en situation d'apprentissage à une épreuve pour leur attribuer ensuite une note témoignant de leur rang dans un groupe — est aujourd'hui une pratique enseignante si familière qu'elle semble avoir toujours été associée à l'univers pédagogique. Pourtant, cette pratique n'aurait pu voir le jour sans l'impact des révolutions du monde moderne. Un des effets de ces dernières a été d'entraîner une modification du sentiment de justice collectif face à un mode féodal de gestion de la stratification sociale axé sur la filiation. Réserver les hautes positions sociales aux seuls bien-nés, quelle que soit leur aptitude concrète à l'exercice du gouvernement des autres, est progressivement apparu comme une tradition injuste, comme une pratique à combattre. On en est donc arrivé à souhaiter rénover le mode de stratification sociale, mais encore fallait-il trouver comment. Quand l'exaltation révolutionnaire bat son plein, on sait clairement ce qu'on veut abattre, on ne sait pas pour autant clairement par quoi le remplacer. À l'occasion d'un ensemble de phénomènes, un consensus s'est lentement créé autour des concepts de « mérite » et d' « aptitude ». On en arrive à croire que c'est en réservant les hautes positions aux personnes les plus méritantes et les plus aptes à les recevoir qu'on pourra obtenir une société plus égalitaire et plus juste, mais il reste encore une difficulté : déterminer quel type de mérite

[71] La prochaine section expose des résultats présentés dans : LEMAY Violaine, *Évaluation scolaire et justice sociale. Droit, éducation et société*, Saint-Laurent, Éditions du Renouveau pédagogique, 2000.

et d'aptitude conviendront le mieux à un monde moderne amélioré. Convient-il de valoriser encore le mérite « religieux » ? L'aptitude « au combat » ? Historiquement, ce sont le mérite «scolaire» et l'aptitude « au travail » qui ont fini par s'imposer. On a voulu récompenser l'effort de s'instruire, notamment parce que la science, en cours de glorification, est alors regardée comme la source de tous les progrès humains. En conséquence, on met sur pied, directement sur les lieux où sont consentis ces efforts d'apprentissage valorisés, des compétitions pour l'accès aux bonnes positions sociales. C'est l'origine des examens et concours qui nous sont aujourd'hui si familiers. Un dernier détail restait encore à régler. Dans cette compétition, comme dans toute compétition, il est commode d'arriver à identifier clairement les premières places, de pouvoir comparer les performances respectives des candidats et de leur accorder un rang. Comme le rappelle Jean Cardinet, dans ce passage qu'on ne citera jamais assez, le monde récupère alors une invention des Jésuites : la note.

« L'institution scolaire n'a pas toujours connu le système de notation actuel. Les écoles du peuple, celles qui étaient tenues par les Frères des écoles chrétiennes, par exemple, ne notaient pas leurs élèves. Ce sont les Jésuites, dans les écoles de l'aristocratie, qui ont introduit cette mesure du résultat scolaire, certainement dans l'intention de développer l'esprit de compétition. Dégager des élites faisait explicitement partie de la mission de ces écoles. L'école républicaine du XIXe siècle a repris le système des notes également dans l'idée de créer une compétition, mais cette fois dans l'espoir que les classes moyennes pourraient s'appuyer sur leurs succès scolaires pour s'introduire dans les milieux sociaux dirigeants. »[72]

D'apparence potentiellement anodine pour un spécialiste de l'éducation, ce qui précède revêt une importance capitale pour le théoricien du droit, car un exercice d'autorité nouveau est institué par

[72] CARDINET Jean, *Évaluation scolaire et pratique*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, coll. Pédagogies en développement, 1988, p. 241.

le monde moderne, le tout à des fins d'intérêt général. Cet exercice est confié par une collectivité à un représentant du monde de l'éducation au nom de la compétence experte de ce dernier à reconnaître le mérite et l'aptitude de type scolaire ou universitaire. Dans un vaste mouvement de rénovation de la stratification sociale à des fins de justice égalitaire, une pratique décisionnelle voit le jour, destinée à identifier les vainqueurs d'une compétition pour l'appropriation des privilèges sociaux. Tout comme celle d'un juge, cette activité décisionnelle comporte par définition une part d'observation empirique des faits et une part d'interprétation des règles du jeu, qui varient d'un lieu à l'autre. Une fonction nouvelle s'ajoute ainsi au monde de l'éducation et qui est évidemment absente dans la société traditionnelle. Le précepteur de jadis n'a pas, bien sûr, le pouvoir de concocter une épreuve capable d'influer sur le devenir social de ses élèves. Une autorité nouvelle, de tri social, est conférée à l'éducateur et s'ajoute à celle, purement personnelle et privée, de sa compétence professionnelle. C'est cette autorité qui lui permet inlassablement de dire, actuellement : « Je déclare que ces candidats sont les meilleurs du groupe en leur attribuant les meilleures notes, ils méritent donc de rester dans la course ; ceux-ci étant les derniers, je leur attribue les plus mauvaises notes et ils seront, en conséquence, écartés ». C'est l'existence de cette autorité qui aura permis à Foucault d'affirmer que « *le système scolaire est fondé sur une espèce de pouvoir judiciaire* ».[73] C'est en raison de leurs importants effets de tri social que notes et résultats ont pu se transformer en véritables bons d'accès aux plus grands privilèges sociaux — accès en faculté de médecine, aux meilleurs emplois, etc. C'est en raison de ces effets que ces verdicts, exprimés sous forme de notes et diplômes, sont imprimés officiellement, dûment parés de sceaux institutionnels et de plus en plus achetés à prix d'or sur le marché noir des faussaires.

[73] « *À tout moment, on punit et on récompense, on évalue, on classe, on dit qui est le meilleur et le moins bon. Pouvoir judiciaire qui, par conséquent, double* [...] *le pouvoir judiciaire* [de l'État]. » FOUCAULT Michel, in DEFERT Daniel, EWALD François, LAGRANGE Jacques (dir.), *Dits et écrits*, vol. 2 : 1970-1975, Paris, Gallimard, 1994, p. 619.

Ce rappel historique est bref, mais il est source d'une grande impulsion critique. D'abord parce qu'il injecte le doute là où les certitudes se font féroces. Si le monde de l'éducation a longtemps existé sans pratiques de tri social et sans notes... pourquoi nos sociétés sont-elles si souvent convaincues qu'il est absolument impossible d'enseigner et d'éduquer sans elles ? Ensuite, lorsqu'on garde posément en mémoire le fait que ces pratiques et que cette autorité ont été créées à des fins de justice sociale égalitaire et de démocratie... le monopole des sciences de l'éducation sur l'objet affiche soudainement son arbitraire. Comment expliquer ce phénomène, pour le moins étrange, de pratiques de justice auxquelles ne s'intéressent plus que les éducateurs ? Au nom de quoi juristes et théoriciens du droit, spécialistes par excellence de l'exercice d'autorité, des pratiques décisionnelles ou des politiques égalitaires modernes, devraient-ils regarder cet objet comme étranger à leurs préoccupations ?

Transgresser les frontières disciplinaires devient ainsi une nécessité critique, première et fondamentale. Oser s'aventurer dans la forêt docimologique, partir découvrir les vastes territoires de la sociologie de l'éducation et observer les constellations des sciences de l'éducation, le tout sans abandonner sa nationalité de juriste, est alors le début d'une grande aventure. Les leçons de relativisme qu'apporte toujours le voyage font ensuite le reste. Le voyageur découvre alors que ce qui est considération principale chez les uns... n'est jamais que réflexion secondaire chez les autres. Il découvre que l'impact des vecteurs disciplinaires est tout sauf anodin, car l'issue des luttes égalitaires en dépend même directement.

Une liberté nouvelle dans la construction de liens théoriques

Garder la mémoire du passé et sortir du cadre implicitement contraignant des sciences de l'éducation crée une grande liberté dans l'approche de l'objet. L'analyste est soudainement libéré de l'impression d'avoir à privilégier le souci éducationnel et il se sent

légitimé de construire des liens théoriques nouveaux, par exemple en le rapprochant des représentations contemporaines de la justice. Le recours aux mondialement célèbres et controversées *Sphères de justice*[74] est un exemple de rapprochement parmi d'autres. L'idée ici n'est pas d'affirmer que cette théorie est celle qui s'applique le mieux[75], dans une quête philosophique de représentations ultimes, mais plus simplement d'illustrer l'effet d'une construction de liens théoriques affranchis du pédagogique.

En résumé, selon Walzer, lorsque vient le temps de distribuer des biens rares au sein d'une population où la demande pour ces biens est illimitée, la justice se définit par le choix d'une règle adaptée à la nature du bien distribué. Par exemple, dans un groupe de malades en attente de greffe d'organe, une juste distribution des rares organes disponibles tiendra compte de la nature particulière de ce « bien » que constitue un organe. L'auteur croit que la nature même d'un organe appelle la règle du besoin — en d'autres termes, en toute justice, le bien doit être accordé au malade qui en a besoin. De même, lorsque vient le temps de distribuer des votes, la nature de ces derniers appellerait la règle de l'égalité — une personne, un vote —, tandis qu'au moment de distribuer des impôts, leur nature appellerait la règle de la capacité de payer — un riche devant une somme plus élevée, proportionnelle à ses moyens. Pareilles considérations a conduit Walzer à regrouper les biens rares en différents sous-ensembles, soit en différentes « sphères de justice », selon la règle de distribution appropriée à leur nature. Dans le choix d'une règle de distribution, la justice se définit alors comme le fait de respecter ces sphères, et l'injustice, comme le fait de les transgresser.

---

[74] WALZER Michael, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997.

[75] L'application de cette théorie aux pratiques de tri social diffère de l'application que Walzer réserve lui-même au monde de l'éducation. La représentation du monde de l'éducation, chez lui, est orthodoxe donc éloignée de la perspective alternative ici déployée (l'évaluation y est inhérente au pédagogique).

L'approche de Walzer possède quelque vertu pratique potentielle, dont celle de pouvoir déterminer s'il est approprié de distribuer deux biens différents en même temps, à l'intérieur d'une même activité par exemple. Cette conjonction est possible, répond cette théorie, mais seulement en présence de biens relevant de la même sphère de justice. Médicaments et organes pourraient donc, par exemple, être distribués à l'intérieur d'une même activité, car leur nature appelle dans chaque cas la règle du besoin. Que se passe-t-il si, malencontreusement, la fusion de deux distributions s'opère en transgression de ces sphères ? Alors, fatalement, l'injustice du recours à une mauvaise règle de distribution, pour l'un des biens en présence, finira toujours par apparaître. Un triste mouvement de balancier est alors créé : le choix d'une règle appropriée pour l'un des deux biens signifiera toujours, simultanément et fatalement, le choix concomitant d'une règle inappropriée à la nature de l'autre. Rechercher la justice, dans l'accès à un bien, signifiera toujours faire reculer cette justice, dans l'accès à un autre bien... Monter quelque part suppose descendre ailleurs, et ainsi de suite.

Revenons maintenant à l'évaluation. À la lumière d'une théorie comme celle des sphères de justice, le projet moderne d'une rénovation de la stratification sociale par l'ajout d'une fonction nouvelle pour l'éducation fait problème, car il repose sur un cumul de distributions incompatibles. Deux catégories de « biens » sont ici fusionnées, celle de l'aide à l'apprentissage, dans l'accès à l'éducation, et celle des chances de gagner, dans l'accès aux bonnes positions sociales. Malheureusement, les biens en cause n'appellent jamais la même règle de distribution. Sous une telle perspective, fusionner l'univers de l'enseignement et l'univers de la stratification sociale est synonyme de transgression des sphères de justice. Ce genre de phénomène construit une tension théorique souvent regardée comme inéluctable en sciences de l'éducation, regardée comme un donné de départ. Un donné naturel, inévitable, au sujet duquel il n'y aurait plus rien à dire et devant lequel nous devrions maintenant apprendre à nous résigner avec le sourire :

« *Une organisation scolaire doit donc satisfaire deux conditions : d'une part rendre l'école pour tous, en compensant les inégalités d'implantations géographiques, de fortune, qui peuvent éloigner certains enfants de l'école ; d'autre part, faire accord sur le principe de sélection qui permet de passer de l'école pour tous à l'école pour les meilleurs.*[76] [...] [La sociologie de l'éducation a] *créé un espace de débat qui a été abondamment travaillé. Le temps nous semble venu de prendre ce débat pour objet. Non de le nourrir, tout a été dit : le savoir ou le bonheur, le niveau qui monte ou qui baisse, l'égalité ou la compétition.* [...] *Le but n'est pas de frayer le chemin d'un dépassement des contradictions.* [...] *On ne retrouvera pas l'innocence d'avant '68, la possibilité d'organiser l'univers à partir d'un principe unique. Nous sommes définitivement entrés dans un univers à plusieurs principes* [...]».[77]

Une transgression des sphères de justice produit quantité de malheureux effets. Des règles de justice contradictoires s'affrontent perpétuellement en conférant, par la répétition du phénomène, le sentiment d'un tragique apparemment « naturel » et inhérent à l'univers éducationnel. Deux exemples illustreront bien, ici, les effets pratiques de cette situation de transgression, mais aussi les pulsions de légitime défense dont elles sont la source.

Deux tensions, deux pulsions défensives

Au sens fondamental, comme l'entend par exemple un Jon Elster[78], l'économique et le politique se distinguent par les questions

[76] Par exemple : DEROUET Jean-Louis, *École et justice : De l'égalité des chances aux compromis locaux ?*, Paris, Métailié, 1992, p. 83.

[77] DEROUET Jean-Louis, *École et justice : De l'égalité des chances aux compromis locaux ?*, Paris, Métailié, 1992, p. 8-9.

[78] ELSTER Jon, *Local Justice. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*, New York, Russel Sage Foundation, 1992.

posées devant une ressource. Chercher comment faire pour en tirer le maximum relève d'une rationalité économique, mais se demander à qui réserver cette ressource relève plutôt une rationalité politique. Alors, quelles questions convient-il de se poser, devant la ressource que constitue un groupe d'enseignés ? Observons comment la fusion moderne de deux univers d'action jusqu'alors étrangers confère une dimension tragique à la gestion de l'éducation contemporaine.

D'un côté, au vu des principes de justice contemporains, la pédagogie appelle des questions de type économique. Nous jugeons aujourd'hui qu'un bon pédagogue se doit de chercher à tirer le maximum de chacun des potentiels d'apprentissage qui lui sont confiés. Dans cet ordre d'idées, l'idéal à atteindre est de faire progresser chaque enfant, chaque personne en état d'apprentissage, quel que soit leur point de départ. Aider le plus grand nombre à atteindre cet objectif personnel de progression devient donc l'objectif central, dont témoignera idéalement l'attribution d'une note parfaite à tous. Dans cet univers pédagogique premier, le pédagogue exemplaire se compare à un agriculteur génial : par son art et son doigté, il sait tirer profit de tous les sols, même des plus pauvres. Cet agriculteur sait s'adapter à des sols différents et il choisit donc constamment la plantation qui y sera la plus profitable : c'est le sens des pédagogies différenciées. En revanche, une saine gestion des pratiques de tri social appelle des questions de type politique. À qui faut-il réserver les meilleures places ? À travers l'épreuve qu'est l'examen, on demande à l'univers éducationnel d'éliminer un minimum de candidats comme ne méritant pas de rester dans la course. L'idéal, ici, n'est plus de produire un maximum de réussites, mais au contraire, d'assurer un minimum stable d'échecs. Dans cet univers de compétition pour le tri social, l'évaluant exemplaire n'a plus rien d'un agriculteur. Il se compare à un jury olympique. Invariablement, quelle que soit la qualité objective des candidats, il ne décernera qu'un nombre prédéterminé de médailles — d'où le phénomène de rationnement

implicite des notes[79]. Invariablement, il aura à éliminer plusieurs athlètes et à les faire échouer dans leur objectif de victoire — parmi les meilleurs du monde ! — simplement en les comparant aux autres candidats et en leur conférant un ordre. C'est l'origine de la fameuse courbe de Gauss, qui impose aux évaluants d'étaler leurs notes en leur donnant la forme d'une cloche : toujours quelques très bonnes notes, pour identifier les gagnants de la course, et toujours de très mauvaises, pour désigner clairement les perdants.

Une deuxième tension, celle qui oppose le pédagogue à l'arbitre, constitue ici aussi un bon exemple. Au vu des principes de justice contemporains et en harmonie avec les pédagogies différenciées, dont la vogue contemporaine ne faiblit pas, on croit de plus en plus qu'il est juste que chaque enfant puisse développer son potentiel, unique et différencié, grâce à l'éducation. Or, pour bien connaître les besoins particuliers d'une personne en apprentissage, un bon pédagogue se doit d'essayer de bien connaître cette personne. Dans cet ordre d'idées, le pédagogue idéal est comparable à un médecin idéal : il sait mettre ses patients en confiance, de façon à ce que ces derniers lui confient sans crainte leurs problèmes et de façon à ce qu'il ait accès aux informations essentielles à un bon diagnostic expert. Par contre, au vu des principes de justice les plus fondamentaux, l'arbitre d'une compétition se doit d'adopter une attitude compatible avec une position de neutralité et d'impartialité. Il ne s'agit plus d'essayer de connaître l'enseigné, mais au contraire, d'éviter de le faire. C'est dire que, de ce côté, la figure

[79] Sur le rationnement des notes : DEUSTCH Morton, *Distributive Justice : A socio-Psychological Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1985, p. 213. La rationalité politique du tri, qui suppose le rationnement implicite des notes par le truchement de la courbe de Gauss, est aussi une façon d'expliquer ce que André Antibi a qualifié de « constante macabre ». La présence d'un rationnement plus marqué, en sol français, n'indique alors qu'une plus grande tendance à y privilégier cette rationalité politique. En contexte de transgression des sphères, où une rationalité est nécessairement sacrifiée à l'autre, qui lui est malencontreusement attachée, cela ne peut se traduire que par un recul de la rationalité économique/pédagogique... Voir : ANTIBI André, *La constante macabre, ou comment on a découragé des générations d'élèves*, Paris, Fernand Nathan, 2003.

qui s'impose n'est plus celle de l'expert chevronné ou de l'artisan doué, mais celle de l'arbitre irréprochable en justice. Le détenteur d'autorité de tri social n'est en rien comparable à un médecin : il est en tous points comparable à un juge. L'idéal en la matière impose donc des rapports impersonnels, hiérarchiques, distants. Le professeur sur l'estrade, l'étudiant en bas. Il ne s'agit plus de rechercher la relation de confiance, pour mieux aider, mais de favoriser la distance, pour mieux juger. La conscience du phénomène est présente, chez les spécialistes de l'éducation, mais elle y est banalisée, par exemple réduite à une comédie alors que, pour le juriste, elle ne peut être que tragédie.

« *L'enseignant, quels que soient son attitude et le contexte dans lequel il exerce sa tâche, est une personne à double visage* [...]. *On ne peut nier le conflit qui naît de ce que le maître, dans sa classe, est, à la fois, le garant des règles institutionnelles et le responsable de l'épanouissement de l'enfant. Il peut arriver qu'il en vienne à respecter l'un de ces objectifs au détriment de l'autre.* [...] *Comédie d'un Janus social qui ne saurait montrer qu'un seul de ses visages à la fois* ». [80]

Un rapprochement théorique entre les sphères de justice et les pratiques de tri social est à certains égards discutable, mais peu importe. L'avantage d'un tel exercice est ailleurs : il ramène dans le débat de nécessaires considérations de justice lorsque le discours établi entretient un réflexe défensif de fuite hors de la justice[81]. La transgression des sphères fait, par exemple, qu'on a demandé au monde de l'éducation moderne — à chaque enseignant, à chaque établissement — de rechercher la réussite pour tous et, en même temps, d'assurer le minimum stable d'échecs inhérent à une courbe de résultats en forme de cloche. C'est strictement impossible. C'est mettre en échec, à

[80] HANNOUN Hubert, *Paradoxe sur l'enseignant*, Paris, ESF Éditeur, 1989, p. 141 et 145.

[81] L'expression paraphrase la « fuite hors de la justification » de : BOLTANSKI Luc, THÉVENOT Laurent, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991, p. 409 ; Voir aussi : « Une fuite hors de la justification » dans : V. LEMAY, *op. cit.*, p. 204.

l'avance, les agents du système d'éducation, pour leur reprocher ensuite cet échec. Cette transgression contraint aussi l'enseignant à se placer dans une position qui possède les traits classiques du conflit d'intérêts : connaître personnellement celui qu'on s'apprête à juger. C'est mettre systématique en situation de partialité obligée les agents du système, le tout en leur laissant un vaste espace discrétionnaire, pour leur reprocher ensuite le « biais social » de leur décision et les engager à faire l'effort d'une impossible neutralité. Il y a là de quoi générer des centaines de légitimes pulsions défensives, à l'intérieur du milieu de l'éducation. Il y a là de quoi fuir une perspective de justice qui, en pratique, n'a que d'injustes effets pour les éducateurs.

Le jeu des cloisons disciplinaires dans la survivance des pratiques de tri

L'avantage d'un rapprochement entre les travaux des théoriciens du droit et de la justice et les pratiques de tri social, on l'aura deviné, est de bloquer un mouvement de fuite hors de la justice. Le juriste n'est en rien meilleur dans l'absolu : il lui est simplement impossible de consentir à cette fuite sans aliéner son identité disciplinaire. Face à l'évaluation, une perspective alternative de théorie du droit a alors un effet répétitif déroutant. La manoeuvre rappelle constamment à la conscience du théoricien du droit le fait qu'une autorité a été instituée à des fins de justice égalitaire, mais qu'elle est aujourd'hui conservée à d'autres fins, qui n'ont rien d'égalitaires. Dans le cadre d'une réflexion sur la construction sociale des discriminations, il devient rien de moins que fascinant de se poser cette simple question : pourquoi cette fusion entre l'univers de l'éducation et l'univers du tri social n'est-elle pas déconstruite ? Pourquoi perpétuer dans le temps des pratiques décisionnelles qui affichent en plein jour leur biais social — en termes plus juridiques, qui affichent leur discrimination sur la base de l'appartenance socioéconomique — et qui, au nom même de

l'éducation, ont fait l'objet de discours abolitionnistes ?[82] Ce mystère s'explique par la rencontre de plusieurs phénomènes, qui tous ont trait de quelque façon au phénomène des cloisons disciplinaires, à l'impact des identités savantes sur l'objet.

a. Récupérer l'autorité de tri social pour armer l'éducateur

Au départ, la survivance d'une transgression de sphères ne peut se faire sans un oubli généralisé de l'histoire, d'où le curieux et fort impact critique d'un simple rappel historique. Pour croire qu'il est impossible d'enseigner sans note, il est bien sûr nécessaire d'oublier que les pratiques de tri social en milieu éducationnel n'ont pas toujours existé. Or, en parallèle, on observe aujourd'hui la difficulté croissante, pour l'agent de l'éducation, que suppose le fait de conserver un rapport pédagogique subordonnant — conçu jadis pour des enfants non sujets de droit à l'aune de théories éducationnelles traditionnelles — maintenant que la durée moyenne des études s'allonge, que le statut juridique de la personne mineure se modifie, que l'apprenant devient adulte à l'intérieur de l'enceinte éducationnelle, que le statut social de l'enseignant tombe en flèche et que le rapport à l'autorité (parentale, éducationnelle, ancestrale, etc.) mute radicalement. On apprécie alors le pouvoir de commandement que permet, en compensation, la survivance d'une autorité de tri social confiée à l'éducateur. Des propos enseignants deviennent alors assez révélateurs...

« *Si j'avais à soutenir le droit que nous avons eu de donner des notes aux élèves, voici ce que je dirais : les bons élèves obtiennent facilement de bonnes notes ; il s'ensuit que la note attribuée par l'école permet de reconnaître ceux qui sont doués de ceux qui ne le sont pas.* [...] *Une preuve que la note est nécessaire, c'est que les élèves la réclament eux-mêmes quand on s'avise de les en priver. Il*

[82] De Landsheere, par exemple, peut ainsi être rangé dans ce clan abolitionniste : « *Les conséquences malheureuses de cette situation ont été analysées mille fois.* [...] *Ainsi, si l'on excepte la fonction sociale de l'examen, le fiasco est complet : on n'a ni éduqué, ni instruit* ». DE LANDSHEERE Gilbert, *Évaluation continue et examens. Précis de docimologie*, Paris, Nathan, 1980, p.22.

est facile de rendre les notes équitables, il suffit de savoir évaluer exactement le travail concret rendu par l'élève. Chacun sait qu'un système social qui se fonde sur les résultats scolaires est le seul à pouvoir être équitable et démocratique. On ne peut imaginer que les professeurs renoncent de propos délibérés à des notes qui maintiennent chez l'élève, dans les temps de décadence où nous sommes, un minimum de conscience de la hiérarchie et du pouvoir».[83]

Or, un juriste, par définition, est allergique au fait de détourner une autorité des fins d'intérêt général pour lesquelles elle fut confiée par une collectivité. Ce qui est institué dans un but ne peut être récupéré pour un autre sans débat public, sans transparence. La capacité de regarder comme légitime une telle manoeuvre de récupération, par exemple en raison d'un effet de légitime défense (armer l'enseignant quand l'école devient fosse aux lions), sera vraisemblablement beaucoup plus fréquente en sciences de l'éducation qu'en droit. L'impact de la perspective révèle alors son importance : la conservation des pratiques de tri est plus facile, ou moins décriée, lorsque ces pratiques deviennent un objet de préoccupation monopolisé par les sciences de l'éducation et ignoré par le droit.

b. Fuir l'espace discrétionnaire pour naturaliser la discrimination

Le mystère de la non déconstruction s'explique aussi par le sentiment d'évidence qu'apportent l'habitude et les prénotions de sens commun inhérentes aux pratiques modernes de l'éducation. Les contemporains que nous sommes ont toujours connu les examens et les distributions de notes implicitement rationnées. Elles n'attirent plus beaucoup l'attention et elles semblent faire partie de l'ordre des choses. Le discours des éducateurs, intégré à l'école dès la prime enfance, règne intact parmi les vérités incontestées : l'évaluateur « mesure », passivement, avec neutralité et bienveillance, un objet présent ou non

[83] GRANGER Nicole, « De l'esclavage des notes », in MEIRIEU Philippe, ROUCHE Nicolas et. al. (dir.), *Réussir à l'école : Des enseignants relèvent le défi*, Bruxelles, Vie Ouvrière, 1987, p. 123.

dans les têtes. Cette façon, extraordinairement dominante, — qu'on retrouve dans les dictionnaires, dans le discours enseignant standard, etc. — de se représenter la pratique de l'évaluation scolaire ou universitaire correspond à ce que Jean-Marie de Ketele a appelé « le discours de l'intuition pragmatique »[84]. Ce discours ne résiste pas deux minutes aux recherches empiriques menées sur la question, depuis des décennies, mais pour une foule de raisons, dont la plupart sont d'ordre fonctionnel — ce discours permet à l'évaluant et à l'institution d'accomplir leurs tâches avec un maximum de bénéfices de gestion et un minimum de marasmes moraux —, ce discours s'incruste dans l'imaginaire collectif. C'est alors que le parallèle avec l'histoire des façons de se représenter l'activité judiciaire se fait de lui-même et que le savoir des théoriciens du droit devient précieux.

Le discours juridique dominant, dit positiviste, regarde l'activité judiciaire comme un acte passif, neutre, de constat et d'application mécanique des règles de droit. Ce discours est critiqué férocement depuis près d'un siècle[85]. Notamment parce que, lorsque le décideur se révèle inconscient de l'espace interprétatif qui est le sien, il est d'autant plus enclin à investir cet espace dans le sens des rapports de force ambiants, des préjugés et discriminations de l'heure. Observons de plus que même lorsque l'espace de choix est regardé en face par son détenteur, comme c'est le cas en présence d'un espace officiellement discrétionnaire, les recherches empiriques révèlent que discrétion rime avec discrimination. Moins une pratique décisionnelle est encadrée de bornes juridiques claires, plus l'espace interprétatif augmente et plus le résultat est déterminé par les rapports de force ambiants.

[84] DE KETELE Jean-Marie, « L'évaluation conjuguée en paradigmes », *Revue française de pédagogie*, no. 103, avril-mai-juin 1993, p. 59-80.

[85] La conscience de l'espace subjectif de choix à l'intérieur de l'activité décisionnelle des juges, que nie le positivisme juridique, est impulsion critique commune à une foule de mouvements critiques en droit. Elle est, par exemple, commune aux réalistes américains, aux *Critical Legal Studies*, aux herméneutes, etc.

« *Laissés à leur propre mécanisme de jugement, les agents d'un système judiciaire tendent habituellement à favoriser certaines catégories de personnes par rapport à d'autres. La discrétion équivaut, en pratique, à ce que l'on reconnaît généralement comme de la discrimination* ».[86]

La sociologie du droit met aussi en évidence le fait que le recours à des pratiques décisionnelles qui confèrent un vaste espace discrétionnaire au décideur a un effet social particulier : des décisions politiquement indéfendables peuvent se prendre à l'abri du regard public, dans l'ombre du non explicité, en recouvrant par exemple le manque de consensus social ou en camouflant les aspects ambigus ou impopulaires d'une politique.[87] Le discours de l'intuition pragmatique conduit l'évaluant à regarder son activité décisionnelle comme un acte de mesure passif, neutre et mécanique. Le décideur est ainsi enclin à nier l'espace discrétionnaire qui est le sien. Cet espace de choix étant massivement fui, on songe finalement trop peu à l'encadrer de bornes consensuelles claires. Un cercle vicieux s'installe. On augmente ainsi considérablement le potentiel d'ouverture aux rapports de force ambiants. « *Depuis plus d'un demi-siècle*, a pu ainsi écrire de Landsheere, *on accumule les expériences destinées à montrer les désaccords entre notateurs, le manque de fidélité d'un même notateur. Le problème existe, assurément, mais on l'aggrave artificiellement, en omettant d'inviter les notateurs à s'entendre [...]. Autrement dit, on continue à enregistrer patiemment les résultats d'une politique anarchique des examens* »[88]. Le biais social d'une telle pratique décisionnelle, à l'aune de la théorie du droit, est donc assez complètement prévisible et inévitable. Exhorter l'évaluant à faire l'effort d'une décision impartiale devient comparable à lui demander de faire l'effort d'échapper à la gravité. Cesser de s'intéresser au biais social, en sciences de l'éducation, devient alors une façon de rompre avec une exigence indue et injuste pour les éducateurs.

[86] BAUMGARTNER Mary Pat, « The Myth of Discretion », in HAWKINS, Keith (ed.), *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press/Oxford, 1992, p. 129.

[87] LACEY Nicola, « The Jurisprudence of Discretion », in HAWKINS, K. , *op. cit.*, p. 364.

[88] DE LANDSHEERE, cité dans V. LEMAY, *op. cit.* , p. 22.

Une fois de plus, la différence de perspective disciplinaire se fait décisive. Un juriste critique se méfie des discours dominants qui fuient l'espace discrétionnaire du décideur. Il se méfie du juge qui rend des décisions discriminatoires en se réclamant du sens commun. Le respect des chartes des droits fondamentaux et l'égalité en droit des personnes supportent la totalité de son identité disciplinaire contemporaine et de sa vision du démocratique. Les principes fondamentaux de la justice lui sont force savante vitale. Il est donc particulièrement incapable de se laisser entraîner dans un mouvement qui naturalise, banalise et relègue une discrimination aux oubliettes sous le couvert de l'évidence.

c. «Pédagogiser» le tri social pour fuir une perspective de justice

Le mystère de la survivance de nos pratiques de tri social s'explique enfin par la récupération d'un certain fatalisme, souriant et ambiant, à laquelle conduisent facilement les phénomènes précédents, qui se renforcent les uns les autres et qui ont tous un effet défensif pour l'éducation et ses agents. Quand on méconnaît la transgression des sphères de justice sur laquelle repose le projet moderne de rénovation de stratification sociale par l'institution de pratiques de tri en milieu éducationnel, on cherche partout ailleurs, et donc en vain, la cause des ratés du projet moderne de tri. Ce qui crée facilement l'impression qu'il est impossible d'enrayer ces ratés. Quand on oublie l'histoire, on croit nécessaire et inévitable que le monde de l'éducation soit le site de pratiques de tri social. On « pédagogise » l'autorité de tri social, la transformant, après coup, en accessoire naturel de l'éducation. En se référant à l'univers théorique de Luc Boltanski[89], on peut dire que l'institution de tri, historiquement rattachée au domaine de la justice, est ainsi déracinée et artificiellement associée au seul domaine de l'amour pédagogique. L'impact se fait sentir à plusieurs niveaux.

Lorsqu'on récupère à d'autres fins une institution de justice égalitaire qui n'a pas rempli ses promesses, on donne à l'enseignant un

[89] BOLTANSKI Luc, *L'amour et la justice comme compétences*, Paris, Métailié, 1990.

pouvoir de commandement quand, tout autour de lui, le monde semble se concerter cruellement pour l'en déposséder. On en tire progressivement l'impression que ce qui est utile à l'éducation est par quelque côté, « naturellement » injuste. Ce n'est pourtant que l'indicateur de l'effet de balancier que construit la transgression des sphères de justice. Quand on « pédagogise » le tri social, ce qui est biais social coupable, dans le cadre d'une institution de justice et d'un exercice d'autorité de tri confié à des fins d'intérêt général, se transforme progressivement en fatalité éducative, rendue banale par son caractère répétitif. La manoeuvre blanchit alors l'évaluant d'un biais social auquel il impossible d'échapper. L'éducateur contemporain y trouve l'occasion d'une légitime défense. À nouveau réapparaît l'impression d'une injustice « naturelle » qu'imposerait la gestion du pédagogique. Et tout doucement, une association d'idées malencontreuse se crée. On assimile cette sagesse immémoriale qui consiste à accepter avec sérénité les fatalités inhérentes à la vie — la souffrance, la maladie, la mort, etc. — avec une prétendue lucidité, qui consisterait à accepter sereinement la transgression des sphères de justice, et donc la conservation de pratiques discriminatoires de tri social. L'éducation devient alors un lieu « antidémocratique par nature »[90]. La « nature » partiellement « animale » de la personne mineure légitimerait le fait que des violences soient permises dans le système éducatif, mais interdites ailleurs, et il conviendrait que l'on accepte cette situation sans sourciller[91]. Etc. Or, ce fatalisme est un important moteur de conservation sociale. À quoi bon lutter contre la nature ?

[90] "*L'école est, par essence, un lieu de non-droit et de non démocratie*" : Jacques JULIARD cité dans MENDEL Gérard, *Une histoire de l'autorité*, Paris, La Découverte, 2002, p. 96.

[91] "[Les] *violences, contraintes* [scolaires], *dont le sens ordinaire ne doute pas qu'elles concourent au bien des enfants* [...] *s'adressent à ce qui subsiste en eux d'animalité et ont pour but de développer leur humanité.*» : dans DEROUET Jean-Louis, *École et justice. De l'égalité des chances aux compromis locaux ?*, Paris, Métailié, 1992, p. 119. ; « [Le] *problème tient à la définition du statut des élèves : il existe une dissymétrie fondamentale qui fait que l'on ne peut prétendre à un sentiment de commune humanité pleine et entière entre jeunes et adultes* » : dans DEROUET Jean-Louis, "Contrat et établissement scolaire", dans : Evelyne BURGUIÈRE *et. al.* (dir), *Contrats et éducation : La pédagogie du contrat, le contrat en éducation*, coll. CRESAS, Paris, L'Harmattan, 1987, p 95.

Ici encore, l'impact d'une perspective disciplinaire à l'exclusion d'une autre est majeur. Le juriste est peu enclin à regarder, avec le sourire, un domaine de la justice qui s'amenuise comme peau de chagrin. Il connaît trop bien, aussi, les ruses ancestrales qui déguisent mille et une violences en actes prétendument motivés par l'amour. Combien de personnes Staline a-t-il tuées parce qu'il « aimait » son peuple ? Combien de femmes sont-elles quotidiennement violentées et tuées parce que leurs maris les « aiment » ? Le théoricien du droit sait qu'amour et justice ont en commun de refuser la violence et il sait que la discrimination est violence. Il ne peut qu'être méfiant devant un mouvement savant, même concerté, qui restreint la juridiction de la justice et qui, au reste, n'est pour lui synonyme d'aucun bénéfice direct. Au plan statistique, regarder le droit fondamental à l'égalité comme une considération secondaire, face à de soi-disant nécessités éducatives, est certainement beaucoup plus probable en sciences de l'éducation qu'en droit. Ainsi, la survie de pratiques décisionnelles qui mettent à mal chartes et lois anti-discrimination est-elle d'autant plus probable qu'elles deviennent progressivement l'objet exclusif des premières et qu'elles sont ignorées par le second.

Bref, le droit de propriété implicite sur l'objet « évaluation scolaire et universitaire », actuellement détenu par les sciences de l'éducation, est tout sauf dépourvu de conséquences en matière de discrimination en train de se faire. Il ne s'agit pas, rappelons-le encore, de déclarer que la théorie du droit est une meilleure perspective dans l'absolu, mais simplement que, de part et d'autre d'une cloison disciplinaire, les considérations principales ne sont pas les mêmes et que ces dernières ont un impact. Des sociétés qui refusent la discrimination se dotent d'instruments pour la contrer. Elles institutionnalisent de nouvelles pratiques en milieu éducationnel, destinées à rénover la stratification sociale dans un sens égalitaire. Ces pratiques révèlent leur caractère inégalitaire, mais on les perpétue dans le temps, en présentant les préoccupations de justice comme désormais inappropriées à leur endroit. Des sociétés se dotent d'instruments législatifs sophistiqués, apparemment capables de débusquer les pratiques discriminatoires jusque dans

les moindres recoins privés. Les pratiques aux conséquences sociales les plus anodines sont minutieusement soumises à l'examen des juristes et des institutions dévouées à la protection du droit à l'égalité. Comme le remarquent Lajoie et Gamache, au Québec, la distribution des privilèges les plus convoités de nos sociétés — accès aux facultés de médecine, aux postes de pouvoir de toutes sortes — demeure ainsi laissée, par exemple, aux régulations exorbitantes de l'enceinte universitaire. Une zone marquée par une « régulation inégalitaire »[92], par « les rapports de force »[93] et par une dimension inconstitutionnelle.

« *L'évaluation affecte en effet le droit constitutionnel au diplôme* [...]. *Les règles régissant l'évaluation découlent de l'exercice d'un véritable pouvoir réglementaire affectant l'obtention du diplôme, lequel entraîne des effets juridiques que les parties n'ont pas le pouvoir de lui attribuer. Elles sont en conséquence soumises* [...] *à notre avis, à la Charte canadienne des libertés.* [...] *Un fait juridique demeure, peu importe les mots qu'il faudra pour le dire : le corpus de l'enseignement supérieur au Québec se présente comme partiellement dérogatoire aux méta-règles, formelles et explicites, dont le principe de légalité leur impose le respect dans les domaines international et constitutionnel.* »[94]

Une enceinte repoussant un démocratique regardé comme « naturellement » incompatible avec l'éducation et qui, aux yeux de certains analystes, constitue ainsi le dernier bastion des justices traditionnelles[95].

---

[92] LAJOIE Andrée, GAMACHE Michelle, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Thémis, 1990, p. 552,

[93] *Id.*

[94] Id. p. 340 et 550.

[95] Voir : FRIEDMAN Lawrence M., « Limited Monarchy : The Rise and Fall of Students Rights », in KIRD David, JENSON Donald (eds), *School Days, Rule Days. The Legalization and Regulation of Education*, Philadelphie, Falmer Press, 1986.

Les domaines du savant et du politique : des juridictions en renégociation

Face à l'objet évaluation scolaire, face aux pratiques modernes de tri social en milieu éducationnel, les cloisons disciplinaires, dont les effets n'ont cessé de croître au XXe siècle, bernent maintenant l'ensemble des parties en présence. D'un côté, les juristes croient protéger efficacement l'égalité concrète en scrutant les pratiques sociales, même les plus anodines — celles qui mettent en oeuvre la politique commerciale d'un restaurant ou d'un camping et conditionnent l'accès à ces dernier —, mais les plus importantes, celles qui mettent en oeuvre les politiques de sélection et conditionnent l'accès aux privilèges sociaux les plus convoités, sont maintenues à l'écart de cet examen des seuls effets d'un a priori contestable des sciences de l'éducation : la nature soi-disant pédagogique des pratiques de tri. De l'autre côté, les spécialistes de l'éducation croient protéger efficacement la neutralité du savoir en maintenant le droit à l'écart, mais ce faisant, ils se ferment aux politiques égalitaires de l'État et les contrecarrent, le tout pour mieux s'ouvrir aux politiques inégalitaires du tri, pour mieux les cautionner et les perpétuer dans le temps.

Pareil constat mène à un autre : la définition des domaines respectifs de la science et du politique entre aujourd'hui dans une phase de renégociation. Par exemple, pendant des décennies, divers spécialistes des sciences humaines et sociales ont contesté une définition du domaine du droit jusqu'alors trop exclusivement laissée à la solde des juristes. Au nom de la science et par leur labeur, des savants comme Guy Rocher, par exemple, ou comme Norbert Rouland, ont forcé la reconnaissance des possibilités multiples de ce tracé et contré l'impression d'évidence qu'entretenaient les juristes face à une définition du droit réductrice, statocentrée ou arbitrairement associée à l'écrit. À l'inverse, maintenant, face aux pratiques de tri, le juriste conteste une définition du domaine des sciences de l'éducation trop exclusivement laissée à la solde des spécialistes de cet univers. Au nom du droit et par son labeur, il force la reconnaissance des possibilités multiples du tracé de la frontière entre science et politique législative de l'État. Il contre

l'impression d'évidence qu'entretiennent des spécialistes de l'éducation face à une définition « pédagogisante » des pratiques de tri.

Cette phase de renégociation suppose une relecture des relations entre science et gouvernance. Les instruments de réforme égalitaire de la stratification sociale que sont les pratiques de tri sont maintenues lorsqu'on les découvre productrices de discrimination, le tout parce des scientifiques les déclarent nécessaires à d'autres fins. Les instruments étatiques de réforme égalitaire que sont les chartes des droits de la personne, ou plus généralement des lois proscrivant la discrimination, sont ainsi largement neutralisés, le tout parce que des scientifiques déclarent que d'importantes pratiques discriminatoires sont devenues étrangères aux considérations de justice. Un discours scientifique trop peu conscient des espaces de choix qu'il abrite et des exercices de pouvoir qu'il met en place peut ainsi devenir incubateur de la discrimination en train de se faire, en train de creuser les plus grands écarts socioéconomiques de nos sociétés. L'exemple de l'évaluation scolaire est une fois de plus patent. Ici, interdisciplinarité et maturité épistémologique ne sont plus seulement un acte critique nécessaire à la science : il deviennent aussi un acte citoyen nécessaire à la démocratie.

Observons-le : science et politique étatique, ici, cohabitent, conversent et convergent. Retour à la case départ : la perspective du juriste ne peut s'ajouter indistinctement à la masse des autres discours disciplinaires, tout simplement parce que, chez cette dernière, descriptif et normatif coexistent, continuellement, sans fracas et en plein jour. Comme l'écrit Gaudreaut-DesBiens, « *[l]a spécificité du droit, qui le distingue tout autant des sciences humaines que de la théologie, c'est précisément d'être à la fois sciences humaines et théologie, mais une théologie que la science sociale doit rendre véritablement réflexive et une science sociale à laquelle la théologie doit rappeler son triple caractère discursif, décisionniste et prescriptif.* »[96] C'est vraisemblablement à la condition d'une telle prise de conscience qu'un dialogue, véritable et scientifiquement fécond, peut s'amorcer avec les juristes.

---

[96] GAUDREAULT-DESBIENS, J.-F., *loc. cit.*, note 2, p. 29.

Quand le scientifique se penche sur la discrimination pour mieux la contrer, il se rapproche du spécialiste contemporain du droit, qui se penche sur la science pour mieux atteindre, par exemple, les objectifs de production du changement social d'un État propulsif[97]. C'est dire que ce que fait le juriste, ouvertement et par adhésion, constitutive de son identité disciplinaire, à la normativité du droit étatique, le scientifique le fait aussi, mais implicitement et sur le mode du refus, en externalisant les motifs subjectifs de son choix d'objet d'étude ou en fuyant la dimension « projectuelle » du savoir[98]. Lorsque la science reconnaît les zones de choix qui lui sont inhérentes, la boucle ontologie/politique peut librement émerger à la conscience. La linéarité disjonctive du savant et du politique de l'univers webérien, utile et nécessaire au plan heuristique, ne divise plus le monde en deux juridictions imperméables l'une à l'autre, mais fait place à une circularité conjonctive, où descriptif et engagement normatif contemplent sereinement leur interdépendance et leur complémentarité. Dans un bilan des plus grands développements de la philosophie des sciences au XXe siècle, dressé autour des apports de Popper, Kuhn, Lakatos et Fererabend, Chalmers peut-il ainsi conclure à la nécessité d'une nouvelle façon d'envisager une saine scientificité : celle où on s'assure que les buts poursuivis dans le discours s'harmonisent aux effets produits par ce discours :

« *L'idéologie de la science* [...] *utilise le concept douteux de science et le concept douteux de vérité qui lui est souvent associé, en général à l'appui d'une position conservatrice.* [...] *Rien ne nous autorise à intégrer ou rejeter des connaissances en raison d'une conformité avec un quelconque critère donné de scientificité.* [...] *Si, par exemple, notre visée est de nous interroger sur telle ou telle version* [...], *nous devrons alors nous interroger*

[97] Pendant que l'État gendarme donne des ordres et punit la désobéissance, pendant que l'État-providence comble des besoins sociaux jadis assumés par le charitable privé, l'État propulsif prescrit le changement social jugé souhaitable et somme ses agents de chercher à le produire. Voir : MORAND, Charles-Albert, *L'État propulsif*, Paris, Publisud, 1989.

[98] Une dimension projectuelle au sens où l'entend par exemple Ernst Glasersfeld dans sa célèbre introduction au constructivisme radical.

sur ses buts, savoir dans quelle mesure ils ont été atteints et connaître les forces ou les facteurs qui agissent sur son développement. Nous pourrons alors évaluer si ce pour quoi elle est conçue est souhaitable, évaluer à quel point ses méthodes lui permettent d'atteindre ses objectifs et juger les intérêts qu'elle sert. »[99]

Contre toute attente, finalement, le juriste n'est plus ici plombier de luxe. Il devient celui dont le savoir est source de modèles utiles pour réaliser ce que, en sciences humaines sociales, on regarde encore souvent comme impensable ou délétère : une saine prise en compte du politique — contrôlée, sporadique, réflexive et assumée — à l'intérieur du scientifique. Les relations entre les perspectives des sciences humaines et sociales et celles du droit étatique peuvent alors entrer dans une nouvelle phase, marquée par la conscience accrue de leur différence, mais aussi par la découverte de ce qui les unit. Un dialogue entre différentes perspectives universitaires, véritable et concrètement utile, peut alors s'effectuer autour de la discrimination. Un dialogue réunissant enfin les conditions d'une nécessaire concertation du scientifique et du démocratique autour d'un fléau.

Le plus étonnant, dans tout ça, c'est peut-être que, du fond de sa cellule, Gramsci ait déjà compris tout ça. Il savait que l'État, son appareil et son droit, ne sont source que de très peu de pouvoir de gouvernance concret s'ils ne sont pas accompagnés d'une vision du monde — d'une « idéologie » au sens gramscien — capable de les soutenir au lieu de les contrecarrer[100]. L'État, s'il ignore et n'obtient

[99] CHALMERS Alan, *Qu'est-ce que la science ? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Paris, La Découverte, 1987, p. 266, 267.

[100] Rappelons que l'idéologie, chez Gramsci, n'a pas la connotation péjorative qu'elle pouvait avoir chez Marx, qu'elle est plutôt vision du monde et puissance pédagogique de gouvernance. À cet effet, entre autres : LEVY, Carl, « Max Weber et Antonio Gramsci », in MOMMSEN Wolfgang J., OSTERHAMMEL Jürgen (dir.), *Max Weber and his Contemporaries*, London, Unwin Hyman, 1987 ; CAIN Maureen, "Gramsci, The State and the Place of Law", in SUGARMAN David (dir.), *Legality, Ideology and the State*, London, Academic Press, 1983.

pas le concours de sa propre moitié civile, celle qui se cache dans l'acte pédagogique et savant, celle qui transforme les intellectuels armés de plumes en d'officieux fonctionnaires, voit décliner sa capacité de produire le changement social dans le sens voulu. Bien sûr, en ce deuxième millénaire, l'heure n'est plus aux exaltations révolutionnaires, mais la dimension politique aujourd'hui surannée des convictions personnelles de Gramsci ne change rien à l'actualité brûlante de ses constructions théoriques. À nous de l'entendre enfin, si la lutte contre la discrimination nous tient *vraiment* à coeur.