

*La place grandissante du droit et du juge dans l'évaluation et la sanction des études, source d'équité ?**

LE PÉDAGOGUE « *SOUS* *CONTROLE JUDICIAIRE* »

par Jean-Marie DERMAGNE**

Subsiste-t-il une « immunité pédagogique » qui protégerait l'action évaluative de l'enseignant de la censure des juges ? Cette censure et les règles légales sur lesquelles elle se fonde contribuent-elles à l'équité de cette action ? Ces questions seront au cœur de la présente contribution.

Introduction

C'est devenu un truisme que d'affirmer que le droit a envahi l'école. Le constat a d'abord paru effrayant à beaucoup d'acteurs de la vie scolaire. Mais, s'inscrivant dans un mouvement vaste et sans doute planétaire de *judiciarisation* de l'activité humaine, le « *droit scolaire* » paraît à présent être entré dans les mœurs au point qu'on a déjà pu faire l'observation, dans plusieurs pays, d'une assimilation par l'école de la *culture juridique*, phénomène qu'illustrent, par exemple, la prédominance de la *règle écrite*, la dialectique des *droits et devoirs* ou la régulation de la vie interne par des *contrats*. L'évolution qui paraît uniforme a été plus ou moins rapide selon les traditions nationales : en Allemagne, il y a belle lurette que les parents ont commencé à saisir les tribunaux à tout bout de champ pour des litiges scolaires alors qu'en France ou en Belgique, les usagers du système scolaire - mais cela vaut pour l'ensemble des usagers des services publics - ne se sont vus reconnaître des droits dits *subjectifs* que depuis, grosso modo, une vingtaine d'années. La vague a enflé avec la montée du *consumérisme*, ainsi qu'avec la révolution copernicienne qu'a constitué le fait de mettre « *l'élève au centre du système éducatif* ».

L'évolution ne s'est pas faite sans heurts et sans réactions (au sens politique du

Avertissement

L'apparition ou l'introduction (comme disent ceux qui sont favorables au phénomène), l'immixtion ou l'intrusion (selon ses détracteurs) du droit dans l'école ont donné naissance à certains néologismes dont il n'est pas inutile de préciser la signification : « judiciarisation » et « juridisation ». Si ce qui est judiciaire est relatif à la justice et à son administration, la judiciarisation de l'école désigne l'inflation des recours aux tribunaux introduits par les élèves ou leurs parents, alors que la juridisation évoque la multiplication des normes juridiques régulant la vie de l'école et à l'école. Ces deux phénomènes concomitants ont tous deux pour origine le développement de la culture juridique au sein de la société mais ils sont parfois en opposition : on a eu souvent recours aux juges parce que la norme juridique faisait défaut, parce qu'elle était imprécise ou ambiguë, alors que, on le verra, des règles juridiques détaillées, claires et précises réduisent le nombre de conflits possibles et, par conséquent, les recours au juge.

terme) dans l'institution scolaire. De surcroît, au sein même de l'institution garante de l'application du droit, à savoir l'appareil juridictionnel, se dessinent des mouvements de reflux visant à restituer à l'appareil scolaire « *l'immunité* » perdue, à tout le moins à lui préserver des sphères importantes d'autonomie. C'est particulièrement vrai, on le verra, dans le domaine, traité ici, de l'évaluation des élèves ou des étudiants. Si des procès en « *malfaçon pédagogique* » ont été engagés, rarissimes sont ceux qui ont abouti.

Après un aperçu des *sources* juridiques du contrôle exercé par les juges sur le contentieux que font naître les évaluations et les examens, seront étudiés successivement l'*objet* de ce contrôle et son *étendue*.

I. Fondement du contrôle juridictionnel

L'arrivée du juge dans l'école a pour origine historique, et en même temps pour

(*) Conférence présentée dans le cadre du 16^{ème} colloque international de l'ADMEE - Europe (Association pour le Développement des Méthodologies de l'Évaluation en Éducation), Liège, 4-6 septembre 2003.

(**) Avocat, Directeur du Service d'information et de recherche sur le droit de l'enseignement (S.i.r.d.e.-UCL-Louvain-la-Neuve).

Le contentieux des renvois définitifs, « cheval de Troie » du juge au sein de l'école

fondement juridique, des *Conventions internationales* dont les lois nationales se veulent le prolongement et les décisions de justice, la concrétisation.

Bien qu'elle ne se soit pas vue reconnaître une portée contraignante, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1948, d'une portée morale considérable, proclame le *droit à l'éducation*. Elle précise que l'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement fondamental, ajoutant que l'enseignement élémentaire est obligatoire, que l'enseignement technique et professionnel doit être généralisé et que l'accès aux études supérieures doit être ouvert *en pleine égalité* à tous, en fonction de leurs mérites. Selon la *Déclaration*, c'est l'intérêt de l'enfant qui doit être recherché et l'enseignement doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine ainsi qu'au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le *Premier protocole additionnel* à la *Convention européenne des droits de l'homme* (1952) établit comme règle que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction ». Très tôt, la Cour européenne des droits de l'homme (qui siège à Strasbourg) a précisé que le « droit à l'instruction » doit comprendre, d'une part, le droit d'accès aux établissements d'enseignement existants à un moment donné, mais, d'autre part, le droit de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi et, plus particulièrement, le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque État, la *reconnaissance officielle des études accomplies*¹.

Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (1966) proclame quant à lui le « droit de toute personne à l'éducation ». La *Convention relative aux droits de l'enfant* adoptée par l'O.N.U. (1989) garantit, elle aussi, à tout être humain âgé de moins de 18 ans (sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable), le « droit à l'éducation », en précisant que ce droit impose aux États de rendre l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous, de promouvoir l'accès à l'enseignement secon-

daire et à l'enseignement supérieur, de prendre des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire, et de veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain.

La *Constitution belge* consacre, depuis 1988, le droit de chacun à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux ainsi que l'*égalité* de tous (élèves, étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement) devant la loi ou le décret.

Dès 1975, la *Charte des droits et libertés* adoptée par le Québec proclamait le droit à l'instruction publique gratuite.

Retenons, parce qu'elles seront la source de beaucoup de normes particulières et le fondement d'une jurisprudence importante que l'exigence d'égalité et la prohibition de toutes discriminations, qui s'appuient sur les textes qui viennent d'être évoqués, ont orienté le droit scolaire et influencé le contentieux de l'enseignement.

II. Objet du contrôle juridictionnel

La loi n'a jamais été absente de l'école et c'est même elle qui a permis son essor, par exemple en imposant l'obligation scolaire et la gratuité. Au demeurant, la vie scolaire a toujours été régie par une masse de règlements ou de circulaires. Mais, au quotidien et dans la pratique, la « loi » était incarnée par l'autorité du ministre, celle des inspecteurs ou des directeurs, dépositaires en quelque sorte d'un pouvoir arbitraire « légitime ». Fonctionnant depuis toujours sur la base d'un rapport d'« autorité-soumission », quasiment élevé au rang de valeur transcendante, c'est avec beaucoup de réticence que l'école a

dû tolérer « l'intrusion d'un contrôle extérieur de légalité, avec sa froide mécanique, ses prétentions égalitaires et son refus des zones d'extraterritorialité juridique »².

Les premiers recours des usagers du service public de l'enseignement auprès des juridictions administratives ou judiciaires remontent, en Belgique comme en France, au début des années soixante-dix (Mai 1968 n'y est sans doute pas étranger). Les premières décisions ont été rendues sur des recours émanant d'étudiants de l'enseignement supérieur. C'est le contentieux des renvois définitifs qui fut, en quelque sorte, le « cheval de Troie » du juge au sein de l'institution scolaire. Dès 1977, le Conseil d'État de Belgique énonça le principe - qui ne fut jamais démenti par la suite - qu'« une sanction disciplinaire aussi grave que le renvoi d'un étudiant de l'établissement d'enseignement qu'il fréquente ne peut être décidée valablement que si l'intéressé a été préalablement entendu sur les faits qui lui sont reprochés et que cette audition n'a de sens qu'autant qu'elle permette une défense utile, ce qui suppose, non seulement que l'élève ou l'étudiant soit informé des charges retenues contre lui, mais encore qu'il soit mis en mesure d'en discuter les preuves »³. Le même Conseil d'État, ajouta, en 1979, que toute mesure disciplinaire devait être précédée de l'*audition* de celui qui en est menacé⁴. Le Conseil d'État de Belgique vérifia également très tôt si la sanction disciplinaire ne devait pas être annulée en raison de sa *démessure*⁵. Le Conseil d'État de France s'est reconnu, plus tard, un pouvoir de censure à l'encontre d'une décision disciplinaire fondée sur un règlement d'ordre intérieur d'un établissement (en se référant aux droits et libertés fondamentaux inscrits notamment dans les textes internationaux évoqués ci-dessus). C'était dans la célèbre affaire dite du *foulard islamique*⁶.

(1) C.E.D.H., 23 juillet 1968, Rec., Série A, n°6, et C.E.D.H., 7 février 1976, Rec., Série A, n°23

(2) Martens P, « Les droits de l'homme : à l'école aussi ? », *Administration publique*, 1989, p.p.225 à 242

(3) Conseil d'État (B), arrêt *Rochet*, n°18207 du 1^{er} avril 1977

(4) Conseil d'État (B), arrêt *Feremans*, n°19984 du 18 décembre 1979

(5) Conseil d'État (B), arrêt de *Cock*, n°20116, du 19 février 1980

(6) Conseil d'État (Fr), arrêt *Kheroua*, du 2 novembre 1992

Les dispositions législatives adoptées depuis dix ans ont eu pour effet de dégonfler le contentieux des examens

Partant du contentieux disciplinaire, le contrôle judiciaire s'est étendu au contentieux des refus d'inscription. Illustration : le Conseil d'État de Belgique décida que le recteur d'une Université de l'État (en l'espèce l'Université de Gand) était tenu d'inscrire quiconque remplit les conditions fixées par la loi et que son refus ne pouvait se fonder que sur les motifs prévus par la loi, soit qu'elle lui impose, soit qu'elle lui permette, de refuser une inscription (en l'occurrence, le recteur fut censuré parce qu'il avait pris prétexte de ce que le coût d'un « tripleur » n'était pas subventionné), le Conseil d'État énonçant la règle que les étudiants « *en tant qu'utilisateurs d'un service public organisé par l'autorité même peuvent prétendre aux garanties offertes par le régime de droit caractéristique de tout service public organisé par l'autorité* »⁷. Dans le même ordre d'idée, le président du tribunal de première instance de Nivelles a jugé qu'un conseil de classe « *ne pouvait refuser l'inscription d'un tripleur en première année rénovée dans le but de sauvegarder la qualité de l'enseignement, pour ne l'accepter qu'en section professionnelle* »⁸.

L'inflation des litiges en matière de discipline scolaire et de refus d'inscription a débouché, en Belgique, sur une clarification législative opérée au cours des années quatre-vingt-dix, au travers de différents textes législatifs ou réglementaires, notamment le décret de la Communauté française du 24 juillet 1997, définissant les *missions prioritaires* de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre ou, pour l'enseignement supérieur, l'arrêté du gouvernement de la Communauté française du 2 juillet 1996 fixant l'organisation de l'année académique et les conditions de refus d'une inscription et portant règlement général des examens dans les Hautes Ecoles.

Venons-en au contentieux de l'évaluation et des examens. Dans ce domaine, le contrôle opéré par le juge a porté successivement sur :

- la composition de l'organe de décision (jury, conseil de classe)⁹,

- l'organisation des examens¹⁰,
- les refus d'homologation des diplômes¹¹,
- la motivation formelle des décisions¹².

L'intervention répétée du juge dans ces domaines a, elle aussi, provoqué, en Belgique francophone, des clarifications législatives, tous les établissements scolaires devant désormais disposer d'un « *règlement des études* » portant notamment sur l'organisation des épreuves à caractère sommatif, le déroulement des délibérations et les modalités de communication des décisions. Pour l'enseignement fondamental et secondaire francophone, le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement obligatoire détermine ce que le *règlement des études*¹³ doit contenir (art. 78 et 96). Il attribue au « conseil de classe », dans l'enseignement secondaire, la responsabilité de l'orientation des élèves et le pouvoir de décider du passage d'une classe à l'autre et de délivrer les diplômes, certificats et attestations de réussite. Il fixe la composition du conseil de classe ainsi que son mode de délibération et subordonne la régularité de ses décisions à l'existence d'une « *motivation précise* ». *Petite révolution* : il organise des recours internes et externes contre les décisions d'échec (ou de réussite avec restriction) prises par les conseils de classe. Dans l'enseignement supérieur, les arrêtés royaux du 26 février 1984 et du 3 novembre 1987 édictent des *règlements généraux des études*, le premier pour l'enseignement de type long, le second pour l'enseignement de type court. Pour l'enseignement universitaire francophone, le décret du 5 septembre 1994 encadre l'organisation des études, régit notamment la composition des jurys et l'organisation des examens et impose aux Universités l'adoption d'un *règlement des exa-*

mens qui doit fixer notamment les périodes des examens, les conditions d'inscription aux examens, les modalités de l'organisation et du déroulement des examens, les modes de composition et de fonctionnement des jurys, les conditions d'octroi, par les jurys, du report de notes d'examens, les modes de publication des décisions des jurys, les modes d'introduction, d'instruction et de règlement des plaintes d'étudiants relatives à des irrégularités dans le déroulement des examens (art. 31). En vertu d'un décret du 5 août 1995, les Hautes Ecoles établies en Belgique francophone ont toutes un règlement général des études ainsi qu'un règlement général des examens, lequel a été défini par un arrêté du gouvernement du 2 juillet 1996 qui organise notamment un recours interne à un « *jury restreint* » en cas de plainte d'un étudiant relative à une irrégularité dans le déroulement des épreuves (art. 25 à 27).

Dès lors qu'elles précisent les droits et obligations de chacun des acteurs de la vie scolaire et organisent des recours administratifs, les dispositions législatives adoptées depuis une dizaine d'années ont eu pour effet de dégonfler le contentieux des examens. Si, dans l'enseignement secondaire de la Communauté française de Belgique, les contestations soumises aux Conseils de recours, créés au sein de l'administration de l'enseignement, ont été de 260 en 1998, 418 en 1999, 436 en 2000, 593 en 2001 et 639 en 2002 (le pourcentage des recours qui ont été accueillis et ayant par conséquent donné lieu à de nouvelles décisions d'orientation se situant dans une moyenne entre 20 et 25 %), très peu de décisions des Conseils de recours ont été soumises à la censure ultérieure du juge. On peut dès lors considérer que l'on assiste actuellement à une « *déjudiciarisation* » de l'école et que ce

(7) Conseil d'État (B), arrêt Vergauwen, n°16803, du 7 janvier 1975

(8) Civ. Nivelles, Réf. 30 octobre 1987, Journal des procès, 1987, n°117, p.24 et note. J-M Dermagne

(9) Conseil d'État (B), arrêt Leesberg, n°2414, du 30 avril 1953 ; arrêt Daudalet, n°8241, du 7 février 1961 ; arrêt Wintergroen, n°12837, du 22 février 1968 ; arrêt Séghers, n°26182, du 18 février 1986

(10) Conseil d'État (B), arrêt Loodts, n°19875, du 30 octobre 1979 ; arrêt Brack, n°20324, du 13 mai 1980

(11) Conseil d'État (B), arrêt Dieleman, n°22219, du 28 avril 1982 ; arrêt Triboux, n°23395, du 23 juin 1983

(12) Conseil d'État (B), arrêt Bruynseraede, n°24691, du 26 septembre 1984

(13) Pour les établissements organisés par la Communauté française de Belgique, le règlement des études est fixé par un arrêté du gouvernement du 28 juillet 1998

Le juge peut vérifier si l'examen a porté sur un cours dont l'intitulé est conforme aux programmes

processus est provoqué par la « *juridisation* » de celle-ci.

III. Étendue du contrôle juridictionnel

Le juge parvient-il à être un garant de l'équité des procédures d'évaluation ?

Il est un fait que la jurisprudence se montre exigeante au sujet du respect des règles relatives à l'organisation des épreuves, à la composition des jurys et au mode de délibération. Aussi quant à la motivation formelle des décisions.¹⁴ Quelques exemples : la motivation doit être contenue dans la décision et son défaut ne peut être couvert par une justification ultérieure tirée du dossier de l'étudiant¹⁵; la motivation doit être claire, précise et adéquate en ce sens que les motifs invoqués doivent être en rapport étroit avec la décision, ce qui rend inacceptables les formules stéréotypées¹⁶. À noter toutefois que lorsque les critères de réussite sont définis par des pourcentages minima à obtenir sur l'ensemble des cours ou pour chacun de ceux-ci, la plupart des décisions se contentent d'une référence aux notes obtenues¹⁷. Il a été jugé qu'une école ne pouvait imposer par la voie d'un règlement interne la nécessité d'obtenir dans une matière une moyenne supérieure à celle fixée par un règlement général¹⁸. La légalité externe de l'évaluation est, on le voit, très contrôlée et le formalisme qui se dégage des jugements et arrêts est parfois mal perçu par le pédagogue qui n'y voit pas un gage d'efficacité. *Mais ce formalisme n'est-il pas le prix à payer pour garantir une équité minimale ?*

Le contrôle juridictionnel peut également porter sur le contenu des décisions (ce contrôle est qualifié de contrôle de légalité interne, par opposition au contrôle de légalité externe évoqué ci-avant). Les juridictions se sont déclarées compétentes pour vérifier si le jury d'examen a fondé sa décision sur des critères légalement admissibles¹⁹ et pour contrôler la violation éventuelle du principe d'égalité²⁰. Quant à la manière dont

le jury a exercé son pouvoir d'appréciation, certaines décisions juridictionnelles ont estimé pouvoir vérifier si les motifs invoqués ne sont pas *déraisonnables*²¹, ou si la décision n'a pas été prise sur la base d'*allégations vagues* qui ne permettent pas de connaître les points précis qui posent problème²². L'intervention du juge peut aussi se fonder sur la méconnaissance du principe de la *sécurité juridique*²³. En outre, le juge peut vérifier si l'examen a porté sur un cours dont l'intitulé est conforme aux programmes²⁴. Récemment, le Conseil d'État de Belgique a annulé la décision d'un jury d'examen qui avait refusé un étudiant pour *plagiat*: il a estimé que la reproduction d'extraits d'un ouvrage dont il était expressément permis de se servir lors de l'examen, même si les références de la citation n'étaient pas mentionnées, ne constituent pas une fraude ou un plagiat²⁵.

Si un contrôle juridictionnel portant sur les « *critères corrects admissibles en droit* » dans l'évaluation d'un travail de fin d'études, sur l'« *erreur manifeste d'appréciation* » commise par un jury, ou sur le « *caractère manifestement déraisonnable* » de la décision de celui-ci peut être perçu par le pédagogue comme une

immixtion abusive dans ses compétences, il importe de savoir que les juges n'exercent le pouvoir qu'ils se reconnaissent qu'avec une extrême parcimonie. Les cas où les évaluations des enseignants ont été censurées pour des motifs tenant au fondement même de la décision sont rarissimes. Les juridictions décident, en règle, que « *c'est au jury qu'il appartient de déterminer les questions qui doivent être posées comme de porter une appréciation sur les réponses qui y sont données* », l'annulation d'une épreuve d'examen ne pouvant intervenir que « *s'il était manifeste que les questions posées n'avaient pas le caractère de celles qui peuvent l'être dans une telle épreuve ou qu'elles avaient comme unique but de mettre un candidat en difficulté* »²⁶. Il a été jugé aussi « *qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de se substituer au jury dans l'appréciation de la valeur de l'exposé fait par le requérant* », lorsque « *celui-ci n'établit pas que le jury aurait commis une erreur manifeste dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation* »²⁷. Les juges considèrent qu'il ne leur appartient pas de « *se substituer au jury dans l'appréciation de la valeur du travail fait par les candidats* » sauf « *si les résultats obtenus par*

(14) Conseil d'État (B.) arrêt Loots n° 19875 du 30 octobre 1979, Conseil d'État (B.), arrêt Brack n° 20324 du 13 mai 1980

(15) Conseil d'État (B.) arrêt n° 45417 du 28 décembre 1993

(16) Juge des référés de Gand, 9 octobre 1992, TO.R.B., 93-94, p. 276 ; Juge des référés de Namur, 8 janvier 1993, Journal du droit des jeunes, mars 1993, p. 63 ; Conseil d'État (B.), arrêt Damilot n° 43070 du 24 mai 1993 ; Conseil d'État (B.), arrêt n° 45691 du 10 janvier 1994 ; Conseil d'État (B.), arrêt n° 45694 du 19 janvier 1994 ; Conseil d'État (B.), arrêt n° 46448 du 7 mars 1994 ; Conseil d'État (B.), arrêt n° 57959 du 31 janvier 1996 ; Juge des référés de Bruxelles, 31 août 2001, Journal du droit des jeunes, octobre 2001, p. 36

(17) Cour d'appel de Liège, 23 février 1993, Journal du droit des jeunes, avril 1993, n° 124, p. 39

(18) Juge des référés de Bruxelles, 31 août 2001, déjà cité

(19) Conseil d'État (B.), arrêts Zoete n° 21167 du 12 mai 1981 et n° 22446 du 8 juillet 1982 qui censurent la décision d'un jury chargé d'évaluer un travail de fin d'études parce qu'il avait mis l'accent de manière excessive sur le développement théorique du sujet alors que l'auteur du travail accomplissait des études devant assurer surtout une formation pratique.

(20) Conseil d'État (B.), arrêt Rammant n° 25491 du 18 juin 1985 ; Cour d'appel de Bruxelles, 14 janvier 1993, Journal du droit des jeunes, 1994, n° 142, p. 29 ; Cour d'appel de Liège, 16 avril 1998.

(21) Conseil d'État (B.), arrêt Scholiers n° 26183 du 18 février 1986

(22) Conseil d'État (B.), arrêt Seghers n° 26182 du 18 février 1986

(23) Juge des référés de Bruxelles, 14 août 1996 qui ordonne une nouvelle délibération sous astreinte parce que le conseil de classe avait décidé de reporter, pour cause de grève des enseignants, les notes obtenues au quatrième trimestre sur le troisième trimestre alors que, pour l'élève concernée, le quatrième trimestre avait été beaucoup moins bon que les deux premiers.

(24) Juge des référés de Mons, 3 septembre 1997.

(25) Conseil d'État (B.), arrêt 104.009 du 26 février 2002

(26) Conseil d'État (B.), arrêt n° 22285 du 26 mai 1982

(27) Conseil d'État (B.), arrêt n° 18668 du 4 janvier 1978

Le juge ne substitue pas son appréciation à celle des organes pédagogiques

certains étaient dus à une erreur manifeste »²⁸. Jugé également que « la possibilité de présenter une seconde session d'examens relève du pouvoir d'appréciation du jury », celui-ci « ne commettant pas d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que le défaut d'accomplissement d'un stage – fût-ce pour des raisons de santé – auquel s'ajoutaient des échecs, imposait que l'étudiante recommence son année »²⁹. La cour d'appel de Liège a, quant à elle, estimé que « s'agissant d'un enseignement artistique dans lequel la qualité des travaux pratiques présentés par l'étudiant revêt plus d'importance que l'étendue de ses connaissances théoriques, on ne peut concevoir qu'un diplôme soit délivré à une étudiante qui, en dernière année, échoue dans son cours principal, quelles qu'aient été ses notes obtenues dans les autres cours, qu'ils soient généraux ou techniques »³⁰. On le voit, si le contrôle se veut large, l'autonomie de l'enseignant paraît bien, dans les faits, être assez largement sauvegardée.

Il importe de souligner enfin que, lorsque intervient une censure du juge, celui-ci ne substitue pas son appréciation à celle des organes pédagogiques. S'il y a suspension, écartement ou annulation de la décision, une nouvelle délibération devra avoir lieu et, si elle aura, en principe, à tenir compte des motifs de la censure par le juge, la décision qui en résultera restera néanmoins discrétionnaire. Ainsi, la cour d'appel de Liège a-t-elle énoncé le principe que « l'évaluation des connaissances de l'étudiant reste du domaine réservé des seules personnes chargées de l'enseignement dans l'école concernée »³¹.

Les mêmes évolutions ont été observées en France³² et au Québec³³. Obtenant du tribunal administratif de Paris, par un jugement du 11 juin 1997, l'annulation d'un refus de prendre en compte des notes supérieures à 10 obtenues lors d'une session précédente du bac, le candidat dut se contenter d'une injonction faite à l'administration de réexaminer son dossier. Un élève de collège, privé de sept heures hebdomadaires de cours pendant l'année scolaire 78-79, n'obtint du Conseil d'État de France, dix ans plus tard (décision du 27 janvier 1988), que le



constat que cette privation avait été irrégulière. Dont acte...³⁴ Au Québec, la loi sur l'instruction publique entrée en vigueur en 1988 a ouvert aux élèves (ou à leurs parents) des écoles primaires ou secondaires publiques, insatisfaits d'une décision quelconque les concernant, un droit de recours auprès du « Conseil des commissaires » à qui est reconnu le pouvoir de substituer sa décision à celle soumise à son contrôle. Si les juridictions peuvent ensuite être saisies, elles n'interviennent que pour censurer une décision illégale ou arbitraire (l'arbitraire étant qualifié d'abus de discrétion) et, lorsqu'il y a censure, elles se contentent généralement d'annuler la première décision et renverront à l'autorité scolaire compétente le soin de prendre une nouvelle décision conformément à la loi. Ce n'est que s'il est établi d'emblée que le requérant a satisfait aux conditions

prévues par la loi ou les règlements pour passer d'une classe à l'autre que le juge fera injonction à la Commission scolaire de prendre une décision que la loi lui prescrit de prendre. On relèvera que la jurisprudence québécoise en matière d'évaluation pédagogique est, à la fois, peu abondante et peu favorable aux demandeurs. Dans une affaire *Boyer* (1993), la Cour d'appel a décidé, que « les tribunaux de révision judiciaire ne s'immiscent pas dans les activités académiques et le fonctionnement interne des institutions d'enseignement, plus particulièrement lorsqu'il s'agit de matières relatives aux examens et à l'application des normes d'évaluation, sauf en cas de circonstances tout à fait exceptionnelles, comme par exemple lorsque l'institution d'enseignement a fait preuve de mauvaise foi ou a agi de façon déraisonnable, arbitraire ou discri-

(28) Conseil d'État (B.), arrêt n° 26265 du 12 mars 1986

(29) Conseil d'État (B.), arrêt n° 44296 du 1^{er} octobre 1993

(30) Cour d'appel de Liège, 16 avril 1998, déjà cité

(31) Cour d'appel de Liège, 14 décembre 1993, *Journal du droit des jeunes*, 1994, n° 136, p. 38 ; Voy. aussi Juge des référés de Bruxelles, 22 août 1996 A.J.T., 96-97, p. 376.

(32) Voy. Frédéric Séval, « La jurisprudence scolaire », *Les cahiers pédagogiques*, n° 364, mai 1998, p. 14

(33) Voy. Jean-Pierre Proulx, « Perspectives juridiques et judiciaires de l'évaluation pédagogique, Mesures et évaluation en éducation », volume 17, 1993, n° 1, p. 5 à 43

(34) Ses parents lui avaient fait donner les cours manquants par un précepteur et parent, dans le cadre d'une action en dommages et intérêts, obtenir le remboursement des dépenses effectuées.

Après vingt ans de flux, on constate un reflux dans la judiciarisation de l'école.

minatoire ». Dans un arrêt *Descheneaux* (1990), la Cour supérieure avait décidé que « des imperfections dans un examen ou son degré de difficulté ne constituent pas en soi un abus de pouvoir justifiant une intervention judiciaire » et qu'« il n'appartient pas aux tribunaux de vérifier et de corriger les lacunes qui peuvent se glisser dans l'élaboration d'un examen. » Dans un arrêt *Melancon* (1988), la même Cour supérieure avait considéré que « supposant même que la thèse de la mauvaise foi fut vraie, elle ne donnerait pas ouverture à la conclusion recherchée, à savoir une ordonnance de décerner le grade demandé : elle autoriserait seulement, si les circonstances le permettent, une ordonnance à la défenderesse de permettre à l'étudiant de poursuivre en toute équité les études nécessaires à l'obtention du grade recherché, à défaut de quoi celui-ci pourrait obtenir la réparation du préjudice subi ».

Au Québec, comme en Belgique ou en France, ce n'est pas parce qu'une décision est injuste ou illégale que le requérant a droit à son diplôme ou à la note de passage: il a simplement le droit de refaire tout ce qui est nécessaire pour satisfaire aux conditions de réussite. Il aura droit, le cas échéant, à une réparation, si la faute commise engage la responsabilité civile de l'établissement scolaire. Le cœur de l'action du pédagogue est sauvegardé et demeure ainsi vierge de tout empiètement du juge.

Conclusion

Le contrôle juridictionnel de l'évaluation n'a-t-il pas pour préoccupation l'efficacité de celle-ci ? Sans doute pas. En revanche l'équité, définie comme étant la « notion de la justice naturelle dans l'appréciation de ce qui est dû à chacun » (Petit Robert, 2000), est son souci constant. Pour être équitable, l'évaluation doit être impartiale et juste. Le juge, on l'a vu, y veille.

Comment ? Essentiellement en vérifiant le respect de la loi, entendue comme norme générale et écrite, facteur de sécurité, d'objectivité et d'impartialité. Le

contrôle juridictionnel a aussi pour objet le respect du principe d'égalité, fondement des régimes démocratiques.

Le régime de l'état de droit – opposé à l'arbitraire – que postule la démocratie, comporte le droit pour les particuliers, qu'ils soient agents de l'administration, administrés, usagers des services ou simplement citoyens, de faire sanctionner par un juge indépendant les manquements de l'administration, ses dysfonctionnements ou simplement les conséquences de son action qui entraînent des dommages.

Le champ du contrôle est énoncé, en règle, d'une manière large : « le droit subjectif de chacun à l'enseignement et à son corollaire nécessaire, la délivrance d'un diplôme sanctionnant les études poursuivies dans le cadre de l'instruction reçue, permet au juge, sans toucher à l'autonomie du pouvoir organisateur, libre de son projet pédagogique, d'exercer son contrôle sur l'éventuel défaut de base légale des décisions prises, sur les motifs de ces décisions, sur l'atteinte éventuelle au droit d'égalité, sur la composition du conseil de classe ou du jury ayant décidé, et sur la manière dont celui-ci a exercé son appréciation »³⁵.

Mais, que les évaluateurs se rassurent, le juge est par nature prudent, voire pusillanime. Il ne pénètre qu'avec réticence et circonspection sur le terrain pédagogique qu'il ne connaît pas. Rarissimes sont les décisions qui censurent un organe pédagogique en contestant « la manière dont celui-ci a exercé son appréciation ». De surcroît, lorsqu'il y a censure, le juge s'abstient de substituer, à la décision du pédagogue, la sienne propre (ce qui, soit dit au passage, nuit à l'efficacité immédiate du recours juridictionnel...). Il trace tout au plus des pistes par un rappel de la norme.

Depuis une dizaine d'années, des textes légaux généraux ont encadré la masse des arrêtés et circulaires inondant les

établissements scolaires. Il en est résulté, globalement, une clarification, au sein de l'institution scolaire, des droits et devoirs de chacun avec, corrélativement, une plus grande équité dans les rapports entre enseignés et enseignants. Après vingt ans de flux, on constate un reflux dans la judiciarisation de l'école.

Le droit a certes « envahi » l'école mais, il en a été de même pour tous les secteurs de la vie sociale, avec pour conséquence que la maîtrise du phénomène nous échappe : le droit est, a-t-on fait observer, une discipline « ancillaire » : « il ordonne les flux sociaux, il ne les crée pas »³⁶. Au sujet des craintes des enseignants, si elles subsistent, les observations faites par Paul Martens en 1988³⁷ demeurent on ne peut plus pertinentes et serviront de conclusion : « on peut comprendre que l'enseignant, déjà perdu dans une jungle de règlements parfois indéchiffrables, répugne à subir, en plus, la censure d'un juge dont le vocabulaire n'est pas toujours exempt d'esotérisme. C'est pourquoi, s'il est souhaitable que le juge n'empiète pas sur le territoire du pédagogue, il est essentiel que celui-ci connaisse les exigences de la légalité et qu'il les intègre à sa pratique. S'il veut lire attentivement les décisions qui lui paraissent à première vue abusives, il constatera que la plupart d'entre elles se bornent à formuler des exigences d'objectivité, de sérénité et de contradiction qui, non seulement sont compatibles avec la pédagogie, mais qui peuvent lui servir de travaux pratiques. À quoi rime un apprentissage théorique des vertus de la démocratie sans un exercice de leur connaissance empirique ? ». L'émergence d'une équité plus grande dans les rapports intra-scolaires a un prix : le respect du droit.

(35) Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 14 janvier 1993, déjà cité. Voy. aussi Cour d'appel de Liège, 16 avril 1998.

(36) A-C Van Gysel, L'« intérêt de l'enfant, Principe général de droit ? », *Revue générale de droit civil*, 1988, p. 200.

(37) P. Martens « Les droits de l'homme : à l'école aussi ? », déjà cité.