

L'Etat de droit et l'état du droit

L'efficacité de la justice, la lutte contre la corruption et les biens mal acquis, l'indépendance de la magistrature, la déontologie, l'équité, le procès équitable, les droits de l'homme, l'Etat de droit et plus généralement le droit et la justice : ces termes ne cessent de revenir depuis près de trois ans dans les débats soulevés par le printemps arabe. On ne compte plus les débats qui y ont été consacrés à la télévision ou lors de séminaires entre professionnels du droit et société civile. Mais le plus souvent, ces thèmes ont été abordés soit sous un angle politique, soit sous forme de formules, répétées à l'envi mais plus rarement précisées. D'où la nécessité de les reprendre sous un angle différent, plus professionnel et plus profond.

Nous avons ainsi décidé de nous consacrer lors de cette rencontre uniquement à la notion de « procès équitable ». En effet, dans les sociétés arabes d'aujourd'hui, il est nécessaire de s'interroger sur « l'état du droit » avant de se poser la question de « l'Etat de droit ». Est-ce que les lois sont bonnes ? Est-ce que leur transposition dans la vie pratique est bien réalisée ? Et, enfin, est-ce que la société a confiance en sa justice ?

Les systèmes judiciaires peuvent être très accomplis sur le papier sans pour autant avoir de réelle existence ; de la même manière on peut se demander ce que vaut une justice si elle n'assure pas les standards minimaux du procès équitable. Il faut ainsi donner au droit sa base consensuelle afin de construire des rapports sociaux pacifiques. Pour que le procès soit équitable, il ne suffit pas de bénéficier de règles (I), il faut également des personnes pour le mettre en œuvre (II) et une société qui le soutienne et l'investisse de sa confiance (III).

Le débat sur ces questions reste agité dans les pays arabes, et c'est pourquoi la 4^{ème} conférence des juristes francophones a décidé d'y consacrer ses travaux. Nous essayerons durant ces trois jours, non pas de flatter un idéal qui est loin d'être réalisé, mais d'identifier les questions pertinentes que toutes les sociétés, arabes ou non, doivent se poser pour honorer le procès équitable comme une valeur universelle.

Amr Soliman,

Chargé de mission pays arabes – IHEJ

Secrétaire Général de l'IEDJA

Dossier Documentaire(I)

Textes internationaux

Déclaration universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948
Article 10

Convention européenne des droits de l'Homme, 4 novembre 1950
Article 6 : Droit à un procès équitable

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966
Article 14

Déclaration islamique universelle des droits de l'homme, 19 septembre 1981
Article 5 : Droit à un procès équitable

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, décembre 2000 et modifiée et proclamée en décembre 2007
Article 47 : Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

Charte arabe des droits de l'Homme, mai 2004
Article 12 et 13

Magna Carta des juges (principes fondamentaux), 17 novembre 2010
Article 1, 16 et 17

Articles universitaires / scientifiques

CANNIVET Guy, Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec les flux d'affaires dont sont saisies les juridictions ?, in *La qualité de la justice*, Marie-Luce Cavrois, Hubert Dalle, Jean-Paul Jean, La documentation française, 2002, p.213-241

CANNIVET GUY, *Au nom de qui, au nom de quoi jugent les juges ? De la gouvernance démocratique de la justice*, Journal trimestriel de documentation politique, n°15 – 3^{ème} trimestre 2010

GARAPON Antoine, *Imaginer la justice de demain*, p.349-365 in *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Daniel Soulez Larivière, Hubert Dalle, éditions Robert Laffont, 2002, p. 349-365

GUINCHARD Serge, *L'émergence d'un droit procédural mondial*, in *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Daniel Soulez Larivière, Hubert Dalle, éditions Robert Laffont, 2002, p. 172-190,

JEAN Jean-Paul, *Perceptions et réalités du fonctionnement de la justice française*, Cahiers français n°377, novembre-décembre 2013

JEAN Jean-Paul, articles du journal « Le Monde » :

- *Quelles faiblesses, quels progrès ? La justice française comparée à ses homologues européennes*, 21/09/2012
- *La justice a un besoin impérieux de modernisation*, Entretien, 11/02/2014

MAHIOU Ahmed, L'état de droit dans le monde arabe – rapport introductif, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, Centre national de la recherche scientifique ; Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman (IREMAM)(éds.), Paris, Editions du CNRS, 1997, pp. 1-25, Vol. 34 (1342 p.)

Bibliographie complémentaire (II)

Le débat juridique au Maghreb, De l'étatisme à l'Etat de droit. Etudes en l'honneur de Ahmed Mahiou réunies par Yadh Benachour, Jean-Robert Henry, Rostane Mehdi, Publisud – IREMAM, 2009, 403p

Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : disponible en français et en arabe sur notre site <http://www.iedja.org>

Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, Dalloz, 2010 : disponible en français et en arabe sur notre site <http://www.iedja.org>

CANIVET Guy, JOLY-HURARD Julie, *La déontologie du magistrat*, Dalloz

GARAPON Antoine, ALLARD Julie, GROS Frédéric, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008, 184p

GUINCHARD Serge (sous la direction de) *Droit et pratique de la procédure civile, Droits interne et de l'Union européenne – Procès équitable*, éd Dalloz, 2012-2013

JEAN Jean-Paul, *Le citoyen au cœur du service publique de la justice*, présentation du 10 janvier 2014 dans le cadre du programme « La justice du 21^e siècle » : disponible sur http://www.justice.gouv.fr/art_pix/j21-p-jpj.pdf

MEZGHANI Ali, *L'Etat inachevé : la question du droit dans les pays arabes*, nrf éditions Gallimard

Textes internationaux

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948

Article 10

Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Convention Européenne des Droits de l'Homme, 4 novembre 1950

Article 6 : droit à un procès équitable

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.
2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.
3. Tout accusé a droit notamment à:
 - a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;
 - b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;
 - c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;
 - d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;
 - e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966

Article 14

1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants.

2. Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes:

a) A être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle;

b) A disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix;

c) A être jugée sans retard excessif;

d) A être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; si elle n'a pas de défenseur, à être informée de son droit d'en avoir un, et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer;

e) A interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

f) A se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience;

g) A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable.

4. La procédure applicable aux jeunes gens qui ne sont pas encore majeurs au regard de la loi pénale tiendra compte de leur âge et de l'intérêt que présente leur rééducation.

5. Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi.

6. Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie.

7. Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays.

Déclaration islamique universelle des droits de l'homme, 19 septembre 1981

Article 5 : Droit à un procès équitable

a) Personne ne doit être jugé coupable d'un délit et condamné à une sanction si la preuve de sa culpabilité n'a pas été faite devant un tribunal judiciaire indépendant.

b) Personne ne doit être jugé coupable avant qu'un procès équitable ne se soit déroulé et que des possibilités raisonnables de se défendre ne lui aient été fournies.

c) La sanction doit être fixée conformément à la Loi, proportionnellement à la gravité du délit et compte tenu des circonstances dans lesquelles il a été commis.

d) Aucun acte ne doit être considéré comme un crime s'il n'est pas clairement stipulé comme tel dans le texte de la Loi.

e) Tout individu est responsable de ses actions. La responsabilité d'un crime ne peut être étendue par substitution à d'autres membres de sa famille ou de son groupe qui ne sont impliqués ni directement ni indirectement dans la perpétration du crime en question.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000 ; modifiée et proclamée en décembre 2007

Article 47 : Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice.

Charte arabe des droits de l'homme, mai 2004

Article 12

Toutes les personnes sont égales devant la justice. Les États parties garantissent l'indépendance de la justice et la protection des juges contre toute ingérence, pression ou menace. Ils garantissent également à tous les individus relevant de leur compétence l'accès aux juridictions de tous les degrés.

Article 13

a) Chacun a droit à un procès équitable dans lequel sont assurées des garanties suffisantes et conduit par un tribunal compétent indépendant et impartial établi préalablement par la loi qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ou se prononcera sur ses droits et ses obligations. Chaque État partie garantit à ceux qui n'ont pas les ressources nécessaires une aide juridictionnelle pour leur permettre de défendre leurs droits;

b) Le procès est public sauf dans des cas exceptionnels lorsque l'exige l'intérêt de la justice dans une société respectueuse des libertés et droits de l'homme.

MAGNA CARTA DES JUGES (principes fondamentaux), 17 novembre 2010

Article 1. Le pouvoir judiciaire constitue l'un des trois pouvoirs de tout Etat démocratique. Sa mission est de garantir l'existence de l'Etat de droit et ainsi d'assurer la bonne application du droit de manière impartiale, juste, équitable et efficace.

Article 16. Les actes de procédures et les décisions judiciaires doivent être rédigés dans un langage accessible, simple et clair. Le juge doit rendre des décisions motivées, prononcées publiquement et dans un délai raisonnable, basées sur une audience équitable et publique. Le juge doit utiliser des techniques appropriées de gestion des affaires (*case management*).

Article 17. L'exécution des jugements est une des composantes essentielles du droit à un procès équitable et une garantie de l'efficacité de la justice.

Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec les flux d'affaires dont sont saisies les juridictions ?

Guy CANIVET

Premier président de la Cour de cassation

Introduction

On ne peut certainement pas mettre un terme à un débat si bien lancé sur la qualité et l'évaluation de la justice, à partir d'un foisonnement d'idées, d'observations originales et innovantes, de recherches et d'expériences les plus diverses. Il n'est donc pas question de conclure sur l'amorce d'un courant de pensée et des orientations d'actions appelées à de larges développements. On peut, en revanche, aujourd'hui, parler en dernier, mais, sur un tel sujet, cela ne signifie pas avoir le mot de la fin. Les organisateurs en ont eu tellement conscience qu'à cet ultime propos ils ont donné un titre en forme de gageure qui ne simplifie pas la tâche : « Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec le flux des affaires dont sont saisies les juridictions ? ».

Comment concilier la satisfaction d'une demande de justice que l'on sait infinie, avec des moyens, nécessairement limités et selon des normes de qualité du procès fixées par une convention internationale opérant une synthèse des exigences minimum communes à tous les systèmes de justice des États démocratiques ? Est-il possible de satisfaire au mieux la demande sociale de justice avec les ressources rares libérées par la société pour remplir cette fonction en respectant des principes d'équité imposés ? N'est-ce pas un pari impossible ?

Les organisateurs de ce colloque ont en tout cas abordé la problématique du sujet de manière rationnelle : après avoir défini les normes européennes d'un procès équitable, a été analysée la démarche de qualité dans les diverses tâches judiciaires, observée la demande des usagers, puis recherché si les processus d'évaluation mis en place dans les autres services publics étaient transposables et même si était applicable la norme objective de qualité des prestations de service ISO 9001. Enfin l'expérience française a été située dans le contexte d'autres justices européennes.

Après l'approche circulaire du sujet à laquelle il a, ainsi, été méthodiquement procédé, il resterait à vérifier si les normes juridiques de qualité de la justice, telles qu'elles résultent des principes du procès équitable imposés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, s'opposent au traitement rationnel des contentieux, si elles font obstacle à une économie judiciaire visant à la maîtrise des flux de demandes, à une production organisée des décisions, en définitive, à un emploi optimal des ressources publiques affectées à la justice. S'il est difficile de donner une réponse simple et définitive à cette question, au moins est-il possible d'assurer que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sur deux points au moins (: les voies de recours et les procédures simplifiées), les principes et normes du procès équitable n'interdisent pas la quête de rationalité dans le traitement des flux des affaires judiciaires.

Les principes du procès équitable ne s'opposent pas à une conception raisonnée des voies de recours. Les normes du procès équitable n'interdisent pas la mise en œuvre de procédures de jugement simplifiées.

Les principes du procès équitable ne s'opposent pas à une conception raisonnée des voies de recours

On sait que deux des principes essentiels du procès équitable sont la célérité et l'effectivité de la décision de justice. L'une des manières de rendre dans un délai raisonnable des décisions immédiatement exécutoires est évidemment de limiter les recours. La satisfaction par ces moyens des objectifs centraux d'une bonne justice se heurte-t-elle à un principe d'équité qui résiderait dans le droit à l'appel ou au pourvoi en cassation ?

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les droits au double degré de juridiction et au pourvoi en cassation ne sont pas consacrés de manière absolue. Ils peuvent être restreints dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, les États disposant à cet égard d'une certaine marge d'appréciation.

L'absence d'un droit absolu de disposer d'une voie de recours

On pourrait croire que le droit d'accès au juge, condition première du procès équitable, trouve un prolongement naturel dans le droit de faire procéder à un deuxième, voire à un troisième examen de

l'affaire. Il n'en est rien. La Cour européenne des droits de l'homme considère, au contraire, que l'article 6 de la Convention n'impose pas aux États d'ouvrir dans tous les cas et sans limite un recours contre les décisions. Ce qui est exigé, c'est l'accès effectif à un tribunal et le fait que ce droit essentiel ait été satisfait en première instance à une incidence sur le principe même d'un contrôle d'une juridiction supérieure. Cela explique que la Cour européenne n'a consacré ni en matière civile un droit absolu à un deuxième examen par un juge, ni en toutes matières un droit inconditionnel à un contrôle de cassation.

■ **Le droit d'accès au juge d'appel.**

Au regard de la Convention, la question du droit d'accès au juge d'appel pose des questions propres à la matière pénale, mais, d'une manière générale, il n'existe pas de droit absolu à un double degré de juridiction.

Les données spécifiques de la matière pénale au regard du double degré de juridiction

L'article 2, § 1, du protocole n° 7 précise que toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, est régi par la loi. Ce texte ne garantit pas expressément le droit à un double degré de juridiction puisque le paragraphe 2 indique que le principe du double examen souffre des exceptions. En revanche, lorsque cette faculté est prévue par la législation nationale, elle doit bénéficier à tous les individus sans discrimination¹ et la garantie doit être effective et notamment satisfaire à l'exigence d'impartialité, qui est l'un des éléments essentiels du procès équitable.

Les exceptions prévues par le protocole n° 7 concernent d'abord, en général, les infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi, ensuite les cas particuliers dans lesquels l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ou lorsqu'il a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre un acquittement.

Au regard du traitement des flux de contentieux, nous retiendrons que les infractions de masse, celles qui sont d'une faible importance et qui ne prévoient pas de peine d'emprisonnement, peuvent être jugées sans appel.

1. CEDH, arrêt Delcourt c/Belgique, du 17 janvier 1970, série A, n° 11, pp. 14-15, § 25-26.

L'absence d'un droit absolu au double examen d'une affaire

Aucun droit de faire appel d'un jugement ne figure, ni en matière civile, ni en matière pénale, au nombre des garanties sauvegardées par la Convention européenne des droits de l'homme. En conséquence, la Cour européenne n'impose pas aux États d'ouvrir un recours contre les décisions rendues tant en matière civile que pénale.

Ainsi en ont jugé les fameux arrêts Delcourt c/Belgique² et Sutter c/Suisse du 22 janvier 1984³, par des attendus de principe régulièrement repris par la suite⁴ : « Certes, l'article 6 de la Convention n'assure pas les États contractants à créer des cours d'appel ou de cassation. Néanmoins, un État qui se dote de juridictions de cette nature a l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6. » (Delcourt c/Belgique, précité, § 25)

Il est vrai qu'une recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, du 7 février 1995, R (95) 5 (sur l'instauration de systèmes et de procédures de recours en matière civile et commerciale et sur l'amélioration de leur fonctionnement) prévoit que « toute décision rendue par un tribunal inférieur devrait pouvoir être soumise au contrôle d'un tribunal supérieur » (article 1 a.). Mais, cette recommandation n'ayant aucune valeur contraignante pour les États, il reste possible, pour des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil, de supprimer ou de restreindre la voie de l'appel. S'agissant des limitations des recours, la motivation des arrêts récents de la Cour européenne est, d'ailleurs, relativement permissive : « Il ressort de la jurisprudence de la Cour que le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicites, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle par sa nature même une réglementation par l'État, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. »⁵

2. Précité.

3. Série A, n° 74, p. 13.

4. CEDH, Monnell et Morris c/Royaume-Uni, 30 janvier 1987, série A, n° 115. Tolstoy Miloslavsky c/Royaume-Uni, 13 juillet 1995, série A, n° 316-B. Edificaciones March Gallego SA c/Espagne, 19 février 1998, Recueil 1998-I, p. 290 [§ 34]. García Manibardo c/Espagne, 15 février 2000, requête n° 38695/97. Asikis c/Grèce, 22 juin 2000, requête n° 48229/99.

5. CEDH, Omar c/France, 29 juillet 1998, Rec. 1998-V, p. 1840, § 34. Guérin c/France, 29 juillet 1998, Rec. 1998-V, p. 1867, § 37. Edificaciones March Gallego SA c/Espagne, 19 février 1998, précité.

Ces limitations ne sont pas sans condition. D'une part, elles ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tel que son droit à un tribunal se trouve atteint dans sa substance même. D'autre part, elles ne se concilient avec l'article 6, § 1 de la Convention, que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé⁶.

Mais, ces justifications et proportions respectées, on voit bien tout le parti que l'on pourrait tirer d'un tel allègement si, allant à l'encontre d'habitudes culturelles fortement exploitées par les professions intéressées, on prévoyait d'étendre substantiellement les cas dans lesquels les juridictions de base statuent en premier et dernier ressort ou encore de restreindre ou réglementer le droit d'appel du point de vue des cas d'ouverture, des délais, des formalités, de l'énoncé préalable des griefs, de l'évolution du litige, des contrôles opérés, ou des effets de l'appel, en particulier de son caractère suspensif.

Une réforme d'envergure visant à renforcer l'autorité de la justice de première instance, à la rendre plus effective tout en restreignant les effets de l'appel par la généralisation du caractère exécutoire des décisions initiales a été envisagée. Un groupe de travail a même été créé par une décision du ministre de la Justice, puis laissé en sommeil sans qu'aucune explication n'ait été fournie. Faut-il considérer que les raisons de ce renoncement sont trop claires pour devoir être énoncées, ou qu'elles sont trop embarrassantes pour pouvoir l'être ? L'opinion dominante de la doctrine proche des professions judiciaires qui a, semble-t-il, provoqué l'éviction implicite de l'une des propositions centrales du rapport Coulon⁷ a été que sa mise en œuvre était trop compliquée pour des résultats incertains. En d'autres termes, il était préférable de ne rien toucher à l'industrie du procès civil !⁸ L'idée d'une justice de base renforcée, attentive, explorant dès l'introduction de l'instance toutes les possibilités d'un règlement consensuel du litige, à défaut le jugeant avec une plus grande attention après une instruction complète et approfondie mais, en contrepartie, l'appel n'étant ouvert que de manière limitée et strictement réglementé, n'était cependant pas à négliger. N'aurait-il pas été judicieux, au-delà de considérations

6. Mêmes arrêts.

7. *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, décembre 1996, La Documentation française.

8. « Les avoués s'inquiètent d'une possible remise en cause de l'effet suspensif de l'appel », *Les Échos*, 24 août 1999.

doctrinales sans doute estimables, de dresser un bilan des avantages pratiques indéniables d'une telle réforme visant à rendre la voie judiciaire de règlement des litiges plus performante, au regard d'inconvénients relevant pour l'essentiel de la théorie processualiste ?

Ne faudra-t-il pas, par exemple, réexaminer la pertinence de la notion d'appel « voie d'achèvement » qui permet, en définitive, de juger en seconde instance un litige différent de celui qui a été initié devant le premier juge ? Ne serait-il pas plus performant de fixer définitivement, dès l'introduction de l'instance, l'objet du litige, les moyens de fait et de droit allégués et de ne statuer en appel que sur l'appréciation à laquelle s'est livrée le premier juge, sans permettre les évolutions et les prétentions nouvelles, quitte à renvoyer au stade initial les demandes supplémentaires, complémentaires ou fondées sur d'autres principes juridiques ? Assurément, les parties seraient plus attentives à parfaire leur dossier en première instance qu'elles traitent trop souvent comme une phase préparatoire. Le litige y gagnerait en clarté et sa solution en rapidité et en sécurité.

■ Le droit au pourvoi en cassation

Le droit au pourvoi en cassation, en toutes matières, n'est pas, lui non plus, garanti en tant que tel par la Convention tant en matière civile que pénale⁹.

Comme pour les cours d'appel, la Cour européenne rappelle que rien n'oblige les États à créer une Cour de cassation mais que, dès lors qu'ils se dotent de juridictions de cette nature, ils ont l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6¹⁰. Quoiqu'on ait pu écrire, en affirmant cela et en vérifiant l'effectivité des droits garantis, la Cour européenne ne consacre le droit au pourvoi en cassation ni en matière pénale ni en matière civile.

Certes, la recommandation précitée du Conseil des ministres de l'Europe, du 7 février 1995, R (95) 5, préconise qu'un recours devant une troisième juridiction soit réservé aux affaires qui « contribuent au développement du droit et à l'uniformisation de l'interprétation de la loi » ou

qui soulèverait une question de droit d'importance générale » (article 7 c. de la recommandation) ; mais il s'agit davantage d'ouvrir la possibilité de réserver l'accès à la Cour de cassation aux affaires de principe que de créer un droit au pourvoi.

À contrario, chaque fois qu'elle a eu à apprécier la procédure suivie devant une cour régulatrice du droit, soit en matière civile, soit en matière pénale, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné le rôle spécifique d'une telle juridiction, acceptant des restrictions au droit d'accès qu'elle n'aurait pas tolérées pour d'autres juridictions, qu'il s'agisse des procédures de filtrage ou de l'octroi sélectif de l'aide juridictionnelle.

■ Le filtrage des pourvois en cassation

Deux procédés de filtrage ont été imaginés par la Cour de cassation, la procédure de refus d'admission des pourvois qui ne sont pas fondés sur des moyens sérieux et le retrait du rôle en cas de non-exécution de l'arrêt frappé de pourvoi.

L'admission

On sait que n'a pu jusqu'alors aboutir la réforme consistant à insérer devant la Cour de cassation une procédure d'admission, permettant d'écarter sans examen au fond les pourvois qui, a priori, seraient voués à l'échec.

Les raisons de cette résistance ne sont pas à rechercher dans la Convention puisque, par une décision du 9 mars 1999¹¹, la Cour européenne a jugé, après la Commission, que la procédure d'admission dont dispose le Conseil d'État depuis 1987 ne présentait aucune apparence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention. À cette occasion, la Cour européenne a rappelé que ce texte n'interdit pas aux États contractants d'écarter des réglementations régissant l'accès des justiciables à une juridiction de cassation, pourvu que ces réglementations aient pour but d'assurer une bonne administration de la justice et que le droit au juge ne se trouve pas atteint dans sa substance même. « Le droit d'accès aux tribunaux consacré par l'article 6 de la Convention peut être soumis à des limitations prenant la forme d'une réglementation mais les limitations appliquées doivent poursuivre un but légitime et ne doivent pas restreindre la réduction l'accès ouvert à un individu d'une manière ou à un point que

9. Voir, parmi d'autres, CEDH, Levages prestation service c/France, 23 octobre 1996, Recueil 1996-V, p. 1543, § 40 ; Brudilla Gómez de la Torre c/Espagne, 19 décembre 1997, Recueil 1997-VIII, p. 2956 ; Higgins et autres c/France, 19 février 1998, Recueil 1998-I.

10. CEDH, arrêt Delcourt c/Belgique, précité ; Khalfaoui c/France 14 décembre 1999, requête n° 34791/97.

11. CEDH, SA immeuble Groupe Kasser c/France, requête n° 38748/97.

le droit s'en trouve atteint dans sa substance même » (en droit 2b § 59) ¹².

Elle a ajouté qu'en outre ce texte n'exige pas que soit motivée en détail une décision par laquelle une juridiction de recours, se fondant sur une disposition légale spécifique, écarte un recours comme dépourvu de chance de succès.

Un nouveau projet tendant à l'examen d'admission des pourvois en cassation sur le caractère sérieux des moyens est en cours de discussion devant le Parlement. (Depuis cette conférence, l'article 27 de la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature a modifié l'article L 131-6 du code de l'organisation judiciaire et a donné à la Cour de cassation la possibilité de déclarer non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation).

Le retrait du rôle

Depuis le décret n° 89-511 du 20 juillet 1989, selon les dispositions de l'article 1009-1 du nouveau code procédure civile (modifié par le décret n° 99-131 du 26 février 1999), le premier président de la Cour de cassation, à la requête du défendeur au pourvoi, a le pouvoir de retirer du rôle une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas de l'exécution de la décision attaquée.

Le texte instaure une exception à ce retrait s'il apparaît que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives. En outre, la réinscription peut être ordonnée sur justification de l'exécution de la décision. À la suite de la Commission, la Cour européenne a eu à se prononcer sur la validité au regard de l'article 6 de la Convention de ce système, qui, à l'expérience, assure davantage une exécution effective des décisions qu'une régulation efficace des saisines de la Cour de cassation.

La Cour européenne a décidé que le dispositif prévu par l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile n'était pas en lui-même contraire à l'article 6 de la Convention en ce qu'il vise à une bonne administration de la justice, tout en précisant qu'il convenait d'examiner si les limitations qui résultent de l'application de cette réglementation ne restreignent pas

l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même.

À cette fin, elle s'assure que cette réglementation poursuit un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Procédant à cet examen, la Commission avait d'abord jugé dans deux cas ¹³ que les requérants, dont l'affaire avait été retirée du rôle, n'avaient pas subi d'entraves déraisonnables à leur droit d'accès à la justice. De nombreuses décisions ont ensuite été rendues en ce sens ¹⁴. À l'inverse, dans d'autres espèces, la Cour a estimé que la radiation du pourvoi du rôle de la Cour de cassation et le refus de réinscription ultérieure ont constitué des mesures disproportionnées au but visé et que l'accès effectif du requérant à la Cour de cassation s'en trouve entravé ¹⁵.

Se rangeant aux conditions de validité de la procédure de retrait du rôle ainsi posées, le premier président de la Cour de cassation procède désormais à cette mesure de proportionnalité, d'abord en assouplissant l'appréciation des conséquences manifestement excessives, ensuite en autorisant la réinscription au rôle, même si l'arrêt frappé de pourvoi n'a pas été exécuté, dans tous les cas où la non-réinscription restreindrait l'accès à la Cour de cassation à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même ¹⁶.

13. M. M c/France du 9 janvier 1995, requête n° 20373/92 et époux Ferville (alias Kerville) c/France, rapport de la Commission du 8 septembre 1998, requête n° 27659/95.

14. Mendez c/France, irrecevabilité du 30 janvier 2001, requête n° 49646/99 ; banque Paribas c/France, irrecevabilité en date du 30 janvier 2001, requête n° 46107/99 ; O'Neil c/France, irrecevabilité du 9 janvier 2001, requête n° 40869/98 ; Arvanitakis c/France, irrecevabilité en date du 5 décembre 2000, requête n° 46275/99 ; Matrot SA c/France, partiellement irrecevable, 3 février 2000, requête n° 43798/98 ; Découlange c/France, irrecevabilité en date du 20 mai 1998, requête n° 34598/97 ; SCI Le Livron c/France, irrecevabilité en date du 14 janvier 1998, requête n° 34598/97 ; Fellous c/France, irrecevabilité du 14 janvier 1998, requête n° 31997/96 ; Bo c/France, irrecevabilité du 27 novembre 1996, requête n° 26386/95.

15. Venot c/France du 21 avril 1999, rapport (31), requête n° 28845/95 ; Di Gussola, Débordes et Omer c/France du 14 novembre 2000, requêtes n° 31819/96 et 33293/96 ; Mortier c/France, 31 juillet 2001, requête n° 42195/98 ; Charles c/France, 10 juillet 2001, requête n° 41145/98.

16. Ordonnance du 2 février 2000, Procédures, octobre 2000, p. 4.

12. Voir aussi Tolstoy Miloslavsky c/Royaume-Uni 13 juillet 1995, série A, n° 316/B, pp. 78-79.

■ L'octroi sélectif de l'aide juridictionnelle

La loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique prévoit des dispositions particulières à la matière de cassation. L'alinéa 3 de l'article 7 dispose, en particulier, que l'aide juridictionnelle est refusée au demandeur au pourvoi en cassation **si aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé**. Celui qui se voit ainsi refuser l'aide juridictionnelle peut introduire un recours devant le premier président.

La Cour européenne a eu à se prononcer sur la conformité d'un tel système à propos de l'octroi de l'aide juridictionnelle pour soutenir un pourvoi devant la Cour de cassation belge, qui connaît un régime identique à celui de la France¹⁷ : « [...] Le requérant, qui ne disposait pas de moyens pour rémunérer un avocat, pouvait légitimement vouloir s'adresser au bureau d'aide judiciaire afin de se pourvoir en cassation puisque, en matière civile, la législation belge impose la représentation par un avocat à la Cour de cassation. Le bureau n'avait pas à apprécier les chances de succès du pourvoi envisagé ; il appartenait à la Cour de cassation de décider. En rejetant la demande au motif que la prétention ne paraissait pas actuellement juste, le bureau d'assistance judiciaire a porté atteinte à la substance même du droit de M. Aerts à un tribunal. Partant, il y a eu violation de l'article 6, § 1. »

Autrement dit, dès lors que, dans une organisation judiciaire où la représentation par avocat est obligatoire et que, par conséquent, l'accès au tribunal est commandé par la désignation d'un tel auxiliaire, le refus de l'aide juridictionnelle fondée sur l'absence de moyens sérieux de pourvoi est contraire au procès équitable.

C'est ce que semble avoir repris la Cour européenne dans un arrêt Gnathoré, du 19 septembre 2000, intéressant la France¹⁸. La Cour rappelle en se référant à l'arrêt Airey c/Irlande du 9 octobre 1979¹⁹ que l'article 6, § 1, garantit ainsi aux justiciables un droit « effectif » d'accès aux dites juridictions pour les décisions relatives à leurs droits et obligations de caractère civil. Les États sont libres du choix des moyens à employer à cette fin et ne sont astreints à pourvoir à l'assistance d'un avocat que lorsque celle-ci se révèle indispensable à un accès effectif au juge, soit parce que la loi prescrit la représentation par un avocat, soit en raison de la complexité de la procédure ou de la cause.

17. CEDH, Aerts c/Belgique, 30 juillet 1998, Recueil 1998-V.

18. Requête n° 40031/98.

19. Série A, n° 32, pp. 15-16, § 26.

En l'espèce, il s'agissait d'un recours en matière d'assistance éducative dans laquelle la représentation par un avocat n'est pas obligatoire. Le rejet de la demande d'aide juridictionnelle du requérant faisait donc seulement obstacle à ce qu'il bénéficiât de l'assistance gratuite d'un tel avocat ; elle n'empêchait pas *ipso facto* la poursuite du pourvoi.

Par ailleurs, si la Cour reconnaît qu'il est difficile pour un profane d'exposer des moyens de cassation, elle constate que la procédure sans représentation obligatoire obéit à des règles spécifiques et se trouve, de ce fait, notablement simplifiée par rapport à la procédure avec représentation obligatoire et notamment que les règles techniques relatives à la présentation des moyens de cassation ne s'appliquent pas.

La Cour relève encore que le motif de rejet de la demande, tiré du défaut de moyen sérieux, expressément prévu par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, s'inspire du légitime souci de n'allouer des deniers publics au titre de l'aide juridictionnelle qu'aux demandeurs dont **le pourvoi a une chance raisonnable de succès** et elle ajoute qu'un système d'assistance judiciaire ne peut fonctionner sans la mise en place d'un dispositif permettant de **sélectionner les affaires susceptibles d'en bénéficier**²⁰.

En outre, la Cour observe que le système mis en place par le législateur français offre des garanties substantielles aux individus, de nature à les préserver de l'arbitraire : d'une part, le bureau d'aide juridictionnelle établi près la Cour de cassation est présidé par un magistrat du siège de cette Cour, d'autre part, les décisions de rejet peuvent faire l'objet d'un recours devant son premier président.

Enfin, la Cour précise que si dans l'affaire Aerts c/Belgique²¹, elle a conclu à une violation de l'article 6, § 1, après avoir souligné qu'« en rejetant la demande [d'assistance judiciaire] au motif que la prétention ne paraissait pas actuellement juste, le bureau d'assistance judiciaire a porté atteinte à la substance même du droit [du requérant] à un tribunal », « il n'est pas douteux que la circonstance que M. Aerts était tenu d'être représenté par un avocat fut décisive ».

On comprend donc, à la lecture de cet arrêt, que dans un système sans représentation obligatoire, et dès lors que des garanties sont apportées relativement au sérieux de l'examen de la demande, l'aide juridictionnelle peut être refusée si le recours en cassation n'a aucune chance

20. Voir, par exemple, ses décisions du 10 juillet 1980 dans l'affaire X. c/Royaume-Uni, requête n° 8158/78, DR n° 21, p. 95, et du 10 janvier 1991, dans l'affaire Ange Garcia c/France, requête n° 14119/88.

21. Précité, § 60.

■ La nature des restrictions

S'agissant, par exemple, d'apprécier la compatibilité du système britannique qui soumet à autorisation préalable l'appel devant la *Court of Appeal*, la Cour européenne relève que : « Pour contrôler le respect des exigences de l'article 6 [de la Convention], on doit étudier des questions telles que la nature de la procédure d'autorisation d'appel et son importance dans le cadre du procès pénal, l'étendue des pouvoirs de la *Court of Appeal* et la manière dont les intérêts des deux requérants ont été réellement exposés et protégés devant elle. »²⁵

Et procédant à cet examen au cas d'espèce, elle en déduit qu'en se voyant refuser l'autorisation de relever appel d'une condamnation pénale, les requérants ne se sont pas vus dénier le droit au procès équitable garanti par les paragraphes 1 et 3 de l'article 6 de la Convention.

Selon la même analyse, et avec des conclusions diverses, la Cour procède à l'examen des conditions de recevabilité des recours²⁶, de formalisme de la procédure²⁷, des délais légaux de prescription, s'assure du versement d'une caution *judicatum solvi* ou de la consignation des frais du recours²⁸, de la consignation du montant de la condamnation²⁹, ou encore de l'exécution de la décision frappée de recours³⁰.

En particulier, s'agissant de l'accès à la Cour de cassation en matière criminelle, dans un arrêt *Poitrimol c/France*³¹, la Cour européenne a jugé que l'irrecevabilité du pourvoi, pour des raisons liées à la fuite du requérant, s'analysait en une sanction disproportionnée eu égard à la place primordiale que les droits de la défense et le principe de la prééminence du droit occupent dans une société démocratique. De même, dans les arrêts *Omar et Guérin c/France*³², elle a estimé que l'irrecevabilité du pourvoi, fondée uniquement sur le fait que le demandeur ne s'est pas constitué prisonnier en exécution de la décision de justice

raisonnable d'aboutir puisque, et c'est la condition déterminante, l'intéressé n'a pas besoin d'un mandataire particulier pour saisir la Cour.

Le principe semble simple mais s'agissant d'une demande d'aide juridictionnelle pour introduire et soutenir un pourvoi devant le Conseil d'État, la Cour, par une décision d'irrecevabilité du recours dans l'affaire *Krolczek c/France* du 14 septembre 2000²², a dit que le système n'était pas contraire à l'article 6 de la Convention, sans reprendre l'exception tenant à l'absence de représentation obligatoire des parties par un avocat qu'elle aurait cependant dû retenir. Il semble donc qu'en l'état, que la procédure exige ou non la représentation par un avocat, le système d'aide juridictionnelle propre à la Cour de cassation ne soit pas manifestement contraire à la Convention.

Il faut toutefois admettre que la question de la désignation d'un avocat spécialisé pour soutenir un pourvoi en cassation ne pose pas que des questions d'accès au juge de la légalité ; elle intéresse aussi, bien évidemment, l'égalité des justiciables dans le bénéfice des garanties du procès équitable, dès lors que, statistiquement, les chances de succès de la demande en cassation sont beaucoup plus grandes si l'on est assisté d'un tel auxiliaire de justice²³.

Les justifications admissibles de la restriction d'exercice des voies de recours

Certes, selon la Cour européenne, les restrictions du droit au recours ne se concilient avec l'article 6 de la Convention que si elles tendent « à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé »²⁴.

Le Cour estime à cet égard que les États disposent d'une marge d'appréciation quant aux restrictions possibles, leur légitimité s'appréciant dans le contexte général du système de droit en ce qui concerne tant la nature des restrictions que le but visé.

22. Requête n° 43969/98.

23. Voir André Perdreau, « La duperie que constituent les facilités données pour accéder à la Cour de cassation », *JCP* 1997, I, doctrine n° 4063.

24. CEDH, *Omar c/France*, 29 juillet 1998, précité. *Guérin c/France*, 29 juillet 1998, précité. *Edificaciones March Gallego SA c/Espagne*, 19 février 1998, précité.

25. CEDH, arrêt *Monnell et Morris c/Royaume-Uni*, 30 janvier 1987, série A, n° 115, § 56.

26. CEDH, *Edificaciones March Gallego c/Espagne*, 19 février 1998, précité ; *Asikis c/Grèce*, 22 juin 2000, requête n° 48229/99 ; *Dulaurans c/France*, 21 mars 2000, requête n° 34553/97.

27. CEDH, *Mohr c/Luxembourg*, 20 avril 1999, requête n° 29236/95.

28. CEDH, *Tolstoy Miloslavsky c/Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, précité.

29. CEDH, *García Manibardo c/Espagne*, 15 février 2000, requête n° 98695/97.

30. Arrêts concernant l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile précités.

31. 23 novembre 1993, série A, n° 277-A, p. 15, § 38.

32. 29 juillet 1998, précités.

soumise à recours, contraint l'intéressé à s'infliger, d'ores et déjà, une privation de liberté alors que la décision ne peut être considérée comme définitive ; qu'ainsi on porte atteinte à la substance même du droit au recours, en imposant au demandeur une charge disproportionnée, rompant le juste équilibre qui doit exister entre, d'une part, le souci légitime d'exécuter les décisions de justice et, d'autre part, le droit d'accès au juge de cassation et l'exercice des droits de la défense. Enfin, dans l'arrêt *Khalfaoui c/France*³³, elle a fait la même appréciation en ce qui concerne la déchéance du pourvoi fautive, pour le demandeur, de respecter l'obligation dite de « mise en état », c'est-à-dire de se constituer prisonnier, avant l'audience de la chambre criminelle de la Cour de cassation, résultant de l'article 583 du code de procédure pénale, et jugé qu'une telle contrainte avait infligé au requérant une entrave excessive à son droit d'accès au tribunal.

■ Les justifications de la restriction

Pour estimer ces restrictions compatibles avec l'article 6 de la Convention, la Cour exige qu'elles soient justifiées par un but légitime qu'elle apprécie et dont elle vérifie la proportionnalité avec le but visé.

S'agissant, par exemple, d'apprécier la légitimité du but visé par l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile, qui subordonne l'examen du pourvoi à l'exécution de la décision attaquée, la Cour relève que sont « légitimes les buts poursuivis par cette obligation d'exécution d'une décision, notamment assurer la protection du créancier, éviter les pourvois dilatoires, renforcer l'autorité des juges du fond, désengorger le rôle de la Cour de cassation »³⁴.

Semblable restriction peut n'être admise qu'à titre provisoire, pour satisfaire un autre droit garanti par la Convention. L'arrêt *di Gussola c/France* précité ajoute, en effet, qu'un « tel système peut permettre provisoirement de réduire l'encombrement du rôle de la haute juridiction, en attendant que les pourvois en cassation soient examinés dans des délais conformes à l'exigence du "délai raisonnable" garanti par l'article 6, § 1, de la Convention ».

Reprenant le raisonnement de la Commission³⁵, la Cour en déduit que le système instauré par l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile « visait à une bonne administration de la justice », dès lors « qu'il tend

à assurer le respect du principe selon lequel le pourvoi en cassation, qui se limite à un examen du droit, est considéré, en matière civile, comme un recours extraordinaire qui, par principe, n'a pas d'effet suspensif »³⁶.

Une telle approche vaut aussi bien pour la matière pénale. La Cour européenne admet, en effet, que tend à un but légitime, conforme à l'intérêt d'une bonne administration de la justice aux fins de l'article 6 de la Convention, un système d'autorisation pour un recours de légalité contre une condamnation criminelle dès lors qu'il peut « servir en pratique à décourager les requêtes manifestement mal fondées en autorisation d'appel qui, sans cela, freineraient de manière inacceptable le traitement des recours défendables »³⁷.

Ainsi se trouvent validées toutes procédures qui, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, tendent à limiter l'accès au juge de cassation ou à en décourager l'usage pervers. Sont, par exemple, pris en considération : la protection des droits des tiers, le délai pour statuer de la Cour de cassation, la clarté et la cohérence de la jurisprudence, l'autorité du juge du fond, l'effectivité de ses décisions, la préservation de la spécificité des cours régulatrices du droit, la réduction de l'encombrement des juridictions et l'éviction des recours dilatoires ou artificiels.

Il est, à cet égard, remarquable que la recommandation précitée du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe du 7 février 1995, R (95) 5, ne préconise l'instauration d'un recours devant une troisième juridiction que s'il est réservé aux affaires qui contribueraient au développement du droit et à l'uniformisation dans l'interprétation de la loi ou qui soulèvent une question de droit d'importance générale.

Le Convention ne fait donc pas obstacle à une organisation plus rationnelle des voies de recours. Elle ne s'oppose pas non plus à un traitement différencié des contentieux.

Les normes du procès équitable n'interdisent pas la mise en œuvre de procédures de jugement simplifiées

Cette différenciation dans le traitement peut prendre de multiples formes. En premier lieu prolifèrent en France, à l'initiative du législateur,

³³. 14 décembre 1999, requête n° 34791/97.

³⁴. Arrêt *di Gussola et autres c/France*, 14 novembre 2000 précité, § 50.

³⁵. Affaire *M c/France*, décision du 9 janvier 1995 précitée.

³⁶. *Di Gussola*, précité, § 51.

³⁷. CEDH, arrêt *Monnell et Morris*, 30 janvier 1987, précité, § 59.

de nombreux organismes non juridictionnels, de natures diverses, investis de pouvoirs d'injonction, de sanction ou de celui de trancher des litiges dont la compatibilité avec les principes du procès équitable peut être problématique. Ensuite, peuvent être envisagés dans un cadre purement juridictionnel, des aménagements visant à simplifier la méthode de jugement.

Les normes du procès équitable ne font pas obstacle à un prétraitement de certains contentieux

Une des solutions fréquemment envisagées pour désencombrer les juridictions, utiliser au mieux les ressources purement judiciaires ou pour des raisons d'efficacité, est de faire procéder à un traitement préalable du litige par un organe non juridictionnel, le juge n'intervenant que par contrôle, dans le cadre d'un recours exercé contre la décision de cette instance préalable. Tel est le cas en France du contentieux de la régulation économique confié à des autorités administratives indépendantes, dans d'autres pays des infractions au code de la route.

La jurisprudence de la Cour européenne n'y fait pas obstacle. Elle estime que l'article 6, paragraphe 1, de la Convention n'exige pas que statue à tous les degrés du procès un tribunal répondant à l'ensemble des garanties du procès équitable. Il suffit que la restriction des garanties au degré initial soit compensée par l'intervention ultérieure d'un organe juridictionnel répondant aux prescriptions du procès équitable et doté d'une plénitude de juridiction, c'est-à-dire procédant à un contrôle effectif, en fait et en droit, sur les décisions de cet organe non juridictionnel. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que, au stade initial, le litige soit soumis à des instances corporatives, administratives ou même privées, si un tribunal, au sens de l'article 6 de la Convention intervient ultérieurement par un contrôle effectif³⁸.

« Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention d'organes administratifs ou corporatifs et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects [aux] prescriptions [de l'article 6 de la Convention]. »

³⁸. CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, série A, n° 43, p. 25, § 51 a.

Les juridictions françaises ont fait une application nuancée de cette jurisprudence en distinguant les garanties qui peuvent être écartées au stade du premier examen et celles qui ne sauraient l'être.

La Cour de cassation³⁹, suivie par le Conseil d'État⁴⁰, applique, dans une certaine mesure, l'article 6 de la Convention à la procédure des autorités administratives indépendantes.

Ainsi, a-t-elle examiné et retenu les griefs tirés de la violation de la présomption d'innocence⁴¹, du défaut d'impartialité⁴² et du manquement à l'égalité des armes⁴³. Sur ce dernier point, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans l'arrêt du 5 février 1999⁴⁴, a rejeté le pourvoi contestant l'annulation d'une décision de la Commission des opérations de bourse, au motif que le rapporteur, « chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes les investigations utiles », ne pouvait participer au délibéré. Dans le même sens, un arrêt de la chambre commerciale a cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris refusant de prononcer la nullité d'une décision du Conseil de la concurrence⁴⁵ sur le fondement de l'égalité des armes, en raison de la présence du rapporteur au délibéré, alors même qu'il ne disposait pas d'une voie délibérative. Depuis lors, les procédures de la Commission des opérations de bourse et du Conseil de la concurrence ont été modifiées pour échapper à de telles critiques.

En revanche, la Cour de cassation a jugé que ne pouvaient avoir une incidence sur la validité des décisions les griefs tirés de l'absence de publicité des débats ou de la méconnaissance du délai raisonnable⁴⁶. Ce faisant, elle distingue, parmi les garanties fondamentales du procès équitable, celles qui seraient relatives (délai de la décision, publicité des séances), que les autorités administratives pourraient à certaines conditions éluder, de celles qui sont absolues (présomption d'innocence, droit à un tribunal impartial, droit à un tribunal indépendant, égalité des armes), qui doivent impérativement être respectées dès la première phase

³⁹. Assemblée plénière du 5 février 1999, *Oury*, *Bull.*, AP, n° 1, p. 1.

⁴⁰. CE sect. 3 décembre 1999, *Didier*, *Rec.* p. 399.

⁴¹. Cass. com., 18 juin 1996, *Bull.* IV n° 179 p. 155 ; Cass. com., 1^{er} décembre 1998, *Bull.* IV n° 283 p. 237.

⁴². Assemblée plénière, 5 février 1999, *Oury*, précité.

⁴³. Même arrêt.

⁴⁴. Précité.

⁴⁵. Cass. com., 5 octobre 1999, *Bull.* IV n° 158 p. 133.

⁴⁶. Cass. com., 9 avril 1996, *Bull.* IV n° 115 (3) p. 96.

de la procédure dans la mesure où elles affectent, de manière irrémédiable et définitive, la validité du procès.

De son côté, par un arrêt Didier du 3 décembre 1999 ⁴⁷, le Conseil d'État a admis l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures suivies devant les autorités administratives indépendantes. Il estime désormais qu'un « organisme administratif peut, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions être qualifié de tribunal au sens de l'article 6 de la convention » et ainsi se voir assujéti à l'« exigence d'équité dans le procès énoncé par ces stipulations » ⁴⁸.

Si la position du Conseil d'État sur la question de l'applicabilité de l'article 6 de la convention aux autorités administratives indépendantes est identique à celle de la Cour de cassation, il en tire une conclusion différente en ce qui concerne le respect des exigences conventionnelles. S'agissant des pouvoirs du rapporteur près le conseil des marchés financiers, qui a un rôle analogue à celui du rapporteur de la Commission des opérations de bourse, il estime que sa participation au délibéré n'est pas contraire au principe d'impartialité ⁴⁹.

Bien que dans un contexte législatif, réglementaire et jurisprudentiel qui n'est pas encore totalement fixé, on peut estimer qu'est en France admise la possibilité réservée par la jurisprudence de la Cour européenne de « déjudiciariser » certains contentieux au profit d'organes non juridictionnels à garanties réduites, pouvant, à des conditions désormais précisées par la jurisprudence, être investis de la possibilité de se prononcer sur des droits et obligations à caractère civil ou sur une accusation en matière pénale.

De la sorte, est ouvert un espace immense, largement exploité dans la régulation économique et financière mais inexplicablement délaissé, pour le traitement « préjuridictionnel » des infractions mineures et le règlement des litiges les plus simples de la vie courante (consommation, loyers, paiements, petit contentieux commercial, etc.).

Ce courant de « déjudiciarisation » pourrait au demeurant s'accompagner d'un mouvement visant à simplifier certaines procédures juridictionnelles.

47. Précité.

48. Jurisprudence confirmée depuis par Conseil d'État, 28 juillet 2000, Société Cooper communication, req. n° 199773, et Conseil d'État, sect. 6 octobre 2000, Habib Bank Limited, req. 180122.

49. CE Didier 3 décembre 1999, précité.

Les normes du procès équitable permettent certaines simplifications de procédure

La jurisprudence d'application de l'article 6 de la Convention n'interdirait pas la simplification de la procédure de jugement pour certaines catégories d'affaires en modulant le niveau de garantie en fonction de la nature ou de l'importance du litige ou en allégeant la motivation des décisions.

■ La possibilité d'une application différenciée ou modulée des garanties procédurales selon la nature du litige

Application différenciée

Si les garanties consubstantielles à la notion de procès équitable, revêtant un intérêt public important, ne peuvent être abandonnées, tel le droit à un tribunal impartial, les parties peuvent renoncer à certaines autres, ayant une portée moindre, tels le droit à la publicité du jugement ou à la procédure contradictoire ⁵⁰, à la condition, évidemment, que pareille renonciation soit expresse et sans équivoque ⁵¹.

Dans une espèce où la requérante avait, en matière pénale, de son plein gré, demandé l'adoption d'une procédure abrégée lui permettant de bénéficier, en cas de condamnation, d'une réduction de peine en contrepartie d'un affaiblissement des garanties de procédure offertes en ce qui concerne la publicité des débats, la possibilité de demander la production d'éléments de preuve et d'obtenir la comparution de témoins, la Cour européenne relève que : « Lesdites garanties constituent des principes fondamentaux du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 et 3 d) de la Convention. Ni la lettre ni l'esprit de ce texte n'empêchent une personne d'y renoncer » ⁵².

À la demande ou avec l'accord des parties, il serait donc possible d'introduire des allègements de procédure, tant en matière civile, en contrepartie, par exemple, de réduction de délais de jugement, de minoration du coût du procès, qu'en matière pénale, contre le bénéfice de peines

50. CEDH, arrêts Albert et Le Compte c/Belgique, 10 février 1983, série A, n° 58 ; H c/Belgique, 30 novembre 1987, série A, n° 127, p. 36, § 54 ; Håkansson et Stureson c/Suède, 21 février 1990, série A, n° 171-A, p. 20, § 66.

51. CEDH, Schuler-Zraggen c/Suisse, 31 janvier 1995, série A, n° 263, Pauger c/Autriche, 28 mai 1997, recueil 1997, 881.

52. CEDH, décision sur la recevabilité de la requête n° 52868/99, présentée par Joanna Maria Kwiatkowska, 30 novembre 2000.

réduites. Certains théoriciens et praticiens du droit pénal estiment, en particulier, qu'une pratique adaptée du *pleid bargain* pourrait, avec de grands avantages, être introduite dans notre système pénal, allégeant le procès de tout ou partie de la discussion sur la culpabilité ⁵³.

Application modulée

La jurisprudence de la Cour européenne admet, en outre, que chaque litige possède un enjeu différent permettant de privilégier l'un des principes du procès équitable. Pour un litige commercial ou un litige de recouvrement de dettes, il importe avant tout que la procédure soit rapide en réduisant proportionnellement certaines garanties. Ainsi, la Cour européenne a admis l'atténuation de certaines exigences si les décisions sont soumises au contrôle d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction qui respecte en totalité les garanties de l'article 6 ⁵⁴. En outre, dans les litiges commerciaux, la confidentialité ou la protection du secret des affaires peuvent primer sur la publicité des débats (implicitement, même décision).

L'ordre public étant moins concerné par le droit des affaires, la condition selon laquelle le tribunal doit être établi par la loi peut être assouplie de sorte que, en ce domaine, les litiges peuvent être jugés sans publicité par des instances arbitrales ⁵⁵ : selon la Commission, « l'on ne saurait exiger au regard de la Convention que les tribunaux internes veillent à la conformité des procédures d'arbitrage avec l'article 6 de la convention. À certains égards – en particulier quant à la publicité – il est manifeste que les procédures d'arbitrage, souvent, n'ont pas pour finalité de respecter l'article 6, et le compromis d'arbitrage entraîne une renonciation à l'application sans restriction de cette disposition. Par conséquent, le fait que les parties n'ont pas joui de toutes les garanties de l'article 6 ne doit pas nécessairement entraîner l'annulation d'une sentence arbitrale ; cependant, chaque partie contractante doit pouvoir en principe décider elle-même des motifs d'annulation d'une sentence arbitrale. »

⁵³. Commission Delmas-Marty, « Justice et droits de l'homme, 1989-1990 ».

⁵⁴. CEDH, *British-American Tobacco Company Ltd c/Pays-Bas*, 20 novembre 1995, série A, n° 331, § 78 ; *Fischer c/Autriche*, 26 avril 1995, requête n° 16922/90, série A, n° 312, § 28.

⁵⁵. *Nordström-Janzon et Nordström-Lehtinen c/Pays-Bas*, 27 novembre 1996, requête n° 28101/95.

La publicité du procès fait l'objet d'exceptions assez larges ⁵⁶. S'agissant de la rapidité, si elle est une exigence importante en matière pénale ⁵⁷, l'importance des conséquences attachées à l'issue du procès rend primordial, pour l'accusé, le respect des droits de la défense ou le droit à un tribunal impartial, fût-ce au prix d'un allongement de la procédure ⁵⁸.

Ces modulations des garanties rendent évidemment possible le traitement différencié de certaines catégories de contentieux simples, des procédures allégées ou assouplies mais rapides pour les affaires de faible importance ou nécessitant une issue rapide, des procédures plus longues, approfondies, complexes et donc coûteuses pour les litiges en matière civile ou pénale qui peuvent être graves de conséquences.

Qu'il s'agisse des modalités de saisine du juge d'instance ou du Conseil de prud'hommes, de l'oralité des débats pratiquée en matière sociale et commerciale ou de la distinction, en matière pénale, des procédures contraventionnelle, délictuelle ou criminelle, notre droit processuel connaît déjà une différenciation fondée sur l'importance des litiges ou des infractions, mais il serait sans doute possible de l'amplifier, notamment en mobilisant les nouvelles techniques de l'information et de la communication, téléprocédures, audiences en visioconférence, procès instruits et jugés sur internet, l'observation de certaines procédures de règlement des litiges sur le web pouvant utilement nourrir la réflexion.

De la même manière, ces allègements peuvent intéresser la motivation de la décision.

⁵⁶. Voir notamment *Gautrin c/France*, 20 mai 1998, Recueil 1998-III, concernant la procédure devant le conseil de l'ordre des médecins ; *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*, 28 juin 1984, série A, n° 80, admettant la pratique selon laquelle les comités de visiteurs de prisons siègent à huis clos ; *Axen c/Allemagne*, 8 décembre 1983, requête n° 8273/78, série A, n° 72, pour un recours limité aux questions de droit ; *Pretto c/Italie*, 8 décembre 1983, requête n° 7984/77, série A, n° 71, concernant le rejet d'un pourvoi en cassation, le texte intégral de l'arrêt étant déposé au greffe ; *Helmers c/Suède*, 29 juillet 1991, série A, n° 212-A, s'agissant des litiges purement techniques.

⁵⁷. CEDH, *H. c/Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A, n° 120 : en raison de l'enjeu du litige pour la requérante, des diligences exceptionnelles sont exigées de la part de l'État.

⁵⁸. CEDH, *Acquaviva c/France*, 21 novembre 1995, requête n° 19248/91, série A, n° 333-A : le contexte politique particulier en Corse justifie un allongement de la procédure.

■ La possibilité d'une formalisation allégée de la décision de justice

On estime, à juste titre, que la motivation est essentielle à la qualité de la justice. Elle est une protection contre l'arbitraire en obligeant le juge à justifier son opinion et à prendre conscience de sa portée. Elle procure au plaideur une justification de la décision, lui offre à vérifier que ses moyens ont été examinés et permet à la doctrine de se livrer à une analyse scientifique de la jurisprudence. Elle est indispensable à l'exercice du contrôle de la Cour de cassation et au citoyen en droit de s'assurer de la cohérence de la justice.

Introduite dans notre système juridictionnel par la loi des 16-24 août 1790, l'obligation de motiver a été intégrée dans le champ constitutionnel. Dans la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale⁵⁹, le Conseil constitutionnel relève que « sont également de nature à éviter l'arbitraire la motivation [...] de la décision rendue par la chambre de première instance ainsi que la motivation de l'arrêt de la chambre d'appel... », éviter l'arbitraire étant l'une des garanties que doit présenter la loi pénale au regard des exigences découlant des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. De même, dans la décision n° 84-182 DC du 18 janvier 1985 portant sur la loi relative aux administrateurs judiciaires⁶⁰, il a estimé qu'« en prévoyant l'obligation [...] de statuer par décision motivée..., les dispositions déferées ne méconnaissent pas le principe des droits de la défense ».

En droit processuel européen, la valeur de l'obligation de motiver n'a été fixée que récemment par la Cour européenne qui l'a dégagée de l'article 6 de la Convention comme une application autonome de la notion de procès équitable⁶¹.

Appréciant le respect de la garantie que constitue l'obligation de motiver en tenant compte des circonstances particulières à chaque espèce, la Cour européenne en fait une application nuancée. Elle a successivement précisé que la motivation ne peut être totalement absente⁶², ni revêtir un caractère lapidaire : en particulier, les juridictions nationales doivent préciser le contenu des notions légales qu'elles appliquent,

lorsque celles-ci ne sont pas, en elles-mêmes, assez précises : faute lourde, circonstances exceptionnelles...⁶³. Enfin, selon la Cour, « l'obligation de motivation perd tout son sens si la motivation elle-même démontre que les juges n'ont pas lu les pièces essentielles du dossier »⁶⁴.

En revanche, la Cour européenne a jugé que cette exigence ne signifie pas que le tribunal doit répondre d'une manière détaillée à chaque argument⁶⁵, que l'étendue de l'obligation de motiver peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances⁶⁶ enfin, que la motivation par incorporation des motifs des premiers juges est possible si les questions essentielles ont été réellement examinées et si la juridiction n'a pas purement et simplement entériné les conclusions de la juridiction inférieure⁶⁷.

Telle que comprise et interprétée par la Cour européenne, l'obligation de motiver ne s'oppose donc nullement aux efforts d'allègement de motivation, par visa, par référence aux écritures, par reprise de la motivation du premier juge ou par des formules succinctes pour les affaires les plus simples ou minimales.

De même qu'on ne voit pas ce qui interdirait les motivations orales enregistrées sur supports magnétiques ou relevées par le greffier à l'audience et permettant la délivrance immédiate d'une décision ainsi que le font les tribunaux espagnols depuis une réforme récente.

S'agissant particulièrement des juridictions de cassation, la Cour européenne a rappelé dans l'arrêt Higgins c/France du 19 février 1998⁶⁸, à propos de requêtes en dessaisissement pour cause de suspicion légitime, que, comme toute autre juridiction, elles étaient tenues de motiver leurs décisions ; mais elle n'a pas estimé, par principe, contraire à l'article 6 de la Convention, la technique dite des réponses brèves par lesquelles est rejeté au fond par un motif unique, un ensemble de moyens qui ne relèvent pas d'un examen approfondi⁶⁹ dès lors que la réponse

63. CEDH, 29 mai 1997, Georgiadis c/Grèce, Recueil 1997-III, requête n° 21522/93 ; CEDH, 30 novembre 1987, H. c/Belgique, précité.

64. CEDH, Fouquet c/France 12 octobre 1994, rapport de la Commission, requête n° 20398/92.

65. CEDH, 19 avril 1994, Van de Hurk c/Pays-Bas, série A, n° 288.

66. CEDH, 9 décembre 1994, Ruiz Torija et Hiro Balani c/Espagne, précités.

67. CEDH, 19 décembre 1997, Helle c/Finlande, Recueil 1997-VIII ; 21 janvier 1999, García Ruiz c/Espagne, Recueil 1999-I.

68. Précité.

69. CEDH, décision d'irrecevabilité d'un recours du 20 juin 2000 Nisse c/France, requête n° 47592/99.

59. Rec. p. 29.

60. Rec. p. 27.

61. CEDH, 9 décembre 1994, arrêt Hiro Balani c/Espagne et arrêt Ruiz Torija c/Espagne, série A, n° 303-A et B.

62. CEDH, arrêt Higgins c/France, 19 février 1998, précité.

« fait référence aux quatre moyens développés par la requérante » et qu'en outre « il ressort clairement de l'arrêt que lesdits moyens ont été rejetés au motif qu'ils soulevaient des questions de fait et non de droit et que la Cour de cassation ne pouvait donc en connaître ».

Conclusions

Possibilité, par des lois internes, de limiter les voies de recours et d'organiser un prétraitement non juridictionnel des affaires civiles et pénales, validité de procédures simplifiées en fonction de la nature et de l'importance des affaires, compatibilité de motivations allégées en fonction des circonstances et de l'importance du litige, la jurisprudence interprétative de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'interdit pas la prise en compte des impératifs d'économie judiciaire pour la meilleure satisfaction de la demande de justice. Bien davantage, on peut même dire que, tels que dégagés par la Cour européenne, les principes du procès équitable sont eux-mêmes une incitation à une optimisation des moyens concédés par les États à la justice.

En cela, elle rejoint la démarche des économistes qui analysent le procès comme la « transaction » nécessaire pour obtenir la réalisation d'un droit. Dans cette perspective, plus il offre des garanties importantes, plus son coût est élevé, et, pour le justiciable, eu égard à l'importance du droit revendiqué, plus le procès est cher, moins celui-ci sera incité à saisir une juridiction pour satisfaire sa revendication. En économie du droit, on apprécie la performance du système, en l'occurrence judiciaire, au montant des coûts de transaction, donc du procès. Il s'ensuit que l'effectivité de l'accès à la justice passe par la relation entre l'enjeu du litige pour le justiciable et la charge du procès en coût et en temps, déterminé par le niveau de garanties conférées aux parties. Dans la logique de la Convention visant à la satisfaction effective et optimale de l'accès aux juridictions, il appartient donc aux États de mettre en place des procédures différenciées de règlement des litiges et au juge d'en faire une application justement et précisément adaptée à leur importance.

L'examen concret de la manière dont les garanties invoquées ont été sauvegardées dans chaque cas d'espèce plutôt que l'analyse théorique ou virtuelle des droits est évidemment une approche économique mesurant la satisfaction des besoins des justiciables. Il en est de même de la démarche visant à procurer à chacun le niveau de protection le plus adapté, ce qui n'est rien d'autre qu'une démarche de valorisation et de

rationalisation des moyens comme l'est aussi la prise en compte globale du procès en tant qu'indicateur de résultat effectif.

Or, la Cour européenne va assez loin dans la prise en compte de l'environnement économique pour l'appréciation du niveau de satisfaction du droit d'accès au tribunal. Elle admet, en effet, que le droit à un tribunal peut donner lieu à des limitations qui peuvent varier dans le temps et dans l'espace en fonction des ressources des communautés et des individus⁷⁰.

On comprend donc que, loin d'ignorer la dimension économique de la justice, la Convention la prend en compte et la favorise. Elle n'interdit donc pas la mise en œuvre de mesures de rationalisation dans le traitement des contentieux, elle les recommande dans des limites admissibles. S'agissant, par exemple, du respect du délai raisonnable, la jurisprudence recherche, en particulier, si le juge, en tant qu'organe de l'État, a raisonnablement, rationnellement mis en œuvre les moyens dont il disposait, eu égard au comportement des parties pour réduire la durée du procès.

Ceci montre, en outre, que les obligations faites aux États de mise en œuvre effective d'une justice équitable pèsent au premier chef sur le juge, qui par application de l'effet direct et de l'effet de primauté de la Convention, est tenu d'assurer les garanties sauvegardées par la Convention qui relèvent de son pouvoir, fut-ce en écartant les dispositions internes qui y feraient obstacle. C'est donc lui qui, dans les limites de son office, est tenu à la mobilisation rationnelle des moyens de la justice.

Ainsi est-il démontré que les principes dégagés de la Convention ne sont en rien contraires aux impératifs de bonne organisation et de saine gestion de l'appareil judiciaire. Ce qui les contrarie en revanche, c'est l'invocation de tels principes pour justifier des situations de confort, des habitudes, des rentes de situation, des intérêts catégoriels ou corporatistes, des stratégies judiciaires perverses, en bref tout ce qui paralyse l'institution. Usage détourné de l'appel et du pourvoi en cassation, utilisation des voies de recours à des fins abusives ou dilatoires, alourdissement, allongement et complication des procès à des fins paralysantes, comportements qui provoquent l'encombrement des juridictions et l'allongement des délais de jugement et contre lesquels la Cour européenne admet qu'il est légitime de lutter. De tels phénomènes, qui violent, en effet, à renchérir le coût du procès, à créer des déséquilibres

70. CEDH, arrêt *Ashingdane c/Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A, n° 93, pp. 24-25, § 57, *Khalafou c/France*, précité.

entre les parties et à réduire l'efficacité de la justice, sont évidemment contraires aux buts de l'article 6 de la Convention. Pour le juge, il est confortable d'y céder. Les combats exigent de sa part courage et persévérance. De cela dépend cependant l'accomplissement de sa mission. C'est, en définitive, son crédit et son autorité qui sont en cause.

Enfin, le moment ne serait-il pas venu de ne plus subir comme des contraintes et dans le désordre les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme mais d'anticiper sur sa jurisprudence pour moderniser notre système de justice ?

Annexes

1. Liste des recherches de l'appel d'offres « qualité de la justice »
2. Article du Monde (23 mai 2001) : « Les usagers de la justice lui font confiance mais critiquent son fonctionnement »
3. Enquête parue dans Le Nouvel Observateur (supplément Paris-Île-de-France), janvier 2001

De la Justice, on attend qu'elle rassure. Le plus souvent, elle inquiète. C'est que, chargée de régler les conflits qui nous déchirent, elle nous renvoie l'image des dysfonctionnements de notre société. Il y a pire, lorsque l'image que renvoie la Justice est celle de ses propres dérèglements, comme l'affaire d'Outreau.

Pour cet indispensable travail d'analyse et d'éventuelle formulation de projets alternatifs, "Après-demain" est dans son rôle : créée en 1957 pour "l'éducation politique des futurs électeurs", la revue a régulièrement consacré à la Justice, en tout ou partie, des numéros dont certains ont fait date. La plupart des avocats, des défenseurs des Droits de l'Homme, des magistrats progressistes et des politiques ayant contribué aux vraies réformes y ont publié, le premier article du premier numéro étant signé René Capitant.

François COLCOMBET

Guy CANIVET

AU NOM DE QUI, AU NOM DE QUOI JUGENT LES JUGES ?

DE LA GOUVERNANCE DÉMOCRATIQUE DE LA JUSTICE

Depuis qu'un groupe d'individus a, sous une forme quelconque, confié à l'un d'eux la solution des conflits qui les divisent, se pose la question de la source de ce pouvoir exceptionnel. Les réponses interpellent toutes les sciences sociales (anthropologie, histoire, sociologie, philosophie, sciences politiques et sciences juridiques...), à partir desquelles se sont construites de multiples théories de la justification du pouvoir de juger, que l'on retrouve dans une littérature considérable sous la rubrique de la "légitimité des juges". Mais la légitimité n'épuise pas la question du "pouvoir juger". Comment celui qui en est investi l'exerce-t-il ? Quels sont les contrôles possibles sur son exercice ? Sur quoi se fonde l'autorité de ses décisions de justice ? La réponse tient tout autant à des facteurs culturels qu'à des principes juridiques.

POUVOIR JUGER

Qui t'a fait juge ? Telle est l'interrogation première de celui qui, accusé d'avoir enfreint une règle sociale ou causé dommage à

autrui, comparaît devant l'autre qui décide de la sanction. La puissance divine ? Le Monarque ? L'État ? Le corps électoral ? Le peuple ? Selon les époques et les sociétés, la source du pouvoir des juges est diverse, magique, religieuse, politique, populaire... De la source de ce pouvoir dépend non seulement la reconnaissance de la validité du jugement mais encore le contrôle auquel est soumis son auteur. Et de la nature autocratique ou démocratique du juge découle la méthode de jugement.

A – Juger au nom du peuple

Aujourd'hui, la source du pouvoir de juger est politique. Est juge celui que la Constitution désigne comme tel, dont elle délimite la compétence et dont elle fixe le statut ; c'est elle aussi qui déclare les principes fondamentaux qui encadrent le procès. Ce n'est plus le roi qui, comme sous l'Ancien régime, est source de justice mais le peuple souverain au nom de qui, depuis la Révolution, justice est rendue. La justice est une composante de la démocratie.

Les choix opérés par le constituant de la V^e République rendent-ils compte de l'ancrage démocratique de la justice ? La réponse, que l'on se gardera bien de donner ici, dépend d'une multitude de facteurs : l'existence d'un pouvoir judiciaire et son indépendance, la division des ordres de juridiction et leur contrôle réciproque, l'intervention de l'exécutif sur la carrière des juges et la gestion des juridictions, l'effectivité des organes de protection de l'indépendance des juges, le poids du corporatisme, les principes fondamentaux qui gouvernent le procès... Deux éléments semblent toutefois devoir être spécialement retenus pour mesurer la réalité d'une démocratie judiciaire : l'accès des citoyens à la Justice et le contrôle qu'ils exercent sur son fonctionnement.

MÉNAGER L'ACCÈS DES CITOYENS À LA JUSTICE

L'accès à la Justice est garanti aussi bien par notre Constitution que par toutes les Conventions internationales traitant des Droits de l'Homme. Il impose d'assortir chaque droit d'une procédure effective de mise en œuvre et de la suppression de tout obstacle ou discrimination procédurale ou financière au libre exercice de ce recours. Toute personne qui le demande doit donc pouvoir saisir une juridiction pour faire statuer sur un droit qu'elle revendique. L'œuvre de l'État est de créer par la loi les voies nécessaires et de les rendre aussi libres et accessibles que possible. La mission des juges est d'en assurer l'utilité. Lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux, l'État doit permettre à toute personne d'en faire sanctionner, par des procédures appropriées, la violation par le législateur autant que par le pouvoir exécutif. C'est ce droit que viennent précisément de consacrer la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2003 et la loi organique du 10 décembre 2009, en créant la question prioritaire de constitutionnalité.

En matière pénale, l'accès à la Justice implique la possibilité de faire contrôler par l'autorité judiciaire toute privation de liberté. Chaque personne arrêtée, retenue ou détenue dans un lieu quelconque doit pouvoir en faire contrôler le motif par un juge. En France, on y ajoute la possibilité, pour les victimes, d'obtenir réparation de leur préjudice dans le cadre même du procès criminel.

Mais il peut s'agir de faire reconnaître tout autre droit. La Justice est un mode de régulation de la vie en société qui s'est peu à peu substitué à l'administration. C'est la certitude d'être contraint par un juge au respect de la loi qui détermine les acteurs publics et privés à s'y plier. L'accès à la Justice comprend encore le droit de faire vérifier la validité du jugement par un juge supérieur et celui de faire exécuter le jugement lorsqu'il ne peut plus être contesté. L'obligation positive de l'État s'étend donc de la saisine de la juridiction à l'exécution de la sentence. En définitive, à la faveur de la publicité du procès, la Justice est lieu public d'expression, de défense et de satisfaction des droits et libertés de toute nature, subjectifs ou objectifs, individuels ou collectifs, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. De ce fait, c'est un instrument essentiel de la démocratie.

Le niveau de satisfaction de cette exigence détermine la performance du système juridictionnel. La réalisation des politiques d'accès à la justice dans les États membres du Conseil de l'Europe a été mesurée par la **Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ)** dans une enquête de 2008. L'évaluation à laquelle elle procède, porte sur l'organisation des juridictions, leur répartition sur le territoire, l'efficacité des procédures, leur adaptation aux cas d'urgence et aux publics vulnérables, l'accueil et l'information du public, le coût du procès à la charge de l'État et de l'usager, la rémunération des auxiliaires de justice, les modalités d'une aide publique et l'existence d'une

assurance judiciaire privée. Cette étude montre, en définitive, que l'accès à la Justice dépend très précisément de l'intensité des politiques publiques qui les mettent en œuvre. On croise ici les thèmes de discussion en France sur la réforme de l'aide légale, le réaménagement de la carte judiciaire, l'adaptation de la justice de proximité et la réforme de la procédure pénale. La démocratie judiciaire dépend de l'organisation institutionnelle de la Justice.

RENFORCER LE CONTRÔLE DES CITOYENS SUR LA JUSTICE

Après avoir évalué le rendement de l'accès à la justice dans un rapport entre coût et bénéfice, autant d'un point de vue social que privé, l'étude de la CEPEJ, déjà citée, conclut sur des conditions d'une gouvernance démocratique de la Justice. Elle montre que pour s'adapter à l'augmentation des contentieux, les systèmes judiciaires associent de plus en plus les citoyens à l'activité judiciaire et révèle la part prise par le secteur privé - associatif, syndical, universitaire, assurantiel - dans le mode de financement des procès. La conséquence de cette implication devrait être le contrôle du public sur l'exercice de la justice. Le prolongement de l'accès serait l'ouverture, la transparence de l'institution judiciaire et l'obligation de rendre compte de son fonctionnement. Les harangues aux Parlements d'Ancien régime montrent que c'est envers le roi que les juges étaient responsables de l'usage du pouvoir qui leur était par lui délégué ; c'est au peuple qu'ils devraient aujourd'hui en référer. En France, les principes de cette gouvernance seraient en grande partie à créer.

Un autre aspect, tout aussi essentiel, de la gouvernance démocratique de la Justice est le contrôle du public sur le comportement des juges. L'affaire d'Outreau a parfaitement montré l'intensité de ce besoin social. Une

réponse partielle a été donnée par la réforme de 2008 qui, par modification de l'article 65 de la Constitution, confère aux justiciables la possibilité de saisir l'organe disciplinaire des juges, le Conseil supérieur de la magistrature. Elle se trouve aussi dans l'efficacité, encore en discussion, des mécanismes de mise en œuvre de leur responsabilité professionnelle.

B – Juger en appliquant la loi

Si la doctrine révolutionnaire a profondément transformé la source du pouvoir du juge, elle en a aussi strictement limité la mission. Le juge se borne à appliquer la loi. Le pouvoir de juger se justifie alors par l'application respectueuse de la loi, expression souveraine de la volonté générale. La loi seule est source de jugement.

Si la formulation du principe est simple, sa mise en œuvre est conflictuelle. Appliquer la loi, c'est nécessairement choisir celle qui est apte à trancher le litige et c'est aussi l'interpréter.

Or, dans l'application de la loi, le juge a conquis un pouvoir d'interprétation que lui conteste une conception stricte de la séparation des pouvoirs. Ayant peu à peu abandonné les méthodes littérales et la référence étroite à la volonté du législateur, il utilise des principes souples de lecture du texte qui lui permettent de prendre en compte le contexte évolutif économique, social, culturel dans lequel elle prend son sens. Il en dissipe les ambiguïtés, en résout les contradictions, en comble les lacunes, assure la cohérence de l'ordre juridique par des principes généraux du droit. Il construit des jurisprudences auxquelles il donne force de norme. Dans cet exercice, la formation professionnelle apprend au juge à s'affranchir de ses propres convictions et la récusation donne la possibilité d'écarter celui dont l'impartialité pourrait être faussée. Mais, consciemment ou non, les constructions de la jurisprudence sont influencées par des valeurs

individuelles ou collectives auxquelles se réfère le juge. Ces valeurs déterminent une conception de la justice sociale, une vision de l'équité, une règle de mesure des intérêts en présence, en définitive une vision du monde. La jurisprudence reflète les orientations philosophiques, éthiques, sociales, économiques, culturelles du corps des juges. Les représentations sociales dominantes pèsent sur le jugement.

Tout aussi large est le choix du droit applicable. Depuis la Seconde Guerre mondiale, les États ont conclu, signé et promulgué de multiples conventions internationales proclamant des droits fondamentaux. À certaines conditions, en vertu de notre Constitution (article 55), ces traités et accords ont une valeur supérieure à la loi interne et le juge les applique directement par préférence à celle-ci. En outre, la France participe à l'Union européenne et s'oblige à mettre en œuvre l'ordre juridique que crée celle-ci. Le droit qu'applique le juge s'universalise. Il est, dit-on, tout autant juge du droit de l'Union ou de la Convention européenne des Droits de l'Homme que du droit interne. Les normes et concepts cosmopolites du jugement éloignent le juge de la source nationale de son pouvoir.

En définitive, ni le contrôle du public, ni la loi appliquée ne suffisent à donner un fondement démocratique aux décisions de justice. Pourrait-on en trouver le complément dans le savoir du juge ?

SAVOIR JUGER

Savoir juger c'est connaître le droit mais aussi comprendre le contexte économique et social dans lequel s'est noué le litige et sera reçu le jugement. Juger, c'est trancher en situation, en même temps qu'agir sur une situation. La question de la sélection des juges par la connaissance a été une question politique vivement débattue durant toute la première partie du XX^e siècle tout comme l'a

été ensuite celle du contenu, général ou technique, du savoir à leur transmettre.

A – Connaître le droit

La connaissance du droit varie selon la nature des juridictions et l'origine des juges mais le Conseil constitutionnel a estimé que, même pour les juges de proximité institués pour juger un contentieux simple de la vie quotidienne, on ne pouvait s'affranchir de l'exigence de connaissance du droit. Pour le corps judiciaire, le champ du savoir doit tout autant recouvrir le droit matériel que la méthode du jugement, la connaissance de la loi que le savoir-faire pour l'appliquer.

La méthode du jugement est aujourd'hui encadrée par le standard universel du procès équitable, défini dans les mêmes critères autant par la Constitution que par les conventions internationales. Il s'intègre à la mentalité collective des juges, il est aussi la référence qui permet à chacun de s'assurer que la justice est correctement rendue ; c'est une forme de charte des droits du procès que chaque usager peut s'attendre à voir respecter dans l'espace judiciaire.

Au-delà du standard, le jugement suppose un savoir-faire ; une sorte de "tour de main" qui distingue le bon professionnel. Le posséder nécessite formation, transmission, expérience, assistance, conservation, perfectionnement. Ce sont les bonnes pratiques du jugement. L'affaire d'Outreau - encore elle - a montré le déficit de normalisation et de référence à ces bonnes pratiques pour des actes aussi élémentaires que l'audition d'enfants victimes d'abus sexuels, le choix des experts, l'organisation d'un procès criminel... Comme en matière médicale, il serait sans doute nécessaire d'élaborer un référentiel des gestes professionnels élémentaires par des conférences de consensus associant le public à sa définition. Si responsabilité des juges il y a, elle doit s'apprécier à partir de comportements professionnellement et socialement conformes.

B – Comprendre la société

Mais l'exigence de savoir dépasse la connaissance des techniques du jugement. Elle impose un minimum de compréhension du contexte dans lequel s'insère la décision. C'est une banalité mais elle est fructueuse.

La connaissance des données sociales, économiques et culturelles n'est pas seulement un acquis de la formation. Elle est fonction de la position du juge au sein de la société. Y est-il impliqué ? En est-il retranché ? C'est pour cultiver le lien entre la Justice et le lieu où elle s'exerce qu'il est indispensable d'associer les citoyens au mécanisme du jugement. C'est aux mêmes fins que des juridictions comme celles du travail ou du commerce sont composées des représentants des catégories professionnelles concernées. C'est pour la même raison que, dans des domaines techniques, ont été instituées des autorités administratives indépendantes en partie constituées de professionnels des secteurs concernés.

Mais est-ce suffisant ? Organisé sur le modèle protégé de la fonction publique, le corps des juges peut-il pénétrer la réalité des problèmes sociaux, comprendre la précarité des personnes vulnérables ? A-t-il une juste vision du monde de l'entreprise, peut-il approcher la prise de risque et les mécanismes financiers ? En retour, les divers publics auxquels la Justice s'adresse vérifieront-ils que le jugement pénètre la réalité ? À cet égard, la marge de pertinence de la décision n'est pas large. En l'excédant, le juge s'expose au risque de rupture avec la société,

rupture qui, on l'a vu dans certains cas, prend la forme d'une crise politique. Les réponses à ces questions et la prévention de ce risque commandent les solutions. Renforcer les formations ? Provoquer la mobilité ? Corriger le mode de recrutement ? Impliquer davantage les citoyens et les professionnels ?

En définitive, si c'est au nom du peuple que justice est rendue, le jugement ne peut s'affranchir du principe démocratique qui fonde le pouvoir de juger. Et si le jugement est tout autant fondé sur le droit que sur les représentations sociales, son autorité se mesure à sa cohérence avec les valeurs communes de la société. Le jugement est finalement l'articulation d'un pouvoir démocratique et de l'exigence d'un consensus social.

Guy CANIVET

Magistrat, membre du Conseil constitutionnel,
Premier président honoraire de la Cour de cassation.

Références :

- *Pouvoirs* n° 74, "Les juges", Ed. du Seuil, septembre 1995.
- CANIVET G., "Légitimité du juge", in *Dictionnaire de la justice*, s.d. CADIET L., Puf, 2004.
- CANIVET G. et JOLY-HURARD J., "La déontologie des magistrats", Dalloz, 2ème éd., 2009.
- KRIEGLER B., "Le principe de légitimité", *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF; Éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 47-51.
- GARAPON A., "La révolution invisible", *P. Aff.* n° 134, 1998, p. 4-10.
- OST F., "Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice", in GÉRARD Ph., OST F. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.), "Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements", Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 1-70.
- RENOUX T., "Justice et politique : pouvoir ou contre-pouvoir ? À propos des responsabilités pénales et politiques", *JCP*, 1999, p. 1561-1567.
- SALAS D., "Le juge aujourd'hui", *Droits*, n° 34, 2002, p. 61-71.

Prochain numéro d'Après-Demain
RÉPRESSION - PRÉVENTION

à paraître en octobre 2010

Imaginer la justice de demain

par Antoine Garapon

Qui songerait à contester aujourd'hui la montée en puissance de la justice ? Probablement personne. Le débat sur la justice a récemment passé un cap. Alors qu'il s'était concentré ces dernières années sur les relations entre justice et politique, il se tourne à présent vers des horizons moins héroïques, peut-être moins exaltants, mais tout aussi impérieux : l'efficacité, la qualité et la responsabilité de nos institutions judiciaires. Ce nouveau débat ne chasse pas pour autant le précédent mais le complique : l'enjeu est aujourd'hui de concevoir la responsabilité de la justice et la qualité de son service public dans le cadre de cette indépendance récemment acquise que plus personne — ou presque — ne songerait à remettre en question.

A cet enjeu, interne en quelque sorte, s'en ajoute un autre, lié à la mondialisation. Sur le plan international, en effet, la pression prend la forme pour les pessimistes d'une menace d'envahissement de la common law ou, pour les optimistes, d'une saine concurrence entre droits nationaux. La protection de la tradition continentale passe peut-être moins par la défense de la francophonie que par la « qualité export » des décisions. Si la justice française veut jouer pleinement son rôle comparativement aux autres grandes juridictions (Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, Cour de justice des communautés européennes, Cours suprêmes anglo-saxonnes, Tribunal pénal international de La Haye), elle doit pouvoir passer l'épreuve non seulement de la traduction, mais aussi de la comparaison sous l'arbitrage des standards internationaux de qualité et de fiabilité.

C'est donc en reprenant l'initiative que l'on se sortira des difficultés actuelles. Il faut libérer l'imagination, accepter de reposer des questions que l'on croyait définitivement tranchées par notre tradition juridique et politique, regarder sans préjugés les solutions que nos parte-

naires ont élaborées, remettre en cause des habitudes professionnelles et oser vaincre les corporatismes. Bref, il faut sortir d'une certaine paresse intellectuelle dans laquelle se confinent beaucoup de débats aujourd'hui. La justice n'a plus le choix : elle doit être de qualité pour se montrer à la hauteur de la confiance que nos concitoyens mettent en elle. La justice de demain doit s'ouvrir dans deux directions en apparence opposées : sur la société civile tout d'abord, mais aussi sur le monde.

Une institution plus ouverte sur la société civile

Une justice démocratique est d'abord une justice qui procède du peuple. D'où le souci, commun à toutes les démocraties, de faire participer les citoyens à l'œuvre de justice. Mais comment ? Le jury demeure, à l'évidence, la forme la plus commune et la plus achevée. Mais il y en a d'autres, qui font appel directement à l'élection, comme en France les tribunaux de commerce ou les conseils de prud'hommes. Le mérite de cette dernière juridiction est d'incorporer en son sein c'est-à-dire d'internaliser, la dialectique sociale de l'opposition entre les intérêts des travailleurs et ceux du patronat. Cette incorporation de la division, dont Claude Lefort nous rappelle qu'elle est le nerf de la démocratie, est le secret de sa vitalité. Elle explique également *a contrario* les difficultés actuelles des tribunaux de commerce : la juridiction consulaire a été bâtie sous le mode corporatiste et non sous le mode incorporant des conseils de prud'hommes. Celle-ci a, en effet, été pensée comme un organisme d'arbitrage entre commerçants, mais voici que lui sont aujourd'hui déferées des affaires mettant en jeu des intérêts s'étendant bien au-delà (on songe aux procédures collectives qui menacent l'emploi, c'est-à-dire la vie d'hommes et de femmes, et le tissu économique dans son ensemble).

Une justice démocratique est ensuite une institution dont le recrutement des juges est démocratique, c'est-à-dire dont les membres sont sélectionnés de manière transparente et insensible à l'origine sociale. C'est chose faite, répondra-t-on, depuis des années dans notre pays. Mieux : le recrutement s'améliore de concours en concours. Mais la qualité des hommes s'entretient. On peut redouter qu'un recrutement massif de magistrats, s'il n'est accompagné de mécanismes internes de sélection et de stimulation de l'entretien des compétences tout au long de la carrière, un peu à l'image de l'Ecole de guerre pour les officiers supérieurs, n'aboutisse à un affaiblissement global de la qualité.

Peut-être faudrait-il repenser de fond en comble l'emploi des juges et s'emanciper de l'idée de carrière calquée sur la fonction publique. Bien des catastrophes judiciaires sont imputables à des juges qui étaient manifestement pas à leur place : insuffisamment expérimentés, gauches ou trop prolixes avec les médias, voire grisés par une notoriété soudaine, ils ont manqué le rendez-vous avec la société. Il est vrai que la médiatisation de certaines affaires a bouleversé le travail du juge. Sans songer nécessairement aux affaires politico-financières, il faut constater que la justice est élue comme forum pour poser plusieurs questions de société. Quelques tribunaux consacrent des audiences extrêmement longues à des affaires qui ont beaucoup ému certains quartiers, notamment lorsque les relations y sont tendues (une arrestation mouvementée, une affaire de suspicion de violences policières, par exemple, peuvent durer près de dix heures). Les « jeunes des cités » se déplacent de plus en plus fréquemment lorsque l'un des leurs passe en jugement, ce qui est le signe qu'ils investissent le forum judiciaire. Comment leur donner l'exemple d'une justice équitable ? D'un juge véritablement impartial ? Quel soin apporter à ces affaires qui réclament un doigté particulier ? Faut-il laisser de telles affaires au juge « naturel » ? S'en écarter en proposant de choisir des juges pour l'occasion rappelle trop de mauvais souvenirs, du moins dans nos pays continentaux. Ne faudrait-il pas penser à créer des pôles de compétence qui accréditent certains juges plus anciens et mieux aguerris, à l'excellence confirmée par leurs pairs, pour certaines affaires afin de garantir un meilleur traitement des affaires difficiles sans revenir sur l'idée d'une prédétermination de la compétence du juge ? Il suffit d'afficher les critères. Ce qui doit être mis en cause, c'est l'idée d'une polyvalence immédiate de tous les juges sortant de l'ENM.

Désenclaver la magistrature

Mais la force d'une justice ne tient pas qu'à la qualité de ses juges mais aussi à la force d'une profession juridique. La qualité collective de la profession de juriste (si l'on peut risquer ce terme) passe par l'ouverture, la cohésion et la mobilité.

Certains contentieux sont très spécialisés : ils requièrent non seulement une bonne maîtrise juridique mais également une bonne expertise technique. Les juristes doivent s'ouvrir à d'autres professions : le crédit de leurs décisions, et donc leur légitimité, est à ce prix. Tout plaide pour que la mobilité entre juristes soit plus intense. Celle-ci pourrait prendre la forme de ponts, permettant aux juristes de voyager au long

de leur carrière. Un conseiller à la Cour des comptes ou à une chambre régionale des comptes acquerrait une autre vision des choses en tenant quelques années un cabinet d'instruction financier. Réciproquement, pourquoi les juristes de droit privé et les avocats ne pourraient-ils pas occuper non seulement des fonctions juridictionnelles mais également des hauts postes de la fonction publique ? Dans notre pays, c'est traditionnellement à l'université que s'opère ce brassage et que se donnait la base de la communauté des juristes. Il faut désormais penser les moyens de prolonger cette mixité des différentes cultures juridiques tout au long des différentes carrières juridiques.

Les juristes — et plus encore les avocats — remplissent un rôle particulièrement sensible dans une société qui se voit plus juridiquement que politiquement. Leur fonction, en effet, les met à l'écoute de tous, des plus défavorisés aux plus nantis, les plonge de manière parfois crue au cœur des difficultés, des aspirations et des inquiétudes de leurs concitoyens ; le droit est un révélateur impitoyable des intérêts et des souffrances du monde. L'apport spécifique des avocats s'avère irremplaçable. Il tient à leur position de médiateur naturel entre les attentes du public et les réponses juridiques qui peuvent y être apportées. Ils sont particulièrement bien placés pour prendre la mesure de la demande de droit que formulent les citoyens. Ils sont aussi directement en prise sur les évolutions du contexte juridique international. Et le bénéfice de ce regard et de cette expérience, à bien des égards uniques, est perdu pour l'université et les juridictions. Les juristes doivent se montrer capables de synthétiser leurs pratiques, de formuler leurs préoccupations en termes communs et d'éclairer leurs décisions à la lumière des valeurs que partage la société tout entière.

La justice démocratique doit également être accessible à tous ; elle cesse d'être un bien rare réservé à ceux qui en ont les moyens. « La justice anglaise actuelle, affirme lord Woolf au début de son rapport sur la justice anglaise, ne vaut que si les questions de temps et de coût sont mises de côté. Le système marche actuellement de manière satisfaisante pour les avocats et les juges, mais les gens ordinaires sont maintenus en dehors du procès¹. » Le rapport Woolf implique pour la première fois des représentants des consommateurs et d'autres organisations dans la préparation des réformes, et l'auteur recommande que celles-ci continuent de jouer un rôle permettant de contrebalancer le point de vue des professionnels du droit dans le nouveau comité national pour la justice (*civil justice council*). L'exigence d'une justice

1. *Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Londres, HMSO, 1996, p. 138.

démocratique oblige à décaler la perspective et à agrandir l'obturateur. L'audace du rapport Woolf en Angleterre, la nouveauté des politiques d'accès au droit en France viennent de ce qu'ils adoptent d'emblée un point de vue citoyen, c'est-à-dire externe, sur l'institution.

On assiste aujourd'hui à une inversion très profonde des rapports entre les institutions et les justiciables. Tout à coup, c'est dans la satisfaction des usagers que se trouve la plus grande légitimité. En témoigne la place accordée aux victimes, qui est une tendance générale à toutes les sociétés démocratiques aujourd'hui. Comment expliquer autrement l'attention si grande portée par certains parquets aux courriers de justiciables qui, ne serait-ce qu'il y a quelques années, auraient été laissés en souffrance¹ ? En témoignent également les politiques contemporaines qui cherchent à atteindre les populations les plus en difficulté, et notamment les victimes d'agression².

La justice devrait peut-être se réorganiser à partir des besoins des justiciables, comme le revendique une association telle que Droits d'urgence pour les plus défavorisés. Celle-ci se plaint des incohérences du système : par exemple, une décision d'expulsion locative risque de remettre en cause un travail de réinsertion du juge d'application des peines, tout simplement par manque de coordination ou, plus profondément, parce que les deux instances répondent à des logiques différentes. Si la biographie d'un individu est la référence la plus signifiante pour le comprendre, avant sa catégorie socioprofessionnelle ou son origine géographique ou sociale, comment y adapter l'organisation judiciaire ? L'Angleterre vient de réorganiser ses services de police de façon à pouvoir exercer une action appropriée auprès de quelques délinquants identifiés comme le « noyau dur » de la délinquance juvénile. C'est l'esprit de l'ordonnance de 1945 en France qui confond entre les mains d'un même juge des enfants les fonctions civiles de protection et les fonctions pénales.

La réforme de la justice n'est pas l'apanage des juristes, les plus ouverts soient-ils. Le point de vue des consommateurs compte autant, sinon plus. Les professionnels du droit sont peut-être paradoxalement les premières victimes du succès de la justice dans nos démocraties. Lorsque l'on prend la justice au sérieux, on s'aperçoit vite qu'elle ne peut être laissée aux mains des seuls professionnels tant ils ont, eux aussi, des intérêts propres, y compris les juges. À partir du moment où elle devient un réel pouvoir, la justice en épouse le destin dans la démo-

1. L'association Passerelle à Angers s'est fixé comme objectif, en relation avec le parquet, de donner suite à tous les courriers saisissant celui-ci d'une difficulté quelconque.

2. À Bordeaux, une association va au-devant des victimes dès leur hospitalisation.

cratie : elle devient le pouvoir de personne, le « lieu vide de la loi », c'est-à-dire le lieu d'articulation entre le pouvoir et les individus, le principe triangulaire qui prévient la fusion totalitaire.

Le nécessaire relais du monde associatif

Ouvrir la justice sur la société civile exige donc de prendre en considération le point de vue de l'usager, de le faire triompher au besoin au détriment des intérêts catégoriels des professionnels du droit. La justice de demain dépendra donc pour une large partie de la vitalité des associations qui travailleront autour d'elle. Depuis les associations de victimes jusqu'à celles militantes pour le respect des droits de l'homme ou la préservation de l'environnement, en passant par les associations d'actionnaires, la justice française ne peut que tirer bénéfice du renforcement de ces corps intermédiaires qui font la vitalité des démocraties anglo-saxonnes.

Faut-il craindre, comme certains, la pénétration de lobbies dans la justice ? N'y aurait-il comme alternative à l'État central des jacobins que l'État minimal des libéraux ou l'État subsidiaire des fédéralistes européens ? C'est aussi au droit et à la justice d'habiller la société civile, de donner compétence au citoyen, de lui procurer des occasions d'être associé à la justice, d'instituer de nouveaux acteurs collectifs. Cela serait une manière de concilier la tradition française — où le grand instituant politique est l'État — et les nécessités de la démocratie contemporaine. Les commissions d'indemnisation des victimes offrent un bon exemple de ce rapport d'auto-engendrement entre les institutions et les citoyens. Le texte les instituant prévoit de faire appel à des personnes « qui se sont signalées par leur intérêt pour les victimes ». Le législateur pallie la difficulté de représenter des personnes qui ne forment pas un groupe — les victimes — en inversant le processus : la représentation n'émane plus de la base mais se tourne vers elle pour repérer les personnes qui ont montré leur intérêt pour la chose publique. On s'éloigne de l'idée de mandat, d'élection, pour s'approcher de celle de sélection, mais d'une sélection un peu particulière puisque le représentant se distingue lui-même autant qu'il est choisi. On entre de plein pied dans la démocratie participative. C'est le représentant qui constitue en partie le représenté. Il faut accepter que toute représentation n'ait pas la perfection de l'élection.

Le justiciable coacteur de la justice

La justice, comme tout, devient un objet de consommation courante. L'explosion judiciaire qu'ont connue toutes les démocraties ces dernières décennies ne s'explique pas seulement par un consumérisme désinvolte mais également par l'affermissement de ce que Lawrence Friedmann appelle la « conscience de ses droits », c'est-à-dire une progression du sentiment d'avoir des droits et de la volonté de les faire respecter. L'appétit de justice dans tous les domaines de la vie — jusque dans les moindres replis de la vie privée — a été aiguisé par les promesses de la démocratie. C'est pourquoi l'accès à la justice, son coût, son efficacité ne doivent pas être traités comme des problèmes annexes, mais comme le cœur même de la question de la justice démocratique.

Une justice démocratique doit s'ajuster à l'homme démocratique. L'application de la loi doit composer avec la liberté d'un sujet autonome, capable de s'orienter moralement, de conduire sa vie, susceptible de s'arracher aussi bien à la nature qu'à sa communauté. Au libéralisme politique s'ajoute le libéralisme moral. L'édifice normatif, aussi pur soit-il, se découvre incomplet : voilà le véritable échec du positivisme juridique. Il n'est pas seulement lacunaire, il est aussi inachevé tant qu'il n'a pas rencontré le fait. Une règle de droit ne peut recevoir sa signification que par sa mise en contexte. L'application du droit, des règles du droit de la famille à celles du droit du travail, doit s'enrichir du savoir particulier des sujets à réguler. D'où les tensions entre le principe d'égalité devant la loi et l'attente d'une justice contextualisée. C'est dans cet esprit que doit être comprise la médiation : celle-ci n'est pas seulement un mode alternatif de résolution des conflits. La « troisième voie », c'est-à-dire les réponses non pénales à la délinquance, constitue une autre manière d'assurer la présence de la justice dans le social. Là où hier la loi proposait des normes substantielles qui codaient la réalité sociale, la justice fait de chaque citoyen son propre législateur, le coauteur d'une loi éphémère qui s'appliquera à telle situation. Il ne s'agit pas d'un échec, voire d'une déchéance, de la légalité républicaine mais d'un accomplissement de la justice, sa réalisation concrète.

Le conflit n'est plus nécessairement pathologique ou négatif : il est également un lieu où s'exprime la division démocratique, non plus entre intérêts mais entre personnes. N'est-ce pas le lot de toute société qui a fait le pari de la liberté, et donc qui a choisi de tenir à distance les rôles écrits par la tradition ? Même la nature ne dicte plus sa loi, comme en témoignent les luttes contre les discriminations — entre

hommes et femmes ou entre homosexuels et hétérosexuels — qui se fondaient sur un éternel de l'homme. La qualité de la démocratie se mesure alors à la capacité de sublimer pacifiquement cette division en comptant, chaque fois que c'est possible, sur la collaboration irremplaçable des citoyens. La citoyenneté ne s'entend plus uniquement comme aptitude à participer à l'intérêt général mais comme reconnaissance de sa capacité éthique, de sa compétence propre à contribuer à une solution particulière au litige. On comprend dès lors que la justice ne soit plus un secteur comme un autre mais bien une des formes privilégiées de la politique comme organisateur de la coexistence humaine.

Les contradictions d'une justice démocratique

L'expression « justice démocratique » contient une contradiction dans les termes. Tout d'abord, parce qu'il est dans la nature de la troisième branche du pouvoir d'être aristocratique. Les juges sont précisément recherchés pour leur distance à l'égard du peuple. Un exemple d'une justice démocratique jusqu'à la perversion a été donné par l'exécution de Karla Tucker au Texas, il y a quelques années. Souvenez-vous : un juge élu avait condamné à mort une personne convaincue d'un double homicide. Son exécution donna lieu à une démonstration de réjouissance publique. La cérémonie — d'un autre âge — ratifiait en quelque sorte la sentence en remerciant le juge pour sa « livre de chair ». Ainsi, le pouvoir des juges est à la fois nécessaire et insupportable à la démocratie. Celle-ci le rend paradoxalement encore plus important (parce que la nature du pouvoir élu, et donc partisan, appelle un pouvoir neutre) mais aussi encore plus fragile (parce que, soustrait aux vicissitudes de l'élection, il ne jouit pas de la légitimité absolue). La justice de demain ne peut ainsi que voir s'accroître le paradoxe sur lequel elle repose : elle doit être aristocratique dans ses méthodes et son personnel, mais démocratique dans son ouverture au public. Elle ne demeure légitime que si elle satisfait le plus largement possible les promesses qu'elle a faites aux citoyens, et pourtant son rôle est de les frustrer. Le défi de toute justice moderne est de combiner une justice nécessairement rare pour conserver sa qualité mais néanmoins orientée vers la satisfaction du plus grand nombre parce que, dans nos démocraties, la légitimité s'éprouve par tous dans la qualité du service.

La démocratisation de la justice n'entraîne pas qu'une extension quantitative de l'emprise de la justice ; elle a des répercussions très importantes sur sa nature même. Le quantitatif rejaillit sur le qualitatif. Comme l'œuvre d'art, l'œuvre de justice ne sort pas indemne de cette

démocratisation. Alors que l'on a pensé l'acte de juger comme un acte solitaire, artisanal, unique, nous voici contraint de penser sa « massification », c'est-à-dire sa multiplication, afin de répondre aux besoins du plus grand nombre. Pour paraphraser le célèbre texte de Walter Benjamin, il faut s'interroger sur le devenir de l'acte de juger à l'heure de sa reproduction mécanique. Comme l'œuvre d'art, le jugement tend à perdre son aura, c'est-à-dire la révérence quasi sacrée qui l'entourait précédemment. Mouvement paradoxal, d'ailleurs, si on le rapproche de la sophistication procédurale que lui impose l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le jugement doit, par le même mouvement, devenir plus accessible et plus sophistiqué, plus commun et plus garanti, plus démocratique et plus aristocratique. D'où la nécessité de concevoir des processus de sélection qui permettent de choisir les dossiers qui mobiliseront une grande énergie en temps, en savoirs de tous ordres, sur lesquels se concentreront toutes les attentions des juristes, et ceux qui pourront être renvoyés à un traitement automatisé, voire à une négociation.

Privilegier la qualité oblige à faire des choix. Parce que la justice contemporaine se trouve prise dans une tension insoluble où un besoin de justice de plus en plus infini croise des ressources de l'État providence qui sont, elles, finies. La nécessité de faire des choix introduit la dimension économique de plain-pied dans la recherche du juste. L'économie ne constitue pas un secteur nettement délimité de l'action humaine : il intervient partout où, devant l'impossibilité de satisfaire tous les besoins, l'homme opère un choix rationnel. Comment arbitrer ces conflits d'intérêts entre une justice aux ressources limitées et un droit au juge ? À quelles *priorités* doivent être affectées ces ressources ? Selon quels critères ? Qui les arrête ? La justice de demain devra consacrer plus fermement un critère de *proportionnalité* entre les moyens mis en œuvre et les objectifs souhaités.

Le raisonnement économique oblige le juge à prendre en considération les conséquences humaines et économiques de ses décisions, ce que les Anglo-Saxons appellent le « conséquentialisme judiciaire ». Le juge ne devrait-il pas, avant d'envoyer quelqu'un en détention, tenir compte de la capacité hôtelière de la prison ? On sait à quel point la surpopulation ajoute à la peine et paralyse tout travail éducatif. Ne prend-il pas une responsabilité particulière en envoyant un primodélinquant dans telle prison ? C'est la question du *numerus clausus* qui est posée.

La justice est tantôt assimilée purement et simplement à un service public, tantôt considérée comme un « tiers-pouvoir », médiant les

rapports entre les citoyens et les pouvoirs publics. Et elle est les deux. Mais ces deux qualités — de service administratif et de contre-pouvoir — ne sont-elles pas antinomiques ? Comment peut-elle être à la fois dans l'État et hors de l'État ? Comment combiner les dimensions économique et politique avec la nécessité d'une administration rationnelle ? La justice doit désormais être entendue non plus seulement comme un service public, ni uniquement comme un « pouvoir », mais comme *bien commun*. La justice doit cesser d'être considérée comme un service décentralisé de l'État pour accéder au statut de bien public.

Cette nouvelle perception de la justice comme bien public donne un argument pour résister à son *instrumentalisation*. Certaines utilisations de la procédure, quoique régulières, n'en sont pas moins contraires à l'esprit de justice : elles gaspillent la capacité, somme toute limitée, de l'institution judiciaire à rendre des jugements motivés dans des délais raisonnables. D'où la nécessité de filtres dès l'appel, dont la tâche sera d'examiner a priori le bien-fondé d'un recours. Cette limitation du droit de faire appel trouve sa justification dans la conception de la justice comme bien public. De la même manière que, dit-on, le budget de la Sécurité sociale suffirait à soigner toute la population à condition de combattre le nomadisme médical et la surconsommation médicamenteuse, le nombre de juges et la capacité décisionnelle de la justice actuelle sont à même de rendre une justice de qualité, à condition d'être débarrassée des appels dilatoires. Pourquoi ne pas aller jusqu'à envisager des amendes pour sanctionner l'« abus de procédure » ? Certaines affaires pourraient, dans le même esprit, être renvoyées autoritairement à la médiation ou à d'autres modes non judiciaires de résolution des conflits.

Il ne suffit pas de justifier la rareté, il faut aussi décider du sort du reste, de ce qui n'aura pas été reconnu comme important par l'institution. Comment faire respecter le *principe d'égalité* devant la rareté ? Comment combiner le droit au juge avec ce système ? Comment la justice peut-elle être à la fois un droit de l'homme et l'ultime recours ? Ce sont les questions de la justice de demain.

Une justice plus ouverte sur le monde

À l'ouverture interne, sur la société civile, s'en ajoute une autre : l'ouverture sur le monde. Au-delà de ses effets très spectaculaires, la mondialisation promet des acteurs juridiques internationaux en même temps qu'elle internationalise, voire qu'elle dénationalise le droit.

Une justice « à la bonne échelle »

La mondialisation, c'est devenu un lieu commun, produit un rétrécissement de l'espace et un raccourcissement du temps. Le contraste qu'elle produit avec une institution répondant à une organisation qui n'a pas tellement changé depuis le XIX^e siècle, est d'autant plus criant. Cette organisation demeure fondée sur un découpage géographique (le tribunal de grande instance) et fonctionnel (chambre civile, pénale, commerciale, etc.). Le nouveau rapport à l'espace oblige la justice à se mettre à l'échelle de nouveaux contentieux qui lui sont soumis et qui dépassent les frontières. On songe d'abord à la criminalité transfrontalière. Mais les justices nationales ont eu ces dernières années à rendre des décisions capitales dans des affaires qui ne les concernaient pas directement : on songe, bien sûr, à l'affaire Pinochet et à beaucoup d'autres. La fameuse compétence universelle peut mettre en demeure le juge national d'étendre sa juridiction, notamment en matière de droits de l'homme et de crimes contre l'humanité. Une justice à l'échelle du monde doit se montrer à la hauteur de tels enjeux. Enfin, une justice moderne doit aussi rayonner autrement que par son activité juridictionnelle propre, en mettant en œuvre une politique d'aide et de coopération en direction des pays qui reviennent à la démocratie. Ce n'est pas seulement la carte judiciaire qu'il faut réformer (encore que l'on n'y arrive pas), mais l'enchevêtrement entre des matières qui doivent impérativement continuer de garder la plus grande proximité avec le justiciable, et d'autres qui doivent être regroupées au niveau régional, voire national ou européen qu'il faut démêler.

L'internationalisation des juristes

Si la fracassante entrée en scène de la justice dans la vie politique française a été principalement le fait des juges, sans toujours avoir conscience qu'ils en étaient plus les instruments que les véritables artisans, le second choc qui a bouleversé la justice, lié à la mondialisation, a plutôt concerné les avocats. Ceux-ci sont confrontés à une économie de plus en plus internationale qui réclame d'ajuster les droits.

La mondialisation est-elle une américanisation ? L'influence culturelle américaine apporterait avec elle son délire procédural, ses *lawyers* et sa manie du droit. L'explication est un peu sommaire. Même si les États-Unis sont plus juridicisés que le Vieux Continent, notamment si la Cour suprême y joue un rôle politique plus important depuis deux siècles, même s'ils ont précédé les autres démocraties dans ce domaine (phénomène qui est consubstantiel au fédéralisme, ce qui expliquerait

l'importance que prend la justice, et particulièrement celle de la CICE et de la CEDH, dans la construction européenne), il n'empêche que ce pays a lui aussi vécu, de manière quasi contemporaine à nous, une même révolution juridique. L'explication est peut-être à rechercher ailleurs.

La raison du succès du modèle anglo-saxon vient essentiellement de deux qualités : son pragmatisme et la grande unité des professions juridiques. La mondialisation a profondément changé la physiologie des professions juridiques elles-mêmes avec l'apparition des *law firms*. La mondialisation a affaibli les frontières non seulement entre pays et entre cultures, mais aussi entre professions. Ce qui passait hier à travers le rayonnement de la doctrine, et donc essentiellement par le biais des universités, s'exporte aujourd'hui par le truchement des entreprises et, mieux encore, par la pugnacité des professions juridiques. L'influence de la common law a partie liée, bien sûr, avec la suprématie économique des États-Unis, mais aussi avec le professionnalisme de ses *law firms*. Il s'agit moins d'une pénétration du fond du droit — d'un droit substantiel — que d'une *culture professionnelle*, c'est-à-dire des méthodes de travail, d'une fiabilité dans l'information, d'une rapidité de mobilisation des forces que seule une *law firm* permet. Cantonnées hier au domaine du commerce international, elles investissent de plus en plus le droit interne : les *law firms* allemandes ou hollandaises ont apporté la preuve qu'il était possible de faire du droit civil avec cette nouvelle organisation du travail.

La France souffre, à l'inverse, d'une grande dispersion des professions juridiques qui prend racine dans la *summa divisio* du droit public et du droit privé. Juges administratifs et magistrats judiciaires appartiennent non seulement à deux corps différents mais n'appliquent pas le même droit et n'ont pas suivi la même formation. Mais, à l'intérieur du droit privé, un fort cloisonnement continue de séparer juges et avocats, huissiers et notaires, professeurs et entrepreneurs. Cela contraste avec l'unité de la profession de *lawyer* aux États-Unis ou de *Referendar* en Allemagne qui fait leur force. Pour l'étranger, cette division est une cause d'affaiblissement de notre modèle juridique et de brouillage du message que nous voulons donner. Elle exige de construire une stratégie politique, juridique et commerciale coordonnée. La bataille de la défense de notre modèle juridique ne se gagnera pas qu'à l'étranger mais également chez nous, en France, en fonction de notre capacité à regarder en face les défis que la mondialisation pose à notre droit. Elle exige que nous soyons capables de le moderniser pour en montrer le dynamisme et l'adaptabilité.

La dénationalisation du droit

La mondialisation favorise le droit privé au détriment du droit public, matière traditionnellement noble dans un État jacobin. Ce droit se ressent nécessairement du retrait de l'État que l'on constate dans toutes les démocraties occidentales et qui a partie liée à la crise de l'État providence. À une époque où les échanges s'internationalisent et où de nombreux domaines sont transnationaux (les télécommunications, le commerce, l'environnement, etc.), il n'est plus possible de ne penser le droit qu'en référence à l'État. D'où l'apparition de structures juridiques nouvelles, comme les autorités de régulation¹ qui effacent aussi la *summa divisio* du droit français, à savoir la distinction entre le droit privé et le droit public. Qui s'en plaindra ?

Partout, l'on voit le droit constitutionnel ou le droit communautaire restructurer les différentes branches du droit. Mais ces droits sortent tous les deux des prétoires plus que des tribunes parlementaires ou des chaires universitaires. D'où le mouvement de *juridictionnalisation* du droit : la loi est « en bout de technologie » et s'avère impuissante à réguler de manière satisfaisante une vie sociale et économique de plus en plus complexe et politiquement sensible. Ne confondons pas cependant l'engouement pour les méthodes de travail de la juridiction (transparence, contradictoire, tiers, voies de recours) avec une confiance retrouvée dans l'institution judiciaire.

La mondialisation externalise les sources du droit hors de l'État. Ce phénomène prend pour nous la forme de l'*européanisation* : il est de plus en plus difficile d'adopter des dispositions radicalement différentes de celles de ses voisins. Le droit, directement ou indirectement d'origine européenne, est aujourd'hui plus important que le droit national. Point n'est besoin de revenir sur la véritable révolution symbolique que constitue l'émigration d'une partie du foyer de légitimité de notre système juridique hors de nos frontières, si tant est que l'on puisse dire que l'Europe est encore l'étranger. L'Hexagone n'a plus à lui seul la masse critique pour rivaliser avec la taille des États-Unis, par exemple ; donc, les affaires portées à la connaissance de la justice ne sont pas suffisamment nombreuses pour assurer une prévisibilité des décisions. Le niveau européen, en revanche, peut l'avoir.

Notre époque est marquée par une certaine tendance à la *convergence* des différents droits et à la perte de leur identité nationale. Le droit s'uniformise du fait des défis communs. Quelle que soit leur

1. Voir à ce sujet Marie-Anne Frison Roche, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Revue d'économie financière*, n° 60, 2000.

culture d'origine, tous les pays démocratiques sont confrontés à des problèmes identiques. Les différents pays sont plus soucieux de trouver des solutions pratiques à ces défis que de respecter les canons de leur culture juridique, fût-elle prestigieuse. Les juristes britanniques ont connu également des révolutions aussi, voire plus considérables que nous. À commencer par celle que provoque l'application directe par les juges de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui revient à introduire un contrôle de constitutionnalité dans un pays très attaché au parlementarisme et qui n'a pas de constitution écrite. On aurait tort de penser que l'on assiste à une dérive américaine de la justice, alors que toutes les traditions juridiques, y compris la justice américaine, sont confrontées à des enjeux planétaires. En témoignent les questions de terrorisme.

Comment réagir à cette mondialisation ? Sans nostalgie. Rien ne sert de rêver, comme au siècle dernier, d'exercer une influence globale qui livrait à un pays son système juridique clefs en main, mieux vaut valoriser les secteurs de son système qui donnent satisfaction et ne pas hésiter à le proposer en pièces détachées. Certains domaines sont très influencés par l'international, d'autres beaucoup moins, comme le droit de la famille. L'influence de la common law n'est ni homogène — elle est plus marquée dans le droit commercial, notamment dans les contrats commerciaux internationaux, que dans le droit de la famille — ni générale, en concernant principalement les pays en fort développement. La concurrence ne se pose plus en affrontement massif de cultures et de systèmes cohérents mais secteur par secteur. Nous voici à l'heure de l'*hybridation* des systèmes juridiques.

Ces deux directions dans lesquelles la justice est contrainte de s'ouvrir sont-elles en contradiction ? Ne désignent-elles pas les deux dimensions de la mondialisation : internationale mais aussi interne ? La mondialisation la plus visible a partie liée à l'internationalisation des échanges, aux nouvelles technologies, à une modification rapide des conditions externes de la démocratie. Mais ce phénomène cache l'autre versant de la mondialisation qui affecte les relations internes aux sociétés démocratiques. Celles-ci sont marquées non seulement par une poussée de l'individualisme, donc par un éloignement des modes d'appartenance traditionnelle, par un processus de ségrégation, mais également, et de manière concomitante, par une réassociation sur un mode électif. Notre modernité ne se caractérise pas tant par un individualisme forcené, au sens d'un isolement des personnes en monades qui ne se rencontrent jamais, que par ce que Daniel Cohen appelle un système

d'« appariements sélectifs », c'est-à-dire de regroupements avec les mêmes que soi. Cela se vérifie autant dans la manière d'habiter ou de travailler que dans les compositions de la famille.

Peut-être tenons-nous dans cette convergence insolite des deux phénomènes une des explications de la juridicisation actuelle de la vie collective. Le droit est le langage privilégié entre étrangers : moins la connivence culturelle est grande, plus la prévision des moindres détails est importante. La procédure se pose comme une manière d'agir dans un monde incertain, comme un repère mobile pour s'orienter lorsque les frontières se brouillent. Lorsque la loi fait défaut ou que le législateur devient aphone à force de trop parler, c'est dans la ressource de la scène, de la comparaison et du tiers que l'on va chercher le sens profond de la justice. La justice est devenue le nouveau théâtre de la démocratie, le lieu où nous représentons nos inquiétudes et projetons nos espoirs.

Les deux mouvements rapidement esquissés ici sont massifs : ils sont communs à une grande partie du monde et prennent leurs racines dans une recomposition anthropologique très profonde liée à la société démocratique. Nous semblons jusqu'ici les avoir plus subis que réellement anticipés, faute précisément de les avoir suffisamment analysés et compris.

La justice de demain ne sera probablement pas stable : la double ouverture que nous appelons de nos vœux la condamne à une correction permanente. Nous sommes entrés dans un cycle de réformes qui ne cessera pas de sitôt. N'attendons pas la réforme miracle qui résoudrait toutes les questions et qui présenterait la même solidité et la même longévité que le code civil. Il faut faire le deuil de cette stabilité. Au contraire, la rapidité des changements et le caractère original de beaucoup de défis aujourd'hui lancés à la justice ont multiplié les lois à l'essai qui contiennent dans leur corps même le principe de leur révision, notamment en matière bioéthique. Il en va de même pour la justice ; les réformes doivent être perpétuellement évaluées pour savoir si elles ont atteint leur but. Ces deux enjeux interne et international convergent pour souligner la nécessité d'une pensée stratégique pour le droit et la justice. Qui la porte aujourd'hui dans notre pays ? Pourquoi ne pas instaurer en France un conseil de la justice regroupant des membres venus d'horizons très divers (professionnels du droit, usagers de la justice, chercheurs en sciences humaines, ingénieurs en nouvelles technologies, par exemple) dont la mission serait de porter le souci stratégique de la justice dans un monde incertain ? Cet organe d'un genre inédit inaugurerait un nouveau mode de gestion de ce bien public qu'est la justice. Il s'efforcerait de répondre à la demande d'effectivité

de la part des citoyens. Il mobiliserait tous les savoirs disponibles pour évaluer les politiques, les réajuster de manière permanente et permettre ainsi aux décideurs publics de définir une véritable stratégie pour la justice. Mais il ne peut se faire que si la société civile s'est organisée. Une justice ouverte tant sur la société civile que sur le monde, une démocratie continue supposent un dialogue permanent.

l'emprise croissante des droits fondamentaux, à tel point qu'on peut désormais parler de droits fondamentaux du procès, de « droits de procédure ». La première manifestation de la mondialisation de la procédure, c'est donc l'internationalisation des sources des droits de procédure.

En deuxième lieu, la mondialisation se traduit par l'apparition de modèles de procès qui empruntent à plusieurs traditions juridiques, mais avec un fonds commun universel, celui qui correspond, précisément, aux garanties fondamentales d'une bonne justice ; si un rapprochement s'opère entre les procédures accusatoire et inquisitoire, c'est toujours dans le respect de ce modèle universel, celui du procès équitable. La mondialisation des procès par la mondialisation des procédures constitue ce deuxième axe du dessein d'une procédure mondiale.

Enfin, la procédure elle-même, dans ce qu'elle a de plus technique, se renouvelle avec une intensité plus ou moins forte selon le type de contentieux et selon le calendrier des réformes gouvernementales, donc sous la dépendance des aléas des majorités politiques, ce qui ne va pas sans inconvénients en matière de procédure pénale, où la passion l'emporte souvent sur la raison. Cette évolution de la technique des procès laisse entrevoir un point commun, une ligne force, l'émergence de nouveaux principes directeurs du procès qui traduisent les besoins de dialogue, de confiance légitime dans l'adversaire et dans le juge, de loyauté, mais aussi de rapidité ; les rôles respectifs du juge, des parties, du ministère public s'en trouvent modifiés.

La mondialisation des sources du droit du procès

La recherche de l'effectivité des droits est sans doute le phénomène le plus marquant de la fin du xx^e siècle, notamment dans le domaine de la procédure. Elle s'inscrit dans un mouvement plus général de la recherche de l'effectivité pour tous les droits de l'homme. On ne peut pas, ici, ne pas citer le fameux arrêt *Airey c/Irlande* du 7 octobre 1979 et le souci de la Cour européenne des droits de l'homme, clairement énoncé comme une exigence, de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs ». Cette recherche de l'effectivité des droits ne s'est jamais démentie et se fonde sur la spécificité des traités de protection des droits de l'homme : assurer la garantie collective de ces droits, ce qui implique de les interpréter « d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives ».

Le procès est désormais solidement ancré dans la sphère des droits

L'émergence d'un droit procédural mondial

par Serge Guinchard

Le phénomène de mondialisation, qu'il soit décrié ou souhaité, n'atteint pas que le commerce et l'industrie ou le secteur des services ; la justice, à travers un renouveau du droit du procès, connaît elle aussi un profond renouvellement de son organisation et, plus encore, de son fonctionnement. Pénale ou civile, la justice française subit, plus qu'elle ne précède ou n'accompagne, les conséquences de la mondialisation des sources de ce droit processuel nouveau, né pour l'essentiel d'un article (6 § 1) de ce remarquable instrument de protection des droits de l'homme que constitue la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et d'une jurisprudence audacieuse de la Cour européenne des droits de l'homme. Le phénomène devrait s'accroître avec l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice en décembre 2000. L'attraction de la justice à la garantie des droits fondamentaux, l'apparition d'un modèle universel de procès, la mise en œuvre, à La Haye, à Arusha, à Strasbourg et à Luxembourg, des garanties du procès équitable constituent autant d'éléments qui ne peuvent pas ne pas avoir d'incidences sur le fonctionnement routinier, quotidien, de notre justice. Certaines de nos pratiques ont déjà dû être modifiées, dans la perspective d'une effectivité plus forte de nos droits. D'autres le seront demain avec la prise en considération de nouvelles formes de procès plus protectrices des libertés et droits fondamentaux des justiciables.

Trois mouvements caractérisent la mondialisation du droit procédural, véritables vecteurs d'une nouvelle justice. En premier lieu, sous l'influence prépondérante des instruments internationaux des droits de l'homme (que nous préférons désigner par l'expression « libertés et droits fondamentaux »), la procédure se trouve placée aujourd'hui sous

fondamentaux. Ce phénomène résulte essentiellement de l'existence d'instruments internationaux de protection des droits fondamentaux, dont la garantie d'un procès équitable constitue l'élément central. Une amorce de cette internationalisation se lit également dans le rôle qu'ont pu jouer les révolutionnaires français et les pères fondateurs des États-Unis d'Amérique, sans même parler ici de la tradition anglaise du *due process of law*.

Les racines constitutionnelles

Le droit processuel français se nourrit des normes de référence posées par le Conseil constitutionnel dans le domaine de la garantie des droits, spécialement les droits de la défense, la présomption d'innocence ou, plus généralement, le droit à un procès équitable. Ces normes sont tirées, pour l'essentiel, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Or ces normes sont très proches de celles dégagées aux États-Unis par la Cour suprême. On connaît l'importance de cette cour au sein du dispositif constitutionnel américain, notamment pour la protection judiciaire des libertés. Les trois textes fondamentaux américains datent tous de la fin du XVIII^e siècle : 1776 pour la Déclaration d'indépendance, 1787 pour la Constitution, 1791 pour le *Bill of Rights* (amendements ajoutés à la Constitution de 1787). En apparence, la France fonde ses libertés sur des textes plus récents : 1950 pour la Convention européenne des droits de l'homme, 1958 pour la Constitution. Mais, par la valeur constitutionnelle reconnue à la Déclaration de 1789, notre pays est plus proche des États-Unis qu'il n'y paraît au premier abord, d'autant plus que l'idéologie qui a inspiré tous ces textes ne connaissait pas de frontières.

Les instruments internationaux de protection des droits de l'homme

La mondialisation de la procédure tient essentiellement, au niveau des sources, à ce que ces instruments internationaux sont directement applicables dans les États qui y sont parties.

Le centre de la question se ramène à une seule notion, qui s'exprime en deux mots seulement, *procès équitable*. Jamais si peu de mots n'auront autant bouleversé le droit du procès. L'expression n'est pas spécifique au droit européen, même si elle est au cœur de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette exigence est en effet exprimée pour la première fois à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Celle-ci n'ayant que la valeur d'un idéal à atteindre et aucun organe de contrôle n'ayant été mis en place, l'article 10 reste un texte de référence, une valeur morale, sans plus. En revanche, l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, qui reprend lui aussi cette exigence, a une importance plus grande ; d'une part, parce que le pacte est auto-exécutoire en droit national et, d'autre part, parce qu'il est doté d'un organe de contrôle, le Comité des droits de l'homme de l'ONU, qui a élaboré une jurisprudence très protectrice des requérants (qui, sur la base du Protocole facultatif, ont la faculté de présenter des communications individuelles). Toute une jurisprudence, malheureusement peu accessible, s'est construite, faisant de ce droit à un procès équitable un véritable droit substantiel. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'autre fille de la Déclaration universelle, et le rôle joué par la Cour européenne des droits de l'homme ont également contribué à renforcer l'exigence d'un procès équitable.

Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice en décembre 2000, constitue l'adhésion de l'Europe des Quinze à cet idéal ; on y trouve notamment un article 47 qui reprend pour l'essentiel les dispositions de l'article 6 de la CEDH.

L'applicabilité directe des instruments internationaux constitue une arme entre les mains des juges. Pour nous en tenir à la Convention européenne, on soulignera qu'elle est en effet directement applicable par les tribunaux français, ce qui se traduit, dans l'ordonnement juridique français, par deux considérations :

— d'une part, les justiciables peuvent invoquer la Convention européenne devant les juridictions nationales qui sont tenues de l'appliquer ;

— d'autre part, la Convention l'emporte sur les normes internes et a une autorité supérieure à la loi (art. 55 de la Constitution).

Ce dernier aspect constitue un pouvoir considérable entre les mains des juges, encore peu utilisé, sans doute parce qu'il est exorbitant, par rapport à notre tradition juridique, qu'un juge puisse écarter une loi française votée par le Parlement. Récemment, la chambre criminelle, sortant d'une léthargie certaine, a écarté les dispositions de la loi du 2 juillet 1931 qui interdisait la publication de toute information relative à la constitution de partie civile, celles de la loi de 1881 qui prohibait la reproduction de tout ou partie des circonstances d'un crime ou d'un délit, celles, enfin, de la loi du 19 juillet 1977 qui interdisait la publi-

cation, la diffusion et le commentaire de tout sondage d'opinion dans la semaine qui précède une élection nationale.

La modélisation des procédures

La modélisation des procédures se traduit par trois phénomènes : l'existence de standards de procédure communs à de nombreux pays ; l'existence de projets de règles transnationales de procédure et l'apparition de procédures mixtes, mi-accusatoires, mi-inquisitoires.

Les standards mondiaux de procédure

La mondialisation des standards de procédure a été grandement facilitée par l'existence, dans l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'une garantie que l'on résume par l'expression de procès équitable, mais qui rassemble toutes les composantes d'une bonne justice. Ces deux textes ont beaucoup contribué sinon au rapprochement des procédures, tout au moins, au-delà de leur diversité maintenue, à la construction d'un fonds commun procédural qui s'impose à tous les États soumis à l'emprise de ces instruments internationaux.

On chercherait vainement l'expression de « procès équitable » dans les anciens codes de procédure, qu'ils soient de procédure civile ou d'instruction criminelle. Le mot qui était davantage utilisé sous l'emprise des grandes ordonnances royales, civile et criminelle, de 1667 et 1670 était celui d'« équité », celle de nos parlements bien sûr, dont Dieu devait nous garder... de leur arbitraire. Le concept n'était pas formalisé et avait mauvaise réputation, ce qui explique sans doute que nous l'ayons enfoui au plus profond de nos institutions judiciaires ; on parlait plutôt d'une « équité arbitraire » que d'un procès équitable !

C'est la racine *equus*, l'idée d'équilibre, qu'il faut retenir pour comprendre ce que peut représenter aujourd'hui un procès équitable. L'idée d'assurer à tout justiciable un tel procès se rattache à la notion très générale et générique de *garanties fondamentales d'une bonne justice*, dont on trouve des illustrations dans le caractère public des audiences, dans l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial, et d'un délai raisonnable. Ce sont ces garanties qui assurent à chacun dans un État de droit, le droit à un procès équilibré, loyal, tant il est vrai que l'on oublie trop facilement que, dans la version anglaise de

l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'équivalent du mot français « équitablement », ce n'est pas « *equity* », mais « *fair* », ce qui, au moins pour un esprit continental, fait penser au légendaire *fair play* britannique ; en outre, dans le quatorzième amendement à la Constitution américaine figure l'exigence d'un procès loyal. Et l'*equity*, dans la langue anglaise, c'est d'abord la qualité d'être loyal (*fair*) et raisonnable dans une voie qui donne un traitement égal à chacun. Pour conclure, on dira que le procès équitable, c'est le procès équilibré entre toutes les parties.

En vingt-deux ans, entre l'arrêt *Goldner* du 21 février 1975 et l'arrêt *Hornsby* du 19 mars 1997, la Cour européenne a finalement construit un droit au procès équitable extrêmement large qui comprend désormais trois volets. Le droit à un procès équitable au sens large forme un tout, un triptyque, dont le premier volet est le droit d'accès à un tribunal ; le deuxième, le droit à une bonne justice dans ses deux aspects d'organisation du tribunal (indépendance, impartialité) et de garanties dans le déroulement de l'instance (droit à un procès équitable au sens strict, publicité de l'audience et délai raisonnable) ; le troisième volet, le droit à l'exécution, est désormais détaché de l'exigence du respect du délai raisonnable pour devenir un droit autonome.

Dans les trois cas, il s'agit bien d'un véritable droit substantiel, à caractère fondamental. C'est ce procès qui constitue un modèle universel, dans le cadre d'un mouvement plus général de mondialisation de la procédure. Mais les modèles ne naissant pas seulement des garanties qu'apporte le procès équitable, des tentatives ont lieu pour modéliser des règles transnationales de procédure.

Les projets de règles transnationales de procédure

Les États-Unis d'Amérique, plus précisément des opérateurs privés de ce grand pays, ont commencé à réfléchir à l'harmonisation mondiale des règles de procédure civile, au moins pour les litiges transnationaux. Le dernier en date de ces projets, le plus ambitieux quant à son universalité, ne concerne que la procédure civile. Il s'agit du projet de règles transnationales de procédure civile (*Transnational Rules of Civil Procedure*), élaboré par l'*American Law Institute*, organisme privé américain, en partenariat avec *Unidroit* à Rome depuis avril 1999.

Les initiateurs du projet sont conscients de ses difficultés : la crainte de ne pas pouvoir concilier des systèmes aussi différents que ceux de common law et ceux de tradition romano-germanique ; la peur

d'une dominante américaine et l'idée que, si un tel projet doit aboutir, il n'est pas réalisable s'il est fondé sur les caractéristiques de la procédure civile américaine, notamment le jury et le système de la *discovery* (qui permet de demander à toute personne, même à des tiers, de communiquer des informations non couvertes par le secret, directement pertinentes pour le litige). A cela il est répondu que la distinction common law/romano-germanique n'est pas un obstacle insurmontable et qu'un projet international de procédure civile peut ne pas comprendre le jury américain et pourrait exclure certaines des caractéristiques du système américain, notamment quant à la preuve et la procédure de *discovery*.

Ainsi, le domaine du projet est limité aux litiges transnationaux et relatifs aux ventes, baux, emprunts, investissements, acquisitions, opérations bancaires, sûretés, droits réels, droits de propriété intellectuelle et toutes autres transactions commerciales ou financières. Les principes d'interprétation reprennent, en gros, l'idée d'un procès équitable, d'un délai et d'un coût raisonnables, ce dernier étant tout relatif. Le projet ne reprend pas la pratique américaine du jury, en raison de l'opposition formelle manifestée par les experts étrangers et, peut-être aussi, parce que ce modèle est contesté aux États-Unis. Il envisage la possibilité d'une transaction, mais dans des conditions tout à fait contraires aux règles françaises. L'offre de transaction peut être lourde de conséquences pour celle des parties qui l'aurait refusée. En effet, si la proposition ne doit être ni rendue publique ni communiquée au tribunal avant le prononcé du jugement, sous peine de sanction ou de rejet de la demande dans les dix jours de ce prononcé, une partie peut communiquer l'offre au tribunal et celui-ci appréciera si le refus de cette offre « a été déraisonnable », auquel cas il infligera « une sanction adéquate, en considérant toutes les circonstances pertinentes ». Cette sanction est le paiement des frais raisonnablement encourus par l'offrant à la date de l'envoi de l'offre ; elle s'ajoute aux frais du procès. En d'autres termes, une volonté farouche d'en débattre à tout prix devant le tribunal, alors qu'une offre raisonnable de transaction a été offerte, peut conduire à une sanction pécuniaire importante. Il conviendra donc de réfléchir à deux fois avant de refuser une offre de transaction.

Quant à la preuve, le projet la réglemente longuement. Les moyens de preuve doivent être révélés préliminairement au procès. Chaque partie doit fournir aux autres parties un résumé des dépositions attendues de la part de chaque témoin qu'elle veut appeler. Elle peut aussi, à la place de ce résumé, présenter une déposition écrite sous serment de chaque témoin qu'elle veut appeler, déposition qui sera présentée lors de l'audience des débats, et l'examen du témoin débutera par les ques-

tions supplémentaires posées par la partie adverse. Les avocats des parties ont le droit d'interroger des témoins potentiels.

La procédure de *discovery* est longuement réglementée. Les auteurs du projet ont essayé d'encadrer cette procédure pour éviter les abus que l'on connaît aux États-Unis et que les parties n'aillent « à la pêche » des documents de l'adversaire, sans préciser en quoi les documents demandés sont fondés en fait et en droit par rapport à l'objet du procès.

Enfin, en ce qui concerne les frais du procès transnational, le projet met à la charge définitive du perdant le paiement des frais de justice, des honoraires d'avocat, des juges assesseurs, des experts, des traducteurs et autres officiers ministériels, des personnes nommées par le tribunal. L'avance en est faite par les deux parties. Le tribunal peut condamner au paiement d'une amende toute partie ayant agi en mauvaise foi pendant le procès ; on voit ainsi apparaître la sanction d'une obligation de loyauté procédurale.

En fait, il s'agit dans le domaine du commerce international d'imposer aux juges nationaux, qui connaissent de ces litiges transnationaux, l'application des règles de procédure commune, d'inspiration américaine. On voit se profiler l'idée que, pour ce type de litige, la loi du for est écartée au profit des opérateurs économiques entourés de leurs conseils ressortissants du même État qu'eux et n'ayant aucune difficulté à appliquer un droit procédural conforme à leur culture juridique, le maîtrisant parfaitement pour le pratiquer au quotidien, depuis de longues années, dans leur propre pays. Le recours auxiliaires de justice nationaux deviendra ainsi inutile. C'est la tentative pour mettre sur pied une *lex mercatoria* procédurale, dont l'inconvénient majeur est d'être très éloignée de la culture judiciaire continentale, romano-germanique et française. En outre, le coût de ces procès, à la charge du perdant y compris les frais de justice, fait sortir ce procès du service public de la justice tel qu'on le connaît en France, notamment dans sa gratuité. Il aurait été préférable d'identifier les difficultés procédurales qui constituent dans chaque pays un obstacle au bon fonctionnement de la justice (comme dans le projet européen de la commission Marcel Storme), plutôt que d'imposer un corps complet de règles d'inspiration exclusivement américaine.

En Europe, plusieurs mouvements d'harmonisation de la procédure civile se dessinent

La Communauté européenne semble vouloir redonner de l'importance à un projet d'harmonisation qui fut enterré il y a dix ans. C'est

le 22 février 1990 que la Commission européenne confia à la Commission code judiciaire européen créée à cet effet le soin de rédiger un projet de directive sur le rapprochement du droit judiciaire. Le groupe de travail réuni sous la direction du professeur Marcel Storme de l'université de Gand publica, en 1993-1994, une *Étude sur le rapprochement des lois et règles des États membres concernant certains aspects de la procédure civile*. Mis de côté par la Commission européenne, le projet servira sans doute de base à une éventuelle directive de procédure civile. En effet, le traité d'Amsterdam a fait passer la coopération judiciaire dans le champ de compétence de la Communauté, c'est-à-dire le premier pilier : pendant cinq ans, les États liés (les Quinze moins le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande, ces deux derniers pouvant faire une déclaration pour être parties) devront approuver à l'unanimité les actes communautaires proposés dans ce domaine. Mais la commission a fait savoir qu'elle entendait prendre des initiatives en la matière, telles que la transformation en règlements ou en directives, selon le cas, de certaines conventions et l'institution d'un groupe de travail permanent dit « de droit civil », dont l'une des préoccupations est le rapprochement des législations nationales ayant trait à certains aspects de la procédure civile. C'est par ce biais que le projet de la commission Storme reprend aujourd'hui de l'importance.

Au niveau du droit communautaire déjà, la transformation des conventions de Bruxelles en règlements participe de ce mouvement d'imposer des règles transnationales de procédure. Il faut y ajouter tous les règlements qui, sous couvert de coopération judiciaire civile, imposent en fait des règles transnationales, au niveau de l'Europe des Quinze. Certaines directives, notamment celles relatives à la protection des consommateurs, contiennent des règles de procédure, et la France vient, par exemple, de transposer la directive sur l'action en cessation des associations de consommateurs.

L'apparition de modèles mixtes de procédure

Parallèlement, en matière pénale, un modèle mixte, mi-accusatoire, mi-inquisitoire, se construit en droit international et en droit européen, qui aura nécessairement une influence sur nos procédures nationales.

Deux exemples suffiront à illustrer la construction de ce modèle mixte dans les procédures internationales : celui du Tribunal pénal international de La Haye, et celui de la future Cour pénale internationale.

En juillet 1998, les 9 et 10 précisément, eut lieu un événement

important au Tribunal pénal international *ad hoc*, compétent pour connaître des crimes contre l'humanité commis dans l'ex-Yougoslavie et qui préfigure la future Cour pénale internationale. Ces jours-là, le tribunal a modifié pour la treizième fois son règlement de procédure et, sous la présidence d'un juge *américain*, a mis en place un juge de la mise en état des affaires pénales pour contrôler l'action du procureur pendant la phase de recherche des preuves. En d'autres termes, l'inquisiteur a fait reculer l'accusatoire, la procédure française l'a emporté, à ce stade du procès, sur la procédure anglo-saxonne, jugée inapte à permettre le fonctionnement de cette juridiction pendant la phase d'enquête. Dans le même temps, il était décidé de confier aux magistrats participant à la juridiction de jugement un pouvoir de direction pour fixer l'ordre des dépositions, pour intervenir dans l'interrogatoire des parties et pour obliger les parties, dont le procureur, à produire leurs preuves.

Parallèlement était adopté à Rome, le 17 juillet 1998, le principe d'une Cour pénale internationale qui entrera en vigueur soixante jours après que le soixantième État aura déposé ses instruments de ratification (120 États sur 160 ont voté pour le statut de la nouvelle Cour). Compétente en matière de génocides, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et agressions, la Cour, qui siégera à La Haye, suivra une procédure mixte, mi-accusatoire, mi-inquisitoire, mais à dominante largement accusatoire. Il n'en reste pas moins que le modèle de common law n'a pas été adopté pour l'ensemble de la procédure.

La phase préalable de mise en état du procès pénal sera placée sous la domination du procureur qui jugera de la nécessité d'ouvrir une enquête, d'engager des poursuites. S'il décide de ne pas poursuivre, il en informera les États concernés, le Conseil de sécurité des Nations unies et la chambre « préliminaire » (ou d'instruction) qui auront un pouvoir d'examen de cette décision de ne pas poursuivre. S'il décide de poursuivre, le procureur demandera la remise de la personne ou sa présentation devant la chambre préliminaire. C'est lui qui aura la charge de la preuve. Commencera alors une phase inquisitoire.

En effet, l'instruction devant la chambre préliminaire est, en partie, inspirée du modèle français et est conçue, comme l'avait souhaité la France, avec une procédure en deux temps. Dans un premier temps, la chambre préliminaire instruit, c'est-à-dire prend des actes relatifs à la liberté individuelle, comme le fait jusqu'à présent un juge d'instruction français (mise en détention, mise en liberté). Mais, si la chambre ne fait qu'aider les personnes à rassembler les preuves, elle dispose cependant de prérogatives particulières quand les preuves risquent de dispa-

raître (exhumation, personnes malades). Elle n'instruit pas au sens français du terme, puisqu'il appartient au procureur de rassembler les preuves. Dans un second temps, la chambre préliminaire organisera une audience de confirmation, au besoin sans la présence de la personne poursuivie, mais selon une procédure plus proche du modèle anglosaxon. Au cours de cette audience, le procureur présentera ses charges, que les personnes poursuivies pourront contester. L'audience se terminera par une décision de renvoi devant la Cour, de non-lieu ou de suspension de confirmation ; la majorité simple est requise et les opinions dissidentes ne seront pas exprimées.

Enfin, la phase de jugement devra toujours se faire en présence de l'accusé, la contumace n'étant pas prévue. La procédure est à ce titre conforme à ce que voulaient les autres États, c'est-à-dire accusatoire.

Ce qu'il faut bien comprendre, au-delà de ces exemples, c'est que ce mouvement de mondialisation a un effet véritable sur les procédures nationales. L'internationalisation croissante de pans entiers de notre droit et de certaines règles de procédure pour certains types de procès aura nécessairement des répercussions sur nos esprits et s'inscrira, à terme, dans nos institutions nationales, y compris pour les litiges internes. Comment peut-on penser qu'un juge qui a siégé à La Haye, qu'un avocat qui y a assuré la défense d'un criminel de guerre ne reviendront pas changés dans leur comportement, dans leur pratique de la procédure ?

Cette mondialisation de certains secteurs du procès aura un effet d'entraînement. D'où la nécessité d'accroître notre connaissance des principes directeurs des procès de demain.

L'émergence de nouveaux principes directeurs du procès

La procédure civile est, sur ce point au moins, nettement en avance sur les autres contentieux, dans la mesure où le code qui la régit comporte l'énoncé de principes directeurs dans un chapitre qui porte cet intitulé. On y trouve pêle-mêle le principe accusatoire ou d'initiative, selon lequel les parties ont la maîtrise de l'impulsion du procès, le principe dispositif qui confère aux parties la maîtrise de la matière litigieuse, le principe du respect des droits de la défense et du contradictoire, le principe (largement atténué, d'ailleurs) de l'immutabilité du litige qui empêche les parties de modifier le cadre de l'instance une fois qu'elle est engagée et, surtout, le principe de l'indisponibilité du litige, de son objet, le juge ne pouvant pas le modifier ; on y ajoutera

le principe que les parties sont tenues à une obligation de réserve envers la justice.

Les autres contentieux, longtemps, n'ont pas été régis de source législative par des principes directeurs. On les cherchait en vain dans le code de procédure pénale ou dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, codes de procéduriers, pas de processualistes.

Mais les choses ont subitement changé au cours de l'année 2000 : successivement, le code de justice administrative (mai) et la loi du 15 juin 2000 sur la procédure pénale ont bouleversé la donne.

Un mouvement qui transcende les contentieux tend à dégager de nouveaux principes directeurs. Avec le risque d'en oublier ou, plus exactement, de minimiser certaines évolutions, nous avancerons l'idée que trois principes se profilent derrière les principes actuellement retenus, qui correspondent à des besoins nouveaux, tels que les expriment les justiciables et les citoyens : un besoin de loyauté, notamment dans la recherche de la preuve ; un besoin de dialogue entre les parties et entre celles-ci et le juge ; un besoin de célérité (que l'on trouvait déjà dans les principes énoncés par la Commission justice pénale et droits de l'homme).

Le principe de loyauté

Ce principe n'apparaît pas en tant que tel dans le nouveau code de procédure civile, bien qu'on le trouve indirectement exprimé dans le droit de la preuve, aux articles 9 (« conformément à la loi ») et 10 (« mesures légalement admissibles »), dispositions que l'on retrouve dans les textes sur les mesures d'instruction. Mais le principe de loyauté procédurale tend à acquérir une importance autonome, au-delà du domaine de la preuve. Cette évolution doit être rapprochée de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (qui est une forme de l'obligation de loyauté) et de l'introduction de *l'estoppel* en droit français. En effet sont récemment apparues en droit interne français des hypothèses où le juge a rejeté la prétention d'un plaideur à remettre en cause, devant les tribunaux, une situation qu'il avait lui-même provoquée, sans que ce rejet soit fondé sur les théories traditionnelles de la fraude à la loi, de l'apparence ou de la règle *nemo auditur* (ainsi, lorsqu'une mère sollicite la révocation de l'adoption du jeune homme qu'elle n'avait adopté, en fait, que pour échapper, en tant que bailleur, à la législation sur les baux ruraux ; ou encore, lorsque le cédant d'actions sociales n'ayant pas notifié cette cession invoque l'absence d'agrément des ces-

sionnaires ; ou enfin, lorsqu'il est décidé qu'« un prévenu n'est pas recevable à invoquer l'innoposabilité en France d'une décision étrangère qui a prononcé le divorce sur sa demande »).

En droit pénal, contrairement à ce que l'on pourrait croire compte tenu de l'importance de ce contentieux pour la protection des libertés fondamentales, la procédure ne consacre pas encore une obligation absolue de loyauté, notamment dans la recherche des preuves. Il est significatif de signaler à cet égard qu'en mars 1999, au cours du débat à l'Assemblée nationale sur la réforme de la procédure pénale et de la présomption d'innocence, un amendement tendant à ce qu'il soit statué sur l'accusation « sur le fondement de preuves loyalement obtenues » a été combattu par des députés et notamment par un avocat ! On aurait cru la jeune génération de députés venus du barreau plus proche des libertés et droits fondamentaux qui fondent notre procédure pénale.

Certes, le policier dans l'enquête comme le juge dans l'instruction doivent administrer la preuve dans le respect du principe de légalité, ce qui implique que cette administration soit loyale, sans stratagème ni artifice. C'est la fameuse affaire Wilson de 1888, au cours de laquelle les chambres réunies de la Cour de cassation avaient sanctionné l'attitude d'un juge qui s'était fait passer pour un tiers, au téléphone, afin de mieux obtenir les confidences d'un complice de l'infraction. La chambre criminelle a confirmé cette jurisprudence par la suite. Même solution pour un policier qui avait enregistré les propos d'un suspect en dissimulant un magnétophone. C'est aussi tout le problème des écoutes téléphoniques, pour lequel l'attraction de la procédure par les droits fondamentaux internationaux est forte, puisque la France a dû adapter sa législation par une loi du 10 juillet 1991, suite à sa condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour autant, l'obligation de loyauté n'est pas encore, en procédure pénale, un impératif absolu, comme on va pouvoir en juger : beaucoup reste à faire pour conforter le principe de loyauté. Ainsi est-il admis depuis l'arrêt Wilson que, si un juge ne peut procéder par ruse, la même obligation ne pèse pas avec la même force sur le policier, « la dignité ayant des exigences variables suivant le rang qu'on occupe dans la hiérarchie ». D'où l'admission de la preuve par un cinémomètre associé à un appareil photo et dissimulé, ce procédé ne portant pas atteinte selon la chambre criminelle, à la vie privée (protégée par l'article 8 de la Convention européenne). De même, le principe de loyauté oblige seulement les policiers ou gendarmes à justifier de l'homologation de l'appareil qu'ils utilisent pour contrôler le taux d'alcoolémie des conducteurs ; ils n'ont pas à joindre le ticket imprimé par l'appareil.

preuve de l'alcoolémie résultant suffisamment du taux indiqué sur le PV par le policier. De plus, les provocations policières elles-mêmes sont admises, dès lors qu'elles visent seulement à administrer la preuve de l'infraction, alors qu'elles entraînent la nullité de la procédure si elles tendent à provoquer une infraction. « La chambre d'accusation a justifié sa décision d'étendre la nullité des écoutes téléphoniques aux actes de la procédure qui les ont suivies dès lors que l'interpellation de l'intéressé a procédé d'une machination de nature à déterminer ses agissements délictueux et que, par ce stratagème qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves. »

De même, les parties civiles peuvent produire en justice des preuves établies de manière déloyale, voire au prix d'une infraction, par exemple en matière d'écoutes téléphoniques illégales. Le juge doit joindre ces éléments au dossier pénal, les victimes pouvant faire ce que les policiers ne peuvent faire ! Cette jurisprudence est tout à fait critiquable, la déloyauté devant être sanctionnée d'où qu'elle provienne.

En matière de contentieux économique, devant les autorités administratives indépendantes et spécialement devant le Conseil de la concurrence, la jurisprudence, dans le silence des textes, a dégagé une obligation de loyauté dans la recherche des preuves des infractions. Elle s'est inspirée en cela de la procédure pénale, ce qui n'est guère étonnant dans une procédure qui relève de la matière pénale au sens de la jurisprudence de la Cour européenne. Cette jurisprudence de la Cour de Paris comporte deux aspects :

— d'une part, l'obligation pour les enquêteurs de faire connaître l'objet de leur enquête aux personnes interrogées. Il est piquant que l'on redécouvre ainsi une obligation qui fut l'une des conquêtes du droit procédural moderne contre le droit de l'Ancien Régime ;

— d'autre part, l'obligation de respecter une véritable déontologie de l'enquête : les enquêteurs ne doivent pas présenter l'objet de leur enquête comme étant simplement le moyen de vérifier le prix des carburants, alors que l'objet véritable de cette enquête est de rechercher des déclarations qui seront ensuite utilisées pour faire la preuve, contre les personnes interrogées, d'une pratique anticoncurrentielle.

En revanche, le Conseil de la concurrence admet, comme en procédure pénale, que les moyens de preuve obtenus d'une manière déloyale par les parties peuvent être produits devant lui, notamment l'enregistrement et la transcription des conversations téléphoniques obtenues à l'insu de l'intéressé. Le conseil se réfère expressément à la motivation de la chambre criminelle, ajoutant qu'il est « chargé de la défense de

l'ordre public économique et non de se prononcer sur le bien-fondé des demandes dirigées par une partie contre une ou plusieurs autres ».

Le principe de dialogue

On ne peut reprendre ici tous les exemples contemporains qui illustrent la percée de ce nouveau principe directeur en procédure civile. Pour l'essentiel, on notera qu'il se manifeste à tous les stades de l'instance. Dans l'introduction de l'instance, la requête conjointe appelle ce principe de dialogue. La lecture de l'exposé des motifs du décret du 9 septembre 1971 révèle l'importance que revêtait, pour ses rédacteurs, la faculté offerte aux plaideurs de s'entendre avant le déclenchement des hostilités pour saisir conjointement le tribunal par une requête. Espoir déçu sans doute, à en juger par l'utilisation quasiment inexistante de ce mode d'introduction de l'instance en dehors du divorce.

Dans le déroulement du procès, les textes et la pratique de la mise en état des affaires civiles confortent le principe de dialogue. Ainsi, toute la réglementation de la mise en état devant le tribunal de grande instance, dans le nouveau code tel qu'il était à l'origine, repose sur la nécessité d'un dialogue entre le juge et les représentants des parties, dès la conférence du président. Le dialogue est intimement lié au principe de la contradiction, lequel ne se conçoit pas sans échanges entre le juge et les parties ou entre les parties.

Mais de la théorie à la réalité il y a une marge, les choses ne se passant pas tout à fait comme les rédacteurs du code l'avaient envisagé. Le code a prévu la tenue d'une audience dite d'appel des causes, afin que le président puisse conférer avec les avocats en vue de connaître l'état d'avancement de l'affaire et déterminer avec eux la suite à lui réserver, selon l'état d'instruction du dossier. En pratique malheureusement, en raison de la *contra legem* (la remise au greffe de la constitution de l'avocat du défendeur par celui du demandeur), les choses ne se passent pas ainsi. L'avocat du demandeur vient seul à l'audience (le plus souvent, l'avocat du défendeur n'est même pas prévenu de la date de l'audience d'appel des causes, n'étant pas encore connu du greffe, par hypothèse) ; il remet ce jour-là la constitution d'avocat de son adversaire, ce qui évite à ce dernier un déplacement au palais mais présente l'inconvénient de ne pas permettre la conférence avec le président au cours de l'audience d'appel des causes, à la date initialement fixée par le président. L'audience, qui aurait dû être un temps d'échanges, de premiers échanges, d'une véritable conférence à trois (ou plus), se transforme en un dialogue entre le président et l'avocat du demandeur et en une audience de renvoi !

Le dialogue est enfin présent au civil dans la recherche de la conciliation, d'une médiation et d'une transaction. Le temps est aux modes alternatifs de règlement des conflits et à la recherche amiable d'une solution, que ce soit avec ou sans le juge. Le procès fait aujourd'hui systématiquement l'objet d'un traitement consensuel.

Le principe de dialogue se manifeste beaucoup moins fortement dans le procès pénal, notamment parce que l'initiative de celui-ci appartient au parquet, même si la victime, en se constituant partie civile, met en mouvement l'action publique. De plus, dès qu'une poursuite est déclenchée, l'instance doit se poursuivre, le ministère public ne disposant pas de l'instance. Pour autant, la médiation et la transaction ne sont pas inconnues dans le procès pénal.

Préalablement à toute décision de poursuite, lorsqu'il s'apprête à classer sans suite un dossier, le procureur de la République peut décider de recourir à une médiation, manifestation extérieure d'un dialogue. La médiation a été introduite dans le code de procédure pénale par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 : « Le procureur de la République peut enfin, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction. » On le voit, la médiation ne heurte pas de plein front le principe d'indisponibilité du procès pénal, puisque l'action publique n'est pas encore déclenchée lorsqu'elle intervient. En tout cas, elle est l'expression d'un dialogue entre la victime et l'auteur de l'infraction. La loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, prévoit que la médiation pénale puisse désormais être prise en charge par l'État au titre de l'aide juridique. D'autre part, il peut être créé dans le ressort de chaque TGI une « Maison de justice et du droit » dont la mission est notamment d'assurer une « présence judiciaire de proximité » et de concourir « à la prévention de la délinquance et à l'aide aux victimes », à côté de l'accès au droit.

Le dialogue existe aussi dans la possibilité de recourir à une transaction pour certaines infractions, transaction qui va éteindre l'action publique. Certaines administrations en effet ont le pouvoir de transiger avec le délinquant. Celui-ci reconnaît l'infraction, verse une certaine somme d'argent ou exécute certaines obligations, et, en contrepartie, l'Administration abandonne les poursuites. Une telle pratique ne peut aboutir qu'à la suite d'un dialogue avec le délinquant.

Enfin, le parquet dialogue avec le délinquant en matière de stupé-

fiant, puisque le parquet peut ordonner une cure de désintoxication et que, si le toxicomane l'accepte (ou s'y soumet de sa propre initiative), l'action publique est éteinte.

Le principe de célérité

La lenteur a pu être considérée autrefois comme une sagesse qui « donne le temps de déjouer les calculs d'un adversaire trop habile et rassure la conscience du juge ». Ce temps est révolu, car la justice, service public, doit trancher les litiges dans les délais les plus rapides afin de garantir l'effectivité des droits. La célérité participe de cette effectivité. D'ailleurs, certaines législations étrangères n'hésitent pas à inscrire dans leurs textes que « la solution juste et en même temps rapide des litiges apparaît comme un but essentiel ». On retrouve cette exigence, d'une part, dans la notion de « délai raisonnable » de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et, d'autre part, dans les propositions de la Commission justice pénale et droits de l'homme, la célérité étant donnée comme l'un des dix principes directeurs de la procédure pénale.

La Cour européenne veille scrupuleusement au respect d'un délai raisonnable entre le début de l'instance et l'exécution du jugement. Selon les termes mêmes de la Cour européenne, « le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes ».

Outre la sanction pécuniaire de l'ancien article 50 de la Convention européenne, un délai non raisonnable peut constituer une faute lourde du service de la justice au sens de l'article L. 781-1, COJ. Le service public de la justice a un devoir de protection juridictionnelle de l'individu.

Les formes du procès se modifient et se modifieront encore plus dans un avenir proche sous l'influence de l'internationalisation croissante des sources du droit procédural. Les expériences actuelles de nouvelles procédures devant les tribunaux pénaux internationaux, à La Haye et à Arusha, auront des répercussions sur les réflexions en cours sur la justice et dans les pratiques procédurales nationales. Les valeurs universelles (de droit naturel, diraient certains) de loyauté, de dialogue et de célérité apparaissent comme le socle fondamental, irréductible, d'une justice qui, certes, se cherche et se construit sous nos yeux, dans

la tension et les passions de ses relations avec les autres pouvoirs, mais qui émerge des ténèbres où l'avait plongée une conception sclérosée, vieillotte, archaïque de la procédure, qu'elle soit civile ou pénale. Plus cette justice s'appuiera sur des formes procédurales qui correspondront à ces valeurs, plus elle sera proche des préoccupations de nos concitoyens et plus le pouvoir judiciaire se renforcera car, indépendamment et impartial, il sera respecté.