

**LA QUALITE DES
DECISIONS DE
JUSTICE**

LA QUALITE DES DECISIONS DE JUSTICE

Etudes réunies par **Pascal MBONGO**

Professeur à la Faculté de droit de Poitiers
et à l'Institut d'études politiques de Paris

Editions du Conseil de l'Europe

Présentation

Le présent ouvrage est tiré du Colloque organisé les 8 et 9 mars 2007 par la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers (Institut de droit public). Ce colloque avait été déterminé par une constatation et par une hypothèse.

La constatation était que l'idée de « qualité » constitue un principe d'évaluation des institutions publiques solidement installé. Ce principe peut ainsi être éprouvé d'abord dans une perspective gestilogique ou managériale – celle à laquelle s'attachent les réflexions sur la « qualité des services publics » (adaptabilité constante, efficacité, maîtrise des coûts, etc.). Quant à l'hypothèse, elle consistait en cette idée que le principe de qualité peut également être éprouvé dans une perspective « normativiste » et/ou légistique, celle à laquelle s'attachent par ailleurs les réflexions sur « la qualité juridique de l'Administration » ou sur la « qualité de la réglementation ». C'est à cette seconde perspective que s'est rapportée initialement la réflexion sur la « qualité des décisions de justice » puisque, précisément, le principe de qualité n'avait guère été éprouvé de manière systématique à propos des *actes juridictionnels*.

N'eût été la bienveillante sollicitude des institutions et des personnes suivantes, ce projet n'aurait pas été conduit dans les meilleures conditions : la Région Poitou-Charentes (Programme *Com'science*) – la Mairie de Poitiers – la Mission Recherche Droit et Justice – l'Institut des Hautes études sur la Justice – La Gazette du Palais – Mme Karine BOUHIER, Intendante de l'Institut de droit public de la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers – M. Loïc CADIET, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) – M. François HERVOUËT, Professeur à la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, Directeur de l'Institut de droit public, Doyen honoraire de la Faculté de droit – M. Michel MASSE, Professeur à la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers – M. Jean-Christophe MENARD, Chargé d'enseignement à la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers.

Pascal MBONGO
Professeur à la Faculté de droit de Poitiers
et à l'Institut d'études politiques de Paris

Propos introductif

Stéphane LEYENBERGER

Secrétaire de la Commission européenne
pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ)
et du Conseil consultatif de juges européens (CCJE)
- Conseil de l'Europe -

Pour commencer, il convient de remercier les organisateurs du Colloque sur « La Qualité des décisions de justice » d'avoir confié à un représentant du Conseil de l'Europe le soin d'en introduire les travaux : il me semble en effet tout à fait nécessaire que la « maison commune européenne de l'État de droit et des Droits de l'Homme » soit associée au débat sur le fonctionnement de la justice : la grande majorité des normes et standards européens en la matière a été définie au sein de la plus ancienne et la plus vaste des organisations européennes, qui regroupe aujourd'hui 47 États européens.

Ce n'est pas une tâche facile d'introduire un tel débat pour le Secrétaire de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) et du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE), qui n'est ni un universitaire, ni un praticien du droit. Dans mon propos, j'aurai le souci de ne pas empiéter sur les interventions de celles et ceux qui animeront ce programme très complet. Je n'essayerai donc pas de décrire de manière exhaustive les normes européennes ou la situation de la qualité des jugements dans les États européens, mais d'esquisser quelques problématiques et réflexions à partir des travaux du Conseil de l'Europe.

*

Peu a été fait, dit ou écrit au sujet de la *qualité des décisions de justice*. A tel point qu'on pourrait, dans un premier temps, se demander si cela n'est pas trop ambitieux, voire irresponsable... Car parler de la qualité de la décision de justice revient à laisser penser que le juge peut produire un travail de mauvaise qualité. Cela conduit à poser le principe que le juge n'est pas infaillible ; à sous-entendre qu'il peut exister des normes, des règles ou des outils permettant d'améliorer la qualité des décisions de justice et, donc, d'accepter que l'on puisse s'immiscer, d'une certaine manière, dans le travail du juge à travers la production de ces règles ou outils ; à ouvrir la porte à l'évaluation de ce qui touche au plus près le pouvoir judiciaire : l'indépendance du juge dans sa fonction de rendre la justice.

Était-il raisonnable de demander au représentant du Conseil de l'Europe de prendre le risque de tels présupposés, notre Organisation plaçant, à juste titre, l'indépendance du juge au cœur des Droits de l'Homme et de l'État de droit ? Sans faire durer un faux suspense, je pense que l'on peut répondre par l'affirmative. Car la Convention européenne des Droits de l'Homme, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et les autres normes du Conseil de l'Europe, développées dans plusieurs recommandations du Comité des Ministres aux États membres et dans les Avis du Conseil consultatif des juges

européens, nous conduisent toutes à une même réponse : il ne suffit pas d'avoir jugé de manière indépendante pour avoir jugé bien.

Le débat sur « qualité des décisions de justice » s'inscrit donc pleinement dans le débat européen sur le développement de la justice. L'indépendance et l'impartialité du juge, piliers de l'État de droit, n'ont de sens que si elles sont pensées comme un élément de politique publique : la justice au service de la communauté. Si l'on appréhende le concept d'indépendance non comme un privilège du juge, mais un droit des citoyens, on ouvre alors un champ de réflexion tout à fait actuel dans tous les pays européens : « *Leur indépendance [celle des juges] n'est pas une prérogative ou un privilège octroyé dans leur propre intérêt, mais elle leur est garantie dans l'intérêt de la prééminence du droit de ceux qui recherchent et demandent justice* » (Avis N° 1 (2001) du CCJE).

Justice, société et qualité

Poser la question de la qualité de la décision de justice amène à s'interroger sur le lien entre justice et Société. La décision de justice est, en effet, le moyen par lequel le juge remplit l'une de ses missions fondamentales : produire du lien social.

Dans son Avis N° 7 (2005) sur « Justice et Société »¹, le CCJE pose les principes fondamentaux pour les relations entre les juges et la communauté, autour de trois pôles : les relations entre justice et monde de l'éducation, les relations entre justice et médias et « *l'accessibilité, la simplification et la clarté du langage utilisé par les tribunaux dans les jugements et dans les décisions* ».

Le CCJE note en particulier que « *le langage utilisé par les tribunaux (...) constitue (...) la « loi pratique » pour les parties au litige* ». Il en conclut : « *Il est donc souhaitable qu'il soit à la fois accessible, simple et clair (...)* » tout en reconnaissant que « *la clarté et la concision ne devraient toutefois pas constituer une fin en soi ; il est en effet nécessaire que les juges exposent dans leurs décisions une motivation précise et complète* ».

Poser la question de la qualité de la décision de justice, c'est aussi poser la question complexe de la qualité de la justice toute entière, la qualité des jugements en étant un des éléments.

Les ministres de la justice des États membres du Conseil de l'Europe réunis à Londres en 2000 ont ainsi indiqué qu'il était essentiel, pour garantir le bon fonctionnement de l'État de droit, que le Conseil de l'Europe s'intéresse, en plus de la promotion et de l'application effective des principes fondamentaux d'indépendance et d'impartialité, aux processus, aux mécanismes et aux acteurs du procès ; bref, de viser les politiques publiques de la justice et leur efficacité.

Il s'agit, bien entendu, d'éléments cumulatifs et non alternatifs : le bon fonctionnement de la justice ne peut en aucun cas être assuré au détriment du principe d'indépendance. C'est par exemple ce que souligne fermement le CCJE dans son Avis N° 6 (2004)² en indiquant que « *l'évaluation de la « qualité » de la justice (c'est-à-dire le travail fourni par le système judiciaire*

¹ Voir : www.coe.int/CCJE

² Avis n° 6 (2004) du CCJE sur le procès équitable dans un délai raisonnable et le rôle des juges dans le procès, en prenant en considération les modes alternatifs de règlement des litiges.

dans son ensemble ou par chaque tribunal ou groupe local de tribunaux) ne devrait pas être confondue avec l'appréciation des capacités professionnelles de tel ou tel juge ».

C'est dans cet esprit qu'a été installée la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) fin 2002³, autour de trois piliers :

- proposer aux États membres du Conseil de l'Europe des solutions pragmatiques en matière d'organisation judiciaire, en tenant pleinement compte des usagers de la justice ;

- faciliter la mise en œuvre effective des instruments du Conseil de l'Europe relatifs au fonctionnement de la justice (« service après-vente » des normes) ;

- contribuer à désengorger la Cour européenne des Droits de l'Homme en offrant aux États des solutions effectives pour prévenir les violations du droit à un procès équitable dans un délai raisonnable (« prévenir plutôt que guérir »).

Instance innovante pour mettre en œuvre les standards européens et améliorer la qualité et l'efficacité des systèmes judiciaires européens, la CEPEJ est tournée vers des préoccupations concrètes du fonctionnement quotidien du service public de la justice.

Si la justice est un service public, les justiciables (qui sont aussi détenteurs de la souveraineté politique et contribuables) sont légitimement en attente de qualité. Le concept de qualité de la justice est de plus en plus répandu en Europe. Un tabou est tombé : le juge est descendu de son piédestal pour aller à la rencontre du citoyen et reconnaît qu'il a des obligations vis-à-vis de la communauté.

Il est assez facile de parler des qualités et des défauts de la justice. Les citoyens et les professionnels ont sur ce sujet des idées puisées dans leurs expériences personnelles ou fondées sur les réactions que suscitent les dysfonctionnements judiciaires. Lenteur, coût, distance, complexité sont les défauts de la justice constamment rappelés. Indépendance et compétence lui sont parfois reconnues. Mais donner une définition du concept de qualité de la justice est beaucoup plus difficile et peu s'y risquent.

Cela tient sans doute au fait que la notion de « qualité de la justice » est la synthèse complexe de facteurs nombreux, relevant de plans différents et qui ne peuvent tous être saisis par les mêmes outils. Ceci pourrait se traduire par l'idée que la qualité de la justice est comparable à un triangle, dont les côtés seraient l'efficacité, l'éthique et la légitimité. Seraient alors conformes à une justice de qualité le système judiciaire national et les procédures, le tribunal et les juges (pris individuellement), qui se situeraient à l'intérieur du domaine ainsi délimité.

Ces trois facteurs principaux sont unis entre eux par des interactions réciproques qui marquent leurs rôles convergents dans la construction d'une justice de qualité. Cette interactivité doit être prise en compte chaque fois que les responsables en charge de la justice entendent agir sur l'un de ses éléments ou constatent sa modification.

³ Voir : www.coe.int/CEPEJ

Évaluer, développer le fonctionnement et la qualité de la justice

Il s'agit de connaître le fonctionnement des systèmes judiciaires, pour ensuite analyser puis réformer. C'est le parcours que se fixe la CEPEJ pour son processus d'évaluation des systèmes judiciaires des États membres du Conseil de l'Europe.

L'édition 2006 du Rapport de la CEPEJ : « *Systèmes judiciaires européens* »⁴ permet d'avoir une photographie précise du fonctionnement des systèmes judiciaires de 45 États européens. Il s'agit d'un processus unique en Europe : aucune initiative de ce type et de cette ampleur n'avait jamais été menée dans le domaine de la justice. Ce rapport offre aux décideurs publics, aux praticiens du droit, aux chercheurs et à tout citoyen-justiciable des données qualitatives et quantitatives, en même temps que les premiers éléments pour une analyse plus approfondie. On y trouve des tableaux comparatifs et des commentaires pertinents dans des domaines essentiels pour : comprendre le fonctionnement de la justice, faire ressortir des indicateurs communs d'évaluation du fonctionnement de la justice, saisir les grandes tendances, identifier les difficultés et orienter les politiques publiques de la justice vers davantage de qualité, d'équité et d'efficacité, au bénéfice des citoyens. Pour ne donner que quelques exemples, ce rapport analyse la durée moyenne d'une procédure de divorce, le montant du budget public consacré à l'aide judiciaire ou au ministère public, le montant du salaire du juge par rapport au salaire moyen national ou encore le nombre de procédures disciplinaires à l'encontre des avocats ou des agents d'exécution.

Grâce à la « Grille d'évaluation des systèmes judiciaires » qu'elle a mise en place, la CEPEJ dispose désormais d'une véritable clé de lecture du fonctionnement de la justice en Europe. Ce travail s'inscrit dans une perspective dynamique : les rapports seront publiés à intervalles réguliers, permettant ainsi de mesurer les évolutions.

En livrant ce rapport, la CEPEJ n'a rempli que la première partie de sa mission. Il s'agit ensuite de tirer les conditions utiles de cette information. Ce rapport est donc pour la CEPEJ, dans un deuxième temps, source de réflexions, pour pouvoir proposer aux décideurs publics des outils concrets pour le développement des politiques judiciaires. Ce travail d'analyse est en cours pour : l'accès à la justice, l'administration et la gestion des systèmes judiciaires, la mesure de la charge de travail des juridictions, l'utilisation des technologies de l'information dans les tribunaux et l'exécution des décisions de justice. La CEPEJ s'inscrit donc dans un processus continu, où alterneront phases de connaissance et phases d'analyses.

Mais en évaluant le fonctionnement des systèmes judiciaires, la CEPEJ n'a pas la prétention d'avoir pleinement appréhendé la question de la qualité de la justice, et des moyens qui peuvent être mis en œuvre, au niveau européen, pour promouvoir cet impératif pour les politiques publiques de la justice et leurs acteurs, y compris les juges. Ainsi, la CEPEJ a créé en 2007 un Groupe de travail chargé de développer les moyens d'analyse et d'évaluation de la qualité de la justice, notamment au regard des attentes des praticiens du droit et des justiciables.

⁴ www.coe.int/CEPEJ

Il n'entre pas dans la mission de la CEPEJ d'élaborer une théorie de la qualité de la justice ou de la définir. En revanche, elle vise à promouvoir la qualité au sein des systèmes judiciaires et de donner aux décideurs publics et aux praticiens judiciaires des outils concrets pour améliorer la qualité de leur propre système, en tenant compte de leurs spécificités. La CEPEJ a donc choisi de mettre en avant la diversité des constituants qui font la qualité de la justice, de manière pratique, en considérant les différents auditoires de la justice – les parties, les témoins, les victimes, les citoyens ou les professionnels de la justice n'ayant pas forcément les mêmes attentes en termes de qualité. Cette approche permet de rechercher (ou d'élaborer) et d'utiliser des outils d'évaluation adaptés à chacun de ces foyers de qualité. Elle propose un outil pour promouvoir la qualité en privilégiant ceux qui apparaîtront simples à mettre en œuvre et dont les résultats pourront être présentés de façon aisément compréhensible, y compris par les citoyens. L'objectif est de fournir aux responsables des juridictions des tests pouvant être largement utilisés et diffusés. Rechercher l'exhaustivité serait se condamner à la complexité et limiter l'exercice aux seuls professionnels. Ce sont donc les points-clés, lesquels conditionnent le bon fonctionnement de la justice et l'adhésion des citoyens à son action, qui ont été retenus.

Les travaux viennent tout juste de débiter, et nous espérons pouvoir poser les premières pierres de l'édifice d'ici la fin 2007.

Dans le cadre de ces travaux, la question de la qualité des décisions de justice sera considérée. Car elle est sans doute un élément de la qualité de la justice :

- la qualité des décisions de justice permet de faciliter l'accès au juge ; elle offre la possibilité de connaître et de comprendre notamment la norme de droit créée par la jurisprudence ;

- elle est un élément de la maîtrise du temps judiciaire, attente essentielle des justiciables. La CEPEJ apporte d'ailleurs un éclairage nouveau sur cette problématique en visant avant tout la prévisibilité et l'optimisation des délais, au-delà de la seule question de leur raccourcissement : les justiciables européens sont à même de comprendre qu'une bonne justice peut prendre un certain temps, à condition qu'ils puissent avoir *a priori* une idée significative de la durée de la procédure dans laquelle ils sont engagés. Dans son Programme-cadre : « Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai raisonnable et prévisible »⁵, la CEPEJ propose aux décideurs publics et aux gestionnaires des instances judiciaires une vingtaine de « Lignes d'action », parmi lesquelles on trouve, par exemple, le souci de limiter les appels grâce à une décision de première instance bien rédigée, bien motivée, pour être bien comprise et peut-être alors mieux acceptée ;

- la qualité du jugement est enfin gage de la légitimité du juge et de la confiance placée dans la justice par les citoyens. Respect du justiciable, capacité à montrer sa compétence et à faire preuve de pédagogie, souci de fonder et de motiver une décision qui aura un impact direct sur la vie du justiciable... autant d'éléments de la légitimité. C'est la raison pour laquelle les travaux d'un Colloque sur *La Qualité des décisions de justice* sont du plus grand intérêt pour le Conseil de l'Europe en général, et pour la CEPEJ et le CCJE en particulier.

⁵ Voir : Document CEPEJ (2004) 19 (www.coe.int/CEPEJ).

Le juge, la loi et le citoyen⁶

Louis ASSIER-ANDRIEU
Directeur de recherche au CNRS
Directeur du Centre comparatif d'étude des politiques publiques
(CNRS/Université de Montpellier-I)

Toutes les sociétés humaines se dotent de la faculté collective de distinguer le bien et le mal, le juste et l'injuste, le prescrit et l'interdit. En revanche, toutes ne distinguent pas cette faculté comme une fonction sociale spécifique, servie par une caste ou un corps de professionnels, magistrats et avocats, greffiers et policiers. L'apparition de la justice sous la forme d'institutions spécialisées est corrélée avec l'apparition, au sein d'une culture, d'une représentation spécifique du droit, qui veut que l'on juge au nom d'une légalité définie comme le résumé des principes estimés vitaux par cette société. Dans cette optique, la mise en ordre qui est censée découler de tout jugement est opérée par le droit et au nom du droit, et non pas au nom d'une transcendance mythique ou religieuse, même si le rituel du procès, les palais de justice et les costumes des magistrats montrent que la sacralité n'a pas déserté les prétoires.

Le jugement est ainsi un processus commun aux sociétés humaines, et différencié selon les cultures et les systèmes de valeurs. D'un point de vue cognitif, il se manifeste sur des registres divers : la rationalité, le précédent et la subjectivité du juge. Mais il est aussi un fait éminemment social, et en ce sens il est un reflet essentiel de l'organisation politique.

De la règle abstraite à l'intuition du juge

La mémoire cheyenne⁷ ou le Code pénal remplissent la même fonction : celle d'offrir un réservoir de conceptions normatives permettant de résoudre tous les problèmes soumis à jugement. Les Cheyennes, comme la société française, réunissent un conseil, le conseil des anciens chefs et le Conseil constitutionnel (lui aussi à sa manière composé d'anciens « chefs ») ou délèguent un corps, la société des soldats chez les Cheyennes, les magistrats ou les officiers de police chez nous. Les processus de jugement peuvent être similaires, ne serait-ce que parce qu'ils recourent à des formes symboliques, parfois les mêmes : l'arbre à palabres africain ou le chêne mythique de Saint Louis. Les différences surgissent dans la nature des normes mobilisées et la manière dont elles le sont : c'est là tout l'espace de la place sociale et politique du droit et de la justice dans la société. Le sage d'une petite communauté où tout le monde se connaît peut ajuster la norme « traditionnelle » aux situations nouvelles en recueillant l'assentiment de la population, parce que dans une telle société, la justesse du juge prévaut sur une conception abstraite du droit : c'est vrai des Cheyennes, c'est vrai des sociétés villageoises avec leurs arbitres. C'est aussi le présupposé plus ou moins avoué des politiques de

⁶ Ce texte a initialement paru dans la revue Sciences Humaines, n° 115, avril 2001 (dossier : Les nouvelles frontières du droit).

⁷ K. LLEWELLYN et E.A. HOEBEL, *La Voie cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la théorie primitive du droit*, L.G.D.J., 1999 (présenté, traduit et annoté par L. ASSIER-ANDRIEU).

médiation que l'on essaie de mettre en place aujourd'hui dans nos quartiers urbains. Celles-ci privilégient la résolution des problèmes locaux selon des normes sus et dites par des personnes du cru connaissant les populations locales.

Le magistrat professionnel, pour sa part, adapte un droit abstrait, par maints aspects plusieurs fois séculaires, à des faits concrets. Il le fait dans un cadre constitutionnellement défini et, ainsi, il applique la loi, égale pour tous. La souplesse n'est pas absente du processus, mais elle est plus un artisanat du métier, acquis par longueur de temps, qu'un effet du système général. Pourquoi sanctionner un criminel reconnu coupable aux assises, de neuf ans de réclusion, et pas dix, ni huit ? Un juge français parlera d' « intuition » pour résumer un processus qui est en réalité une construction qui met en jeu divers facteurs. Le système américain, qui fait politiquement la part plus belle à ce que disent les juges qu'à ce qu'écrivent les législateurs, permet de saisir mieux qu'en France la variété de ces facteurs, qui contribuent à « faire passer la justice ».

Qu'est-ce que juger ?

Quand un juge décide, il fait œuvre de « jurisprudence », un concept très vaste en théorie, qui va de l'application stricte de la loi jusqu'à l'interprétation des nécessités sociales, en passant par l'imitation de ce que d'autres juges auront décidé antérieurement pour des faits analogues. Il puise dans ce faisceau pour interpréter la cause qui lui est soumise, charge qui fait de lui, comme le disait au XVIII^{ème} siècle William BLACKSTONE, « *le vivant oracle du droit* ».

- Il s'acquitte de la tâche d'abord selon la raison ou, si l'on préfère, la logique rationnelle. C'est parce que tout système juridique se présente comme cohérent et rationnel que le jugement de droit cherche dans la logique le premier de ses guides. Cette notion floue qu'on appelle équité procède du principe logique qui veut que des mêmes faits soient jugés de même manière. C'est l'illogisme de classe que sanctionne La Fontaine quand il écrit : « *Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir* ». La vertu sociale qui s'attache le plus nettement à l'inspiration logique du jugement est sa prévisibilité. Si le droit est rationnel, et que le juge suit le droit, le jugement sera prévisible : on ne va pas en justice comme on joue à la roulette. Mais cette prévisibilité est contrebalancée par le caractère inattendu, toujours singulier, des situations en cause. La répétition massive de mêmes décisions pour de mêmes litiges (en matière de divorce par consentement mutuel par exemple) peut faire penser à une justice automatique, dans laquelle l'interprétation du juge pourrait être remplacée par le logiciel approprié. Or la justiciable exige que la spécificité de son cas soit prise en compte. Et cette subjectivité-là, c'est à l'ensemble des facettes sensibles de l'esprit du juge qu'elle fait appel.

- Vient ensuite le précédent ou, comme le disait le philosophe Jeremy BENTHAM, l'amour qu'on les juges pour cette postérité engendrée par eux. La règle du précédent prévaut dans le système britannique et plus largement dans le droit anglo-américain. Elle veut que le juge qui décide d'un cas recherche la dernière décision pertinente prise par l'un de ses pairs pour un cas semblable. C'est de la dissemblance relative de son affaire à lui qu'il tirera sa marge de liberté et d'interprétation. Le précédent exprime techniquement l'une des

propriétés majeures du droit et des institutions. Le droit conserve la société, mais comme la société change, il en assume les changements tout en faisant comme si le changement n'était que répétition. C'est ainsi une propriété paradoxale du juridique : par lui l'ancien vaut mieux que le nouveau qui n'en apparaît que comme l'imitation. Ainsi, dans une affaire de divorce, c'est en référence aux juristes romains que, de nos jours, une cour américaine pourra justifier le maintien des droits successoraux de la première épouse lorsqu'un défunt aura voulu léguer par testament tous ses biens à la seconde. L'enchaînement des jugements propose de la sorte l'image d'une société dont les fondements, pérennes, sont rituellement rappelés par la voix des juges⁸.

● Enfin, écrivait ARISTOTE, « *la justice est un juste milieu si du moins le juge en est un* ». La personne que la société place en position de juger ne cesse pas d'être un individu dès lors qu'il endosse les attributs de la fonction. Et pour entrevoir ce que sera la décision, il peut être parfois plus sûr de se demander ce que le juge a mangé au déjeuner, et si sa digestion altère son humeur, que de se plonger dans les lois et dans les précédents. Les révolutionnaires français voulaient que le juge ne soit que « *la bouche de la loi* », pour conjurer l'arbitraire personnel et la justice de caste en vigueur sous la monarchie. Aucun système judiciaire, même le plus soucieux d'équité, ne peut éliminer totalement la part subjective du jugement. Les rumeurs des palais de justice connaissent les juges « répressifs » que les avocats de la défense tentent d'éviter. Les juges qui interviennent sur des mineurs exercent, de fait, une fonction parentale pour laquelle ils peuvent être influencés par leur propre histoire.

L'idéal abstrait d'une justice aveugle et équitable est ainsi contredit, au quotidien, par la psychologie, les humeurs, les orientations idéologiques, les positions sociales et les imprégnations culturelles de ceux qui jugent. Dans le système français, où les juges sont professionnalisés très jeunes par le biais d'une école spéciale d'application (l'École nationale de la magistrature), et où l'intégration dans un « corps » fondé sur la compétence fait vœu de gommer les contingences individuelles, un juge ne saurait être influencé par son environnement social. Qu'un haut magistrat ayant à connaître d'infractions réputées commises par des responsables politiques soit reconnu lié politiquement à ces mêmes personnes, et aussitôt nous avons « une affaire ». Dans la République abstraite, les juges sont censés exemptés des contingences communes, être moins un « corps » qu'un simple organe, l'organe vocal de la loi. Tout à l'inverse, les Etats-Unis, qui élisent la plupart de leurs juges, les désignent en fonction même de la clarté de leurs opinions politiques, de leur vision personnelle du « juste milieu ».

Les nouveaux espaces de la justice

Le juge est donc dans la société, au confluent des relations complexes entre la justice et la société. En France semblent à ce propos se développer divers sentiments, parfois contradictoires. On craint le retour d'un pouvoir des juges, en raison de leur propension récente à considérer les élus comme de simples justiciables. « *C'est 1788 !* », déplorait un professeur de droit, faisant allusion au moment où les parlements (cours provinciales) avaient osé défier frontalement l'autorité de l'Etat monarchique. D'autres se réjouissent au

⁸ L. ASSIER-ANDRIEU, « Les politiques de la vérité familiale : le droit entre la science et le marché », Droit et Société, 2000.

contraire de ce que les juges français, à l'instar des juges italiens de « *mani pulite* », se saisissent enfin des moyens nécessaires à la lutte contre toutes les formes de corruption. On s'interroge également sur la « judiciarisation de la société », cette propension à vouloir régler le moindre litige en justice, et sur cette autre tendance qui consiste à rechercher les responsables de toutes sortes de dommages pour accorder des compensations judiciaires à leurs victimes.

Mais en même temps que l'on constate l'emprise croissante des juges et de la justice dans les rapports sociaux, on déplore qu'elle ne soit pas plus étendue, notamment pour protéger les personnes et les biens. Ainsi on a, en vingt ans, multiplié les dispositifs de prévention de la délinquance citadine et les structures locales de concertation ou de règlement des différends par médiation. Plus récemment, on a amorcé une reconfiguration des missions de la police dans le but de la « rapprocher des citoyens » et de mieux coordonner ses tâches avec les actions de lutte contre l'exclusion sociale. Par ce brouillage des limites traditionnelles entre justice, police, et assistance sociale, l'art de juger tend à s'épandre hors des palais, les lieux de jugement, et les juges à se multiplier. De la famille aux établissements scolaires, de la prise en compte des sans-abri à l'organisation des quartiers, la médiation se généralise comme outil d'apaisement des tensions et comme référentiel de la vie collective. Mais le médiateur, qui rapproche des intérêts divergents ou veille à ce qu'un dommage soit réparé, ne remplit-il pas une œuvre de justice ? Son jugement n'est-il pas perçu comme tel par ceux qu'il concerne ?

La société lutte contre l'exclusion par la loi, mais elle le fait surtout, concrètement, sous la forme de multiples commissions locales d'insertion, chargées de veiller à la bonne attribution du RMI (revenu minimum d'insertion). Or, dans ces lieux neufs se joue peut-être la scène la plus fondamentale du rituel judiciaire dans une société humaine : à propos des trajectoires des plus démunis, on évalue le bien et le mal des comportements en vertu de représentations de l'intégration dans la société, variables d'une région à l'autre, d'une commission à l'autre. Les élus locaux et les responsables du social qui siègent dans ces véritables tribunaux de l'appartenance jugent la vie d'individus à l'aune de la conception qu'ils se font du lien social et du pacte qui le fonde. Dans l'opacité locale, loin des temples solennels, en jugeant de ce qui est ou n'est pas un comportement d'insertion, ces magistrats ignorés traitent de ce pour quoi l'ensemble des institutions juridiques et judiciaires a été primitivement construit⁹.

Le jugement comme support de la citoyenneté

Ce que ces tendances semblent révéler de commun, c'est le retour de l'exigence de jugement vers l'agora populaire. On s'interroge sur l'éthique pour formuler des codes de conduite. Ce souci se traduit par un appel diffus à la « citoyenneté » et par l'incrimination collective des « incivilités ». Par le premier terme on entend la responsabilité individuelle, l'implication de soi au-delà de son intérêt immédiat, ou même l'idée qu'une entreprise préfère l'emploi au profit. Par le second, on stigmatise les comportements jadis nommés asociaux : un comportement « incivil » est plus qu'une déviance ou qu'une infraction, c'est littéralement une atteinte à la « civilité ».

⁹ L. ASSIER-ANDRIEU, « Réflexions sur le droit du « social », Cités, n° 1, 2000.

Le Président de la République fulminait dans une intervention récente contre l'avènement de « la justice spectacle ». Ne lui en déplaise, il est de l'essence même de la justice que de s'offrir en spectacle. Comme tout rituel, le rituel judiciaire est fait pour être vu et entendu. Sur les tréteaux des théâtres que sont les palais de justice, la procédure elle-même assure la mise en scène. Le problème est en France que le spectacle est peu visité directement, mais suivi sporadiquement par l'intermédiaire de la presse écrite et audiovisuelle. Les médias offrent les moyens de juger des cas exemplaires qu'ils nous soumettent, mais le complexe est volontiers réduit au binaire : l'annonce d'une mise en examen et l'image d'un individu arrêté génèrent plus sûrement l'option coupable/innocent, qu'elles n'expriment la réalité d'une procédure qui ne fait que commencer. Il existe ainsi un écart considérable et croissant entre le rituel judiciaire tel qu'il se déroule en France et les représentations que nous faisons de l'art de juger. Les valeurs et les procédures les mieux connues de tous sont originaires de la culture juridique et politique américaine, véhiculées par la littérature populaire, le cinéma, les séries télévisées ou l'actualité même qui offre périodiquement aux Etats-Unis le spectacle de procédures fleuves. Ce fut récemment le cas à l'encontre d'une personnalité hollywoodienne accusée de meurtre (O. J. SIMPSON), ou encore à l'encontre du président Clinton lui-même dont les comportements intimes ont été dévoilés en détail pour évaluer sa capacité de gouverner.

La démocratisation de l'exigence de jugement se nourrit de ces représentations dramaturgiques et symboliques, qui en retour encouragent et structurent l'appétit de juger. Comment, et pourquoi cette appropriation d'une culture autre est-elle possible et porteuse d'effets ? Hormis les professionnels, les Français ne sont officiellement juges que lorsqu'ils sont appelés à faire partie d'un jury d'assises, expérience d'autant plus marquante qu'exceptionnelle, touchant une infime minorité de citoyens dont les leçons sont peu transmises ou transmissibles si ce n'est par quelques grands textes comme les *Souvenirs d'assises* d'André GIDE (1912). La justice américaine est à l'inverse éminemment populaire, au civil comme au pénal, des juridictions les plus ténues et localisées jusqu'aux échelons élevés de la décision judiciaire. Tout le monde, ou presque, a été, est ou sera juré. TOCQUEVILLE y avait judicieusement vu « *un mode de la souveraineté du peuple* » et une formation permanente à la citoyenneté, qui combat l'égoïsme individuel en « *forçant les hommes à s'occuper d'autre chose que de leurs propres affaires* ». « *Ecole gratuite et toujours ouverte, où chaque juré vient s'instruire de ses droits* », le jury américain semble à TOCQUEVILLE, en 1835, « *le moyen le plus énergique de faire régner le peuple* » et « *le moyen le plus efficace de lui apprendre à régner* ». Il nourrit la démocratie de responsabilité et de réciprocité car « *chacun, en jugeant son voisin, pense qu'il pourra être jugé à son tour* »¹⁰.

Le concept américain d'une justice fondée que la représentation populaire heurte la réalité française d'une justice déléguée aux professionnels et d'une procédure écrite. C'est pourtant cette conception qui domine les représentations contemporaines du jugement. Quelle idée de justice véhicule la dramaturgie des romans de gare, du cinéma et de la télévision ? D'abord que le peuple juge, c'est tout le monde. L'organe de jugement doit représenter, au sens politique du terme, la société réelle, ses savants et ses analphabètes, ses minorités culturelles, religieuses, sexuelles, les riches et les pauvres, les

¹⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, rééd. Gallimard, 1961.

jeunes et les vieux. Tout le droit est, comme l'avait ressenti TOCQUEVILLE, contenu dans un seul procès, et les professionnels se bornent à donner le tempo procédural de la musique judiciaire qu'il appartient au peuple d'écrire et d'interpréter. La parole, ensuite, prime l'écrit. A l'inverse du culte français voué aux codes et aux textes, hermétiques aux profanes, la recherche de la vérité par le rituel du procès démontre aux Etats-Unis la primauté symbolique du verbe. C'est dans *Douze hommes en colère* (Sydney LUMET, 1957), le doute d'un juré singulier qui renverse l'opinion partagée par les autres. C'est le verdict de culpabilité ou d'innocence qui est délivré par la bouche, non d'un magistrat, mais d'un juré, représentant du peuple. C'est aussi le pouvoir de l'avocat de la défense, héros récurrent, qui va lier dans un même discours les faits en cause et le sentiment que eux, les jurés du lieu, mais aussi, nous, les spectateurs, avons de la justice, pour emporter une conviction qui se veut fondée que une morale à vocation universelle, et sur un droit national (voir les séries de Steven BOCHCO et David MILCH, *L.A. Law, Murder One*, ou de David KELLEY, *Donnell&Associés*).

La démocratisation de l'exigence de jugement mérite d'être prise au sérieux, sous la forme par exemple d'un élargissement des formes de la délibération collective. Quand le juste devient flou, quand la société peine à dire ses limites et quand l'universel reste une valeur pieuse peu effective, la réappropriation populaire de la faculté de juger remplace la construction politique et le pacte social à l'origine d'un édifice humain que la vénération de l'économie de marché estime dépendant, subordonné, « *flexible* ».

PREMIERE PARTIE

**CRITERES ET STANDARDS
DE QUALITÉ DES DÉCISIONS DE JUSTICE**

L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice

Benoît FRYDMAN

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles (ULB)
Directeur du Centre Perelman de Philosophie du Droit¹¹
Membre du Conseil Supérieur de la Justice

La réflexion au sujet de la qualité des décisions de justice est assurément neuve et, à ce titre, elle intrigue et intéresse nécessairement le théoricien du droit. Non pas qu'il soit original de s'intéresser aux décisions des juges, à la manière dont elles sont rendues ou dont elles devraient être rendues, aux méthodes auxquelles le juge recourt ou devrait recourir pour aboutir à celles-ci, aux motivations et aux justifications qu'il en donne, tout cela est au cœur de la réflexion et constitue en quelque sorte le fonds de commerce de la théorie du droit depuis très longtemps. Mais sans doute n'avait-on pas coutume, du moins à ma connaissance, d'évoquer ces questions en termes de « qualité » des décisions de justice. S'agit-il dès lors d'un effet de langage, et donc peut-être d'un effet de mode, ou faut-il voir, comme je suis enclin à le penser, dans ce glissement lexical le signe d'une évolution, d'un changement dans la manière dont nous appréhendons la justice et l'institution judiciaire qui la rend au quotidien ? Cet ouvrage permettra au lecteur d'en décider.

L'appréciation des jugements en termes de « qualité » traduit à la fois une aspiration et une démarche : l'aspiration à une « justice de qualité » précisément et une démarche qui évoque immédiatement à l'esprit le monde de l'entreprise, de la production et du management, qui accorde, comme chacun sait, une place tout à fait centrale à la notion de « qualité » : mesure de la qualité des produits ou des services offerts, amélioration de la qualité des procès de production, labels de qualité, contrôle de qualité, « qualité totale », etc. L'obsession de la qualité, après être passée de l'entreprise aux administrations publiques, par le biais du nouveau management public (*new public management*), serait-elle en train de gagner le cercle (de qualité) de la justice ? Et si tel était le cas, serait-ce nécessairement une mauvaise chose ? Voici quelques-unes des questions iconoclastes que le thème original de cet ouvrage nous adresse en filigrane et qu'il faut mettre d'emblée sur la table.

Pour ouvrir ce débat, il est sans doute utile de jeter un regard rétrospectif pour examiner si les critères par rapport auxquels on *définit* et on *mesure* la « qualité » des décisions de justice ont évolué dans le temps, ainsi que les raisons et la direction de cette évolution. J'ajoute que, d'un point de vue pragmatique, la question théorique de la qualité des décisions de justice est indissociablement liée à la question pratique et institutionnelle de l'exercice et des modalités de *contrôle* de cette qualité, si bien que l'on ne peut envisager l'une sans l'autre.

L'hypothèse que je développerai est celle d'un glissement progressif, dans la théorie et dans la pratique contemporaines, d'une conception *substantielle* vers une conception *procédurale* et à présent *managériale* de la qualité des décisions de justice, qui s'accompagne, sur le plan du contrôle, d'une

¹¹ www.philodroit.be

multiplication des modalités et des instances qui s'empilent en quelque sorte les unes sur les autres. Pour le montrer, nous distinguerons cinq stades successifs au fil d'un parcours à marche forcée de l'histoire des idées et des pratiques judiciaires. Nous partirons du contrôle de légalité classiquement confié à la Cour de cassation (1) pour envisager ensuite le contrôle marginal de proportionnalité, caractéristique de la jurisprudence sociologique (2). Nous verrons comment ce premier mouvement en amène d'autres, d'abord, à la suite du tournant argumentatif, le développement du contrôle de motivation (3), puis, à la faveur du tournant procédural, le contrôle du respect des garanties du procès équitable, sous la haute autorité de la Cour européenne des Droits de l'Homme (4) et enfin le contrôle de qualité proprement dit portant sur l'administration et le fonctionnement de la justice (5).

L'exactitude, la fidélité à la volonté législative et le contrôle de légalité

On pourrait croire pouvoir se tirer à bon compte de la question qui nous est posée en disant que la qualité qui est attendue en tous lieux et en tout temps d'une décision de justice est qu'elle soit *juste*. Tel est d'ailleurs l'enseignement que nous retirons de la lecture des Anciens et notamment des traités de rhétorique judiciaire¹². Mais, outre que cette affirmation n'est pas toujours exacte, nous n'aurons pas avancé en réalité de beaucoup si nous considérons que les uns et les autres ne définissent pas de la même façon ce que recouvre le « juste ». Une divergence fondamentale sépare même sur ce point les Anciens et les Modernes. Pour les Anciens, une décision de justice est toujours singulière et dépend, au moins en partie, de circonstances contingentes, de sorte que la recherche du juste exige moins de science que de vertu. Cette vertu, la *phronesis* des Grecs, devenue la prudence des Romains (qui donne en droit la jurisprudence), permet au magistrat qui la possède d'*ajuster* sa décision aux circonstances de l'espèce et aux nécessités de l'heure¹³.

Les Modernes s'opposeront à cette conception singulière et vertueuse du juste et tenteront de développer au contraire un modèle scientifique du droit et de la justice¹⁴. Pour eux, dire qu'une décision est juste, c'est d'abord signifier qu'elle est *exacte*. Napoléon Bonaparte comparait les juges à « des machines physiques au moyen desquelles les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre »¹⁵. Or d'une horloge bien réglée, on attend bien qu'elle donne l'heure juste, c'est-à-dire l'heure exacte. Cette exigence

¹² B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2005, ch. 1^{er}, pp. 39-74, spéc. § 28, pp. 69-70.

¹³ Voir l'ouvrage classique de P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Paris, P.U.F., 1963. - B. FRYDMAN, *Le sens des lois, op. cit.*, § 10, pp. 40-42.

¹⁴ Ce mouvement commence tôt, dès le 17^{ème} siècle, dans le sillage de l'Ecole du droit naturel moderne (B. FRYDMAN, *op. cit.*, spéc. ch. 5, p. 226 et s.). Comme l'écrit très justement A. DUFOUR : « [L'Ecole du droit naturel moderne] inaugure la redoutable inféodation de la jurisprudence aux principes et méthodes des sciences exactes » (*Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, P.U.F., 1991, p. 113).

¹⁵ Jean PELET (de la Lozère, Comte), *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration, recueillies par un membre de son Conseil d'Etat*, édité par Firmin Didot, 1833, séance du 7 mai 1806. L'expression « *mechanical jurisprudence* » sera reprise dans la théorie du droit américaine par les « réalistes » et les partisans de la *sociological jurisprudence* pour désigner, de manière critique, les modes de raisonnement déductifs que privilégie la jurisprudence tout au long du 19^{ème} siècle.

d'exactitude de la décision judiciaire avait été théorisée, dès avant la Révolution française, par Cesare BECCARIA, dans son *Traité des délits et des peines*, où le fondateur du droit pénal moderne réduit le raisonnement du juge pénal à la forme logique du syllogisme judiciaire : « En présence de tout délit, écrit-il, le juge doit former un *syllogisme parfait* : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquittement ou la condamnation. Si le juge fait, volontairement ou par contrainte, ne fût-ce que deux syllogismes au lieu d'un seul, c'est la porte ouverte à l'incertitude »¹⁶. La formule du syllogisme sera reprise et étendue par la Révolution française à toutes les formes de jugement et de raisonnement judiciaire¹⁷. L'exactitude logique de la décision, qui prétend ôter au juge tout pouvoir d'appréciation, a pour objectif de garantir à la fois la liberté des citoyens (par la suppression de l'interprétation extensive), leur égalité dans l'application des lois (par l'application uniforme des lois par tous les magistrats et toutes les juridictions) et la sécurité juridique (par la stabilité et donc la prévisibilité) des décisions de justice.

La qualité du jugement se mesure désormais à son exactitude, qui manifeste elle-même la soumission inconditionnelle du juge à l'ordre de la Loi et du Législateur souverain. Ces qualités de fidélité, de docilité et même de soumission complète seront mises en évidence, de façon répétée et insistante, par une partie importante de la doctrine du 19^{ème} siècle, notamment par les privatistes qui commentent le Code civil. Leurs propos expriment clairement l'idée que l'exactitude du jugement et la soumission à la volonté du Législateur doivent l'emporter sur le caractère « raisonnable » ou « juste » au sens ancien du terme. Laurent affirme ainsi sans équivoque que « le juge n'est point le ministre de l'équité, il est l'organe et l'esclave de la loi »¹⁸. Dès lors, comme le confirme DURANTON, « le magistrat doit juger suivant la loi, fut-elle *injuste* »¹⁹. C'est pourquoi, écrit MOURLON, « un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi²⁰ » et « lorsque la loi est claire, le juge doit la suivre alors même que son application paraît peu raisonnable et contraire à la raison naturelle »²¹.

Cette conception de la qualité des décisions de justice, qui place au-dessus de tout l'exactitude et la fidélité à la volonté du Législateur, trouve sa traduction effective dans la procédure de *contrôle de légalité* confiée à la Cour de cassation. La Cour, qui ne substitue pas son appréciation à celle du juge du fond ni ne tranche les affaires qui lui sont déférées, exerce une fonction spécifique de police des jugements : elle contrôle que le juge a fait une

¹⁶ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduction de Chevallier, Garnier-Flammarion, avec une préface de Robert BADINTER, § 4.

¹⁷ Voir en particulier le discours de DUPORT à l'Assemblée constituante du 29 mars 1790 : « Le jugement d'un procès n'est autre chose qu'un syllogisme dont la majeure est le fait, la mineure la loi et le jugement, la conséquence », *Archives parlementaires*, t. 12, p. 413, cité par J.-L. HALPERIN, « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, dir. R. JACOB, LGDJ, collection Droit et Société, vol. 7, 1996, p. 233 et s., spéc. p. 238. Le lecteur aura remarqué l'erreur qui inverse ici la majeure et la mineure.

¹⁸ LAURENT, *Principes élémentaires de droit civil*, t. I, Paris-Bruxelles, 1869, p. 58.

¹⁹ DURANTON, *Cours de droit civil suivant le code français*, 4^{ème} éd., t. I, Bruxelles, 1841, § 96, p. 21.

²⁰ MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, t. I, 7^{ème} édition, Paris, 1864, § 84.

²¹ *Ibidem*.

application exacte de la loi et sanctionne les contraventions à celle-ci. La Cour vérifie notamment que le juge a bien visé, en particulier en matière pénale, la disposition légale dont la violation est reprochée. Elle interdit au juge, par application de la *théorie de l'acte clair*, d'éluder l'application à la lettre de la loi, sous prétexte de l'interpréter et d'en pénétrer l'esprit. L'institution du « référé législatif » devait en outre permettre, du moins en théorie, de vérifier, en cas de contestation, la volonté exacte du Législateur, avant que, par sa suppression et le caractère obligatoire de la décision rendue sur second pourvoi, la Cour de cassation n'en devienne elle-même la garante et qu'elle en assure la stabilité, notamment par une grande répugnance aux revirements de sa jurisprudence.

La mesure, l'équilibre et le contrôle marginal de proportionnalité

Cette conception fixiste, et à proprement parler conservatrice, de la qualité des décisions de justice sera battue en brèche à partir de la fin du 19^{ème} siècle, en particulier par le mouvement international de la « jurisprudence des intérêts », inspiré par la théorie sociologique du droit, dont François GENY a été en France le plus illustre représentant²². Le droit est désormais considéré comme un instrument de régulation, qui a pour fonction la solution des conflits d'intérêts qui surgissent dans la société. Cette nouvelle théorie du droit véhicule une conception très différente du rôle du juge et de la qualité des décisions de justice. Si elle n'a pas renoncé à la prétention d'une jurisprudence scientifique et donc exacte, elle conçoit la méthode et les instruments de celle-ci sur des bases tout à fait différentes. La tâche du juge consiste désormais moins à exécuter fidèlement la formule de la loi et la volonté de son auteur qu'à identifier et à prendre la juste mesure des intérêts et des valeurs qui s'affrontent dans l'espèce à résoudre, afin d'arbitrer ce conflit soit en privilégiant l'intérêt le plus important, soit en favorisant une solution d'équilibre. Dans ce modèle, la qualité d'une bonne décision de justice se mesure principalement aux effets qu'on peut en escompter. Le bon jugement est celui qui, se fondant sur une évaluation correcte des valeurs et des intérêts en présence, résout le conflit dans un sens conforme au progrès social.

Bien que ce modèle du raisonnement judiciaire suscite de sérieuses réserves, d'ailleurs largement justifiées, et se heurte à des résistances importantes, notamment au sein de la jurisprudence française, force est de constater qu'il a connu, depuis le début du 20^{ème} siècle, un essor remarquable en particulier sur le continent européen. Il a été largement plébiscité par les juridictions nouvelles qui ont été créées après la seconde Guerre mondiale, à la fois au niveau européen, comme la Cour européenne des Droits de l'Homme et la Cour de justice des Communautés européennes, et au niveau national, tout particulièrement par les cours constitutionnelles. Le modèle de la mise en balance des intérêts a ensuite percolé lentement et s'est diffusé largement dans la pyramide judiciaire, au point de devenir, dans de nombreux pays, le modèle de référence par rapport auquel le juge conçoit sa fonction sociale et l'exercice de sa mission.

²² En particulier à travers son ouvrage fondateur *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* (2 vol.), Paris, L.G.D.J., 1919 (2^{ème} édition revue et mise au courant ; 1^{ère} édition publiée en 1899). – Pour se faire une idée de l'importance et de la postérité internationale de cet ouvrage : Cl. THOMASSET ed., *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Blais - Dalloz – Bruylant, 2000.

Cette conception du jugement comme arbitrage des conflits d'intérêts et de valeurs ne modifie pas seulement les critères de qualité d'après lesquels les décisions de justice sont évaluées, mais influence aussi logiquement les modalités de contrôle de cette qualité. L'arbitrage par le juge des intérêts se prête mal au contrôle strict de légalité opéré par la Cour de cassation. Pour celle-ci, l'identification, l'évaluation et la comparaison des intérêts en cause constituent essentiellement des questions de fait, particulières à l'espèce et abandonnées à l'appréciation souveraine du juge du fond, auquel est ainsi explicitement ou implicitement reconnu un pouvoir discrétionnaire d'appréciation²³. On voit cependant émerger un nouveau type de contrôle, exercé par les juridictions supérieures, nationales et internationales, qui prend la forme d'un *contrôle marginal de proportionnalité*. Par un tel contrôle, qui ressemble à certains égards au contrôle judiciaire de l'action administrative, le juge supérieur n'entend pas substituer son appréciation à celle de la décision contrôlée, mais il vérifie seulement que le juge contrôlé n'a pas commis une *erreur manifeste d'appréciation* dans la balance des intérêts en jeu. Ce type de contrôle est régulièrement pratiqué, notamment dans le contentieux des Droits de l'Homme, par la Cour de Strasbourg²⁴.

Le tournant argumentatif et le contrôle de motivation

Le modèle sociologique, qui conçoit au fond la décision judiciaire comme un jugement de valeurs, se trouve involontairement à l'origine du tournant argumentatif (ou interprétatif) que va emprunter la théorie du droit dans le second 20^{ème} siècle²⁵. Pour des auteurs comme Chaïm PERELMAN²⁶ et Ronald DWORKIN²⁷, si la décision de justice implique effectivement, de la part des juges, un jugement de valeurs, la validité de ce jugement ne procède ni d'une démonstration logique, à la manière du syllogisme judiciaire, ni d'une évaluation scientifique des intérêts en conflit, du moins dans une société pluraliste où coexistent, de manière légitime, plusieurs échelles de valeurs différentes. La décision de justice ne procède ni d'une démonstration, ni d'un calcul, mais bien d'un choix, qui n'est pas pour autant arbitraire dès lors qu'il s'appuie sur une argumentation convaincante. La qualité de la décision de justice ne se mesure donc pas à son exactitude ni à ses effets, mais bien à la qualité de l'argumentation qui la soutient et que le juge développe dans la motivation de son jugement. Cette conception déplace l'évaluation de la qualité du jugement de la décision elle-même vers la motivation qui en rend compte. DWORKIN place ainsi la barre très haut dans les exigences considérables en termes de motivation de la décision de justice qu'il impose au juge idéal qu'il appelle de ses vœux et qu'il surnomme d'ailleurs « HERCULE »²⁸. Le juge doit

²³ En ce sens : F. GENY, *op. cit.*, II, § 176bis, p. 282-290.

²⁴ Voyez à ce sujet la thèse de S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des Droits de l'Homme - Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

²⁵ B. FRYDMAN, *Le sens des lois (op. cit.)*, § 305, pp. 632-633.

²⁶ Voir notamment : *Logique juridique. La nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 2^{ème} éd. et Ch. PERELMAN et P. FORIERS (éd.), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978.

²⁷ Voir notamment : *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986 et *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978.

²⁸ *L'empire du droit (op. cit.)*, p. 268.

en effet justifier à la fois que sa décision s'inscrit dans la ligne du droit en vigueur, tel qu'il le reconstruit au départ de l'interprétation des sources et des précédents, et qu'elle donne à voir l'ordre juridique ainsi reconstitué comme un ordre juste, reposant sur un ensemble cohérent de principes²⁹.

Dans le modèle argumentatif, le contrôle de la qualité de la décision prend naturellement la forme d'un *contrôle de motivation* de la décision, qui relève classiquement de la compétence de la Cour de cassation³⁰. Toutefois, cette théorie s'applique aussi, et même surtout, aux décisions des cours suprêmes, qui sont amenées à trancher des questions controversées, d'importance parfois considérable, sur le terrain des Droits de l'Homme ou des enjeux de société et dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours. Dans la théorie de l'argumentation, le contrôle de ces décisions et de leurs motifs est confié à la communauté des interprètes, qu'il s'agisse de la doctrine, qui recense et critique ces décisions, ou de la jurisprudence elle-même, qui s'inspirera de préférence de certaines décisions, ainsi élevées au rang d'« arrêts de principe » ou de « *leading cases* »³¹. Le modèle argumentatif applique ainsi au droit la théorie épistémologique, d'inspiration pragmatique, qui fonde la vérité scientifique (provisoire) sur l'accord de la communauté des chercheurs³², voire sur l'adhésion de l'auditoire universel³³.

L'exercice effectif d'un tel contrôle suppose cependant que la motivation de la décision soit suffisamment explicite et compréhensible, ce qui conduit à des exigences nouvelles et à des évolutions significatives dans la forme des décisions. Ainsi, l'arrêt à phrase unique, dont les paragraphes sont introduits par des attendus, et qui emprunte volontiers la forme lapidaire du syllogisme, subit le feu nourri des critiques et a d'ailleurs été abandonné par plusieurs juridictions. De même, des voix s'élèvent pour demander la publication des opinions dissidentes et concurrentes, à la manière des juridictions de la *common law*. Les juridictions nouvelles, en particulier aux niveaux européen et international, ont d'ailleurs pour la plupart adopté ces motivations explicatives et extensives.

Le tournant procédural et le contrôle des garanties du procès équitable

Cependant, le tournant argumentatif se prolonge, dans le sillage de la philosophie de la communication de Jürgen HABERMAS, dans un virage procédural, qui va entraîner des répercussions importantes sur la conception de la qualité des décisions de justice et les modalités de son contrôle.

²⁹ *Idem*, p. 279.

³⁰ Le modèle argumentatif encourage d'ailleurs la Cour de cassation à aller sur ce point au-delà d'un contrôle formel et de vérifier le caractère rationnel de la motivation, notamment la cohérence des motifs.

³¹ Le critère de « l'accord de la communauté des interprètes » proposé par le philosophe pragmatiste Ch. S. PEIRCE, fondateur de la sémiotique, se traduit généralement dans le langage du droit par l'approbation de la décision par la doctrine unanime (ou la doctrine majoritaire ou encore la meilleure doctrine) ou par le fait que la décision a été établie (ou rétablie) à « paix judiciaire ».

³² *Collected Papers of C.S. Peirce*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1932, CP 5.407.

³³ Ch. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Paris, P.U.F., 1958 (Bruxelles, P.U.B., 1992, 5^{ème} éd.), notamment p. 58 et s.

HABERMAS adhère pour l'essentiel à la conception argumentative du raisonnement judiciaire, mais il en élargit considérablement le cercle. Il reproche à PERELMAN et à DWORKIN leur « monologisme », c'est-à-dire de réserver aux juges le monopole de l'argumentation et de la discussion des questions de droit, alors que, dans la pratique judiciaire, le juge n'est pas seul ni seul en charge de l'argumentation³⁴. Le magistrat est d'abord l'arbitre d'un débat contradictoire entre les parties à la cause, qui doit permettre à celles-ci de développer, à l'appui de leurs thèses, des arguments, auxquels le tribunal sera d'ailleurs tenu de répondre dans son jugement.

Il en résulte que la qualité de la décision de justice sera largement fonction de la qualité de la discussion contradictoire à laquelle le procès a donné lieu. Cette qualité ne se mesure plus dès lors, en ordre principal, par référence au contenu de la décision, ni même à la qualité de la motivation qui la sous-tend, mais dépend largement des conditions des débats, qui constituent le cœur du procès et dont la décision de justice n'est en quelque sorte que le point d'aboutissement. Le contrôle de qualité devra dès lors vérifier que les débats ont été conduits conformément aux règles de l'éthique de la discussion, c'est-à-dire, dans le langage du droit, aux droits de la défense ou aux garanties du procès équitable. Leur respect constitue une condition non pas suffisante, mais en tout cas nécessaire de la qualité et même de la légalité des décisions de justice. En d'autres termes, si le respect de ces règles ne garantit pas forcément que la décision finale sera juste, leur violation indique en tout cas qu'elle ne saurait l'être.

Le modèle procédural aboutit ainsi à la création d'une nouvelle forme de contrôle de qualité, qui va au-delà du classique contrôle du respect des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité exercé traditionnellement par les cours de cassation. Les normes de qualité procédurales sont énoncées par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui définit les garanties du procès équitable, au respect desquelles veille désormais la Cour européenne des Droits de l'homme³⁵. En pratique, le rôle de la Cour est très important quand on sait que la majorité des recours introduits à Strasbourg se fondent sur la violation de l'article 6 de la Convention. La Cour a élaboré au départ de ceux-ci les principes communs d'un droit européen de la procédure, qui sont connus et appliqués par les juridictions nationales³⁶. La Cour de Strasbourg s'impose ainsi progressivement comme une instance supranationale de contrôle procédural de la qualité de la justice européenne.

³⁴ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 [*Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993. - *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 1996]. Sur la critique du « monologisme » : B. FRYDMAN, *Le sens des lois (op. cit.)*, § 320, pp. 657-659.

³⁵ Quant au contenu de ces normes, voir dans le présent ouvrage la contribution de Mme Natalie FRICERO, « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ».

³⁶ Pour un exemple spectaculaire et discutable, voir l'arrêt de la Cour de cassation belge du 28 septembre 2006, qui rejette - sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme relative au délai raisonnable - le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, condamnant le législateur belge pour ne pas avoir affecté les ressources nécessaires au fonctionnement et à la résorption de l'arriéré des juridictions bruxelloises.

Le contrôle de qualité de l'administration de la justice et ses enjeux

Ce glissement d'une conception substantielle vers une conception procédurale de la qualité des décisions de justice en appelle aujourd'hui un autre, plus inattendu mais finalement logique et sans doute nécessaire, vers une conception managériale de l'amélioration de cette qualité. Dès lors que la qualité de la justice dépend du bon déroulement des procédures, il apparaît en effet indispensable de se préoccuper, de manière générale, des conditions dans lesquelles la justice est administrée et rendue. Ce mouvement est clairement perceptible dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme relative aux garanties du procès équitable. La Cour estime à cet égard que l'encombrement chronique du rôle d'une juridiction n'excuse pas le dépassement du délai raisonnable et que « l'article 6, § 1er de la Convention oblige les États contractants à organiser leur système judiciaire de telle sorte que les tribunaux judiciaires puissent remplir chacune de ces exigences, notamment celle du délai raisonnable »³⁷. La Cour n'hésite pas en conséquence à condamner, de manière répétée, certains États dont le système judiciaire n'est pas assez performant. Elle se réfère parfois, pour en juger, aux critères établis au sein même du Conseil de l'Europe, en particulier par la Commission pour l'efficacité de la justice (CEPEJ).

Les normes relatives à la qualité de l'administration de la justice sont très différentes des règles du procès équitable. D'abord, elles sont générales en ce qu'elles ne visent pas le traitement d'une affaire en particulier, mais la masse des contentieux et donc la gestion du contentieux de masse³⁸. Ensuite, elles concernent non pas tant le procès que le « *process* », c'est-à-dire non pas les procédures judiciaires proprement dites, mais plutôt les *processus de « production » de la justice*³⁹. Enfin, leur champ d'application est beaucoup plus large, puisqu'il s'étend à tous les paramètres qui affectent la qualité, l'efficacité et la légitimité du fonctionnement du service public de la justice⁴⁰. Elles concernent donc à la fois les conditions de formation, de nomination et de promotion des magistrats ; les moyens dont dispose la justice, en termes budgétaires, humains et matériels ; les conditions et la charge de travail des juridictions, leurs « performances », leur « rendement » ; les services offerts aux « usagers », c'est-à-dire aux justiciables, et le degré de satisfaction de ceux-ci, tel que le mesurent les enquêtes d'opinion ; etc.

Plusieurs facteurs contribuent à expliquer la montée en puissance de cette nouvelle approche de la qualité de la justice au cours de ces dernières années. On en relèvera trois qui diffèrent par leur nature, mais convergent dans leurs effets. D'une part, le processus de transition vers la démocratie et l'État de droit des pays ex-communistes d'Europe centrale et orientale. Cette transition, accompagnée et guidée en particulier au sein du Conseil de l'Europe, visait notamment à l'établissement dans ces pays d'un système judiciaire

³⁷ Cité par M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », *Journal des tribunaux*, 2007, pp. 433-439, spéc. p. 437 et les références citées.

³⁸ Voir à cet égard la contribution de Jean-Paul JEAN, « La qualité des décisions de justice au sens du Conseil de l'Europe », publiée dans le présent ouvrage.

³⁹ H. PAULIAT, « Processus, procédures : à la recherche de la qualité de la justice... », *CIAJ* n° 13. *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?*, pp. 305-325, spéc. pp. 306-307.

⁴⁰ Pour se faire une idée de cette question, voir l'ouvrage publié sous la direction d'E. BREIN, *Évaluer la justice*, Paris, P.U.F., collection Droit et Justice, 2002.

indépendant et impartial, garantissant aux citoyens un recours accessible et effectif à la justice, en vue de faire prévaloir le droit. Le modèle qui a été établi et recommandé à cette occasion a été pour l'essentiel repris et imposé, comme règles de bonne gouvernance démocratique, par l'Union européenne dans le processus conditionnant l'adhésion de ces États à l'Union⁴¹. D'autre part, pendant la même période, les gouvernements des États européens ont été alertés, parfois à l'occasion d'affaires ou scandales qui ont ému l'opinion publique et ébranlé sa confiance⁴², des graves dysfonctionnements de leur appareil judiciaire. Ils ont pris conscience de la nécessité de procéder à des réformes pour améliorer l'efficacité de la justice et restaurer sa légitimité. Enfin, cette période a coïncidé avec l'arrivée en Europe de la doctrine du « *new public management* », importée d'Amérique du Nord, qui a pour objectif d'appliquer, en les adaptant, aux administrations publiques en général et à la justice en particulier les méthodes et les techniques de gestion qui ont fait leur preuve dans l'entreprise afin d'améliorer la qualité du service public. C'est bien au sein de l'entreprise et dans la théorie du management qu'est né et s'est développé le concept de « qualité », ainsi que les techniques de contrôle et d'amélioration de la qualité, dont s'inspirent directement ou indirectement les réflexions et les initiatives en cours dans le domaine de l'administration de la justice.

Bien que cette nouvelle approche se situe dans le prolongement logique des précédentes, elle n'annonce pas moins une conception du contrôle de qualité fondamentalement différente de celles que nous venons de décrire. Le contrôle substantiel, de légalité ou de proportionnalité, et même le contrôle procédural empruntent la forme d'un contrôle judiciaire par lequel une juridiction, saisie d'un recours, met le cas échéant à néant ou condamne une décision judiciaire qui ne présente pas les qualités requises. Le contrôle de l'administration de la justice, même s'il prend à l'occasion la forme d'une procédure disciplinaire ou d'examen d'une plainte, recourt quant à lui à des techniques empruntées au management, qui relèvent de dispositifs post-juridiques sophistiqués, caractéristiques des processus de normalisation et de contrôle dans les sociétés avancées. Très schématiquement, ces dispositifs reposent sur la mise au point de normes de références, ainsi que d'indicateurs chiffrés (par exemple de mesure de la charge de travail des magistrats), de procédures d'évaluation périodiques (par exemple le nombre d'affaires traitées, de décisions rendues, la mesure de la qualité de celles-ci...), la définition d'objectifs de performance et de rendement (par exemple, la réduction du temps ou du coût de traitement des affaires), la construction d'outils et de structure de contrôle et d'appui (notamment des processus d'audit interne ou externe des juridictions), etc., autant d'instruments mal connus des juristes et étrangers à leur panoplie classique, mais qui ont fait ailleurs la démonstration de leur efficacité, parfois redoutable, en termes de régulation des comportements.

Il n'est dès lors pas étonnant que l'introduction de ces nouveaux dispositifs étranges suscite des inquiétudes, des réticences, voire des résistances au sein de la magistrature. Ces manifestations sont comparables à celles qu'on a pu

⁴¹ Je remercie le Dr. Daniela PIANA d'avoir attiré mon attention sur cette question et renvoie le lecteur intéressé aux travaux de cette chercheuse.

⁴² Comme, par exemple, l'affaire DUTROUX en Belgique et plus récemment l'affaire d'Outreau en France.

constater lors de la mise en œuvre de dispositifs similaires notamment auprès des médecins à l'hôpital ou des enseignants à l'école⁴³. Les principales inquiétudes des magistrats portent, d'une part, sur leurs conditions de travail, notamment par rapport aux « cadences » qui leur sont ou seront imposées afin d'engranger des « gains de productivité », et, d'autre part, sur la sauvegarde de leur indépendance, qui est le fondement constitutionnel de leur statut et la condition de l'exercice de leur mission⁴⁴. Ainsi, par exemple, l'usage d'indicateurs comme le taux de recours introduits contre les décisions d'un juge ou d'une juridiction, mais surtout le taux de réformation (ou de cassation) de ces décisions suscite la controverse notamment en tant qu'ils pourraient être vecteurs de conformisme ou mettre en cause l'indépendance du jugement⁴⁵.

J'y ajoute une autre préoccupation à l'association fréquente entre l'efficacité de la justice et « sa professionnalisation », qui peut conduire à une remise en cause explicite ou implicite de la participation à l'exercice de la justice des magistrats non professionnels, lesquels sont nombreux, en Europe, à siéger au sein de diverses juridictions⁴⁶. Cette position n'est pas nouvelle au sein des milieux judiciaires au sens large, loin de là, mais elle est contestable, non seulement en tant qu'elle considère uniquement en termes d'efficacité un problème qui concerne aussi la légitimité de l'institution judiciaire, mais aussi parce que, à mon avis et comme l'ont montré un certain nombre de réflexions récentes suscitées par l'affaire d'Outreau en France, elle sous-estime l'efficacité et les vertus du contrôle externe exercé par les magistratures citoyennes et le jury⁴⁷. C'est pourquoi il ne faut pas négliger et même, à mon sens, il est souhaitable de renforcer le rôle des citoyens dans le cadre des réformes visant à améliorer la qualité des décisions de la justice.

Ainsi, on le voit bien, le processus d'amélioration de la qualité de la justice soulève des questions importantes et délicates, et notamment celle de l'autorité en charge du contrôle. La détermination de l'instance de contrôle se pose en termes différents selon les pays et suscitera à coup sûr des querelles de pouvoir. On peut cependant d'ores et déjà dessiner une tendance générale. Pour des raisons de compétence, on imagine mal qu'il s'agisse d'une juridiction ; pour des raisons d'indépendance, on ne conçoit pas qu'il s'agisse d'un service dépendant du gouvernement ou du pouvoir exécutif en général⁴⁸. Ce sont dès lors les *conseils supérieurs de la justice ou de la magistrature*, dont l'institution tend à se généraliser en Europe, qui semblent s'imposer pour « piloter » ou superviser le processus d'amélioration du fonctionnement et de

⁴³ Sur ce point, voir : Ch. LAVAL, *L'école n'est pas une entreprise. Le néo-libéralisme à l'assaut de l'enseignement public*, Paris, La Découverte, 2003, en particulier le chapitre 11, p. 269 et s.

⁴⁴ A.-L. SIBONY, « Quelles leçons tirer des expériences étrangères ? », in *Évaluer la justice*, *op. cit.*, pp. 126-127.

⁴⁵ A propos de cet indicateur : E. CHANTREL, R. GIRAUD et S. GUIBAUD, « Quelques pistes d'analyse économique », in *Évaluer la justice (op. cit.)*, pp. 253-256.

⁴⁶ Voir notamment, en ce sens, la contribution dans le présent ouvrage d'E. VEYSSIERE, « La formation du magistrat judiciaire et la qualité des décisions de justice ».

⁴⁷ B. FRYDMAN, « Juge professionnel et juge citoyen : l'échevinage à la croisée de deux cultures judiciaires », in *La participation du citoyen à l'administration de la justice*, Bruxelles, Bruylant, collection « Les cahiers de l'Institut d'Etudes sur la Justice », 2007, pp. 13-29. – Sur cette question d'« accountability » de la justice, on lira : A. GARAPON et D. SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Paris, Seuil, 2006.

⁴⁸ Sur cette question et les tensions qu'elle suscite : A.-L. SIBONY, « Quelles leçons tirer des expériences étrangères ? », in *Évaluer la justice (op. cit.)*, pp. 124-125.

l'administration de la justice⁴⁹. Instances non juridictionnelles, mais indépendantes de l'exécutif et au sein desquelles siègent les magistrats, ces institutions trouvent même dans cette mission leur raison d'être et une cohérence à leurs missions diverses.

Pour autant, le processus d'amélioration et de contrôle de la qualité de la justice ne doit pas être pensé à une échelle ou dans un cadre exclusivement national. Il apparaît, à l'inverse, que les dispositifs utilisés, en tant qu'ils se fondent sur l'établissement d'indicateurs de mesure favorisent un mouvement de comparaison et par suite d'harmonisation de la justice au niveau européen et même au-delà. Les travaux de la CEPEJ en attestent⁵⁰ ; l'indicateur de la Banque mondiale sur le « niveau » d'État de droit aussi, encore que de manière plus contestable⁵¹. Au regard des difficultés rencontrées par certaines tentatives européennes visant à définir des règles de droit communes⁵², elles indiquent que la voie de l'harmonisation juridique européenne passe peut-être davantage aujourd'hui par une harmonisation des garanties de la procédure et du niveau de qualité du service public de la justice dans les différents États européens.

Cette nouvelle conception de la qualité de la justice manifeste peut-être aussi une forme de retour à la sagesse des Anciens, par laquelle nous avons commencé ce rapide survol historique. Aristote enseignait, en effet, que la prudence n'ayant pas d'essence propre qui la définit, on ne pouvait la définir que par rapport au comportement du prudent⁵³. D'où l'on peut déduire, notamment, que la qualité d'une bonne justice se mesure à la qualité de ceux qui la rendent habituellement. Le glissement contemporain du contrôle substantiel de légalité des jugements vers un contrôle de la bonne gestion et du bon fonctionnement des institutions judiciaires pourrait constituer une traduction postmoderne de cette antique maxime.

⁴⁹ Dans le même sens : H. PAULIAT, *op. cit.*, p. 321 et s.

⁵⁰ *Systèmes judiciaires européens*, édition 2006 (données 2004), Les études de la CEPEJ, n° 1, éd. du Conseil de l'Europe, 2006.

⁵¹ Voir sur ce point la contribution dans cet ouvrage de Th. KIRAT, « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique ».

⁵² Notamment le projet d'un Code européen des obligations.

⁵³ P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote (op. cit.)*, p. 33 et s., spécialement pp. 44-45.

La qualité des décisions de justice
au sens du Conseil de l'Europe

Jean-Paul JEAN
Avocat général près la cour d'appel de Paris
Professeur associé à l'Université de Poitiers⁵⁴

Ce colloque est à la recherche d'une théorie de la qualité de la décision de justice, donc de références normatives objectives (critères et standards). Pour clarifier l'approche, quelques distinctions fondamentales doivent être rappelées en préalable. Nombre de travaux engagés depuis plusieurs années concernent en effet trois niveaux différents de réflexion :

- la qualité des systèmes judiciaires, c'est-à-dire l'environnement organisationnel et fonctionnel du juge, qui concourt très directement à la qualité de son travail ;

- la qualité du processus judiciaire aboutissant à la décision : le *process* lui-même comme l'écrit Hélène PAULIAT. Quel que soit le fond de la décision, la qualité du procès, son caractère équitable, doivent-ils et peuvent-ils suffire à apporter une légitimité substantielle à la décision du juge ?

- la qualité de la décision judiciaire elle-même. Il s'agit de l'aboutissement, du résultat de ce processus. Mais reste encore la phase de l'exécution et la question de l'effectivité de la décision.

Une décision de justice intervient toujours à un moment donné, dans un environnement donné et il faut constamment avoir à l'esprit les interactions entre les différentes phases et composantes du processus judiciaire.

L'expérience du praticien, combinée avec celle des quatre dernières années au Conseil de l'Europe en qualité d'expert, après avoir beaucoup travaillé en France sur ces questions liées à la qualité de la justice et à son évaluation, offre l'avantage d'un regard libre, sous plusieurs angles successifs, concernant la production de celle belle maison, le Conseil de l'Europe.

Ce que propose le Conseil de l'Europe, c'est une référence normative intégrée d'un système de valeurs (celui de la Convention européenne des Droits de l'Homme) autour du concept central du procès équitable, le processus qui conduit à la décision. La Cour européenne des Droits de l'Homme distingue très concrètement, dans chaque arrêt, les décisions judiciaires qui ont respecté ce standard, de celles qui ne l'ont pas respecté⁵⁵.

Plutôt que de dresser un panorama exhaustif et fastidieux des éléments mis à disposition de la communauté juridique et judiciaire par le Conseil de l'Europe, nous allons voir comment ce thème de la qualité des décisions de justice est traité au niveau du Conseil de l'Europe et décliné par la CEPEJ, plus

⁵⁴ M. Jean-Paul JEAN préside depuis 2003 le groupe des experts « Évaluation » de la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ - Conseil de l'Europe) qui a rendu en octobre 2006 le rapport *Systèmes judiciaires européens* (www.coe.int/CEPEJ).

⁵⁵ Voir dans le présent ouvrage l'étude de Natalie FRICERO sur « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ».

particulièrement en ce qui concerne le débat qui lie « Évaluation » et « mesure de la qualité ».

Quels sont les « dispositifs judiciaires » que les États mettent au service de leurs citoyens pour que leur système de justice fonctionne de façon optimale selon des standards que l'on peut lire à travers la grille d'analyse du rapport « systèmes judiciaire européens » de la CEPEJ et qui sont supposés correspondre aux besoins des citoyens dans une société démocratique ? Derrière l'étude des normes et standards, c'est tout un système de valeurs qui est exprimé.

Seront d'abord évoquées les normes de fonctionnement d'un système judiciaire « labellisé » par le Conseil de l'Europe, attentif à sa propre qualité (I) malgré les contraintes liées à la montée des contentieux, que connaissent tous les pays (II). Partout en Europe émerge aussi la question spécifique de la légitimité de la décision judiciaire à travers le sentiment de justice et la confiance des citoyens dans celles et ceux qui rendent les décisions de justice (III).

I. Les normes de fonctionnement d'un système judiciaire « labellisé » par le Conseil de l'Europe, attentif à sa propre qualité

Deux objectifs sont à concilier pour qu'une décision de justice présente les garanties de qualité au sens du Conseil de l'Europe. En premier lieu, le respect des valeurs fondamentales - les standards de qualité de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Cette fonction classique et permanente du Conseil de l'Europe et de la Cour sera évoquée rapidement. En second lieu, une volonté aujourd'hui très affirmée, l'efficacité du fonctionnement du système judiciaire (ses moyens, ses résultats, ses performances) dans le cadre d'un processus de modernisation, question de l'efficacité qui sera étudiée de façon plus développée.

Il convient de distinguer le produit fini, les textes du Conseil de l'Europe - Conventions, Recommandations, rapports...-, du processus, qui aboutit à cette production normative⁵⁶. Ce processus s'inscrit dans une double confrontation que l'on peut lire à travers une analyse systémique. Confrontation institutionnelle, d'une part, entre les fonctionnaires internationaux, les représentants des États membres et les experts et, d'autre part, entre les individus aux cultures historiques, juridiques, différentes, aux modes d'approche et de raisonnement très diversifiés. Les informations échangées, les expériences mises en exergue constituent une mine d'informations, d'enrichissement réciproque. Le débat sur l'évaluation et la qualité de la justice est très symptomatique à cet égard.

Le lien entre qualité et évaluation

La qualité d'un processus, d'une décision n'existe pas en soi. Il faut d'abord définir des critères de qualité, des standards, et ensuite procéder à une évaluation. Cette évaluation implique un système de mesure auquel on

⁵⁶ La façon dont le Conseil de l'Europe élabore ces normes a été récemment analysée en matière pénale : P. PONCELA et R. ROTH, *La fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe*, Paris, La documentation française, Collection Perspectives sur la justice, 2006.

demande d'être objectif et pertinent. L'évaluation est confiée à un acteur ou à plusieurs, auxquels on demande évidemment une compétence technique indiscutable, l'utilisation d'une méthode scientifiquement reconnue, mais dont l'appréciation doit aussi être relativisée par son positionnement institutionnel. Savoir qui est le commanditaire et quels sont les termes et conditions de la mission d'évaluation constitue également un élément déterminant.

Ainsi l'évaluation d'une décision de justice - bonne, mauvaise, critiquable, raisonnable, adaptée, mal motivée, coûteuse... - sera-t-elle très différente - restons un instant sur l'exemple français -, selon qu'elle est formulée par le demandeur, le défendeur, les avocats, la presse, l'opinion, le médiateur de la République, le ministre de la justice, le ministre de l'Intérieur, le ministre du Budget, une équipe de chercheurs, le Conseil supérieur de la magistrature, un universitaire qui soutient une opinion doctrinale, voire le rédacteur de la décision...⁵⁷.

Au niveau européen, c'est une approche culturaliste qui paraît déterminante. Au sein du Conseil de l'Europe, sur le seul plan de l'approche technique de ces questions d'évaluation de la qualité, deux cultures administratives et juridiques s'opposent – ici comme dans d'autres domaines – issues respectivement du monde anglo-saxon et de celui des pays de droit écrit.

En ce qui concerne le système de mesure, les travaux du Conseil de l'Europe traduisent la montée en charge des concepts clé de la démarche qualité des administrations publiques, issue du *new public management*. La vulgate de la Haute administration européenne impose les méthodes du *benchmarking* et les *checks and balances* (ensemble des indicateurs de comparaison), les *input* et *output* (pour rapporter l'investissement dans un système judiciaire à ses résultats), termes qui marquent l'influence culturelle anglo-saxonne. Cette approche produit les systèmes les plus sophistiqués, dont les Pays-Bas sont le parangon, utilisant des batteries d'indicateurs intégrant le minutage théorique rationnel et le coût estimé d'une décision de justice à l'instar de notre système PMSI (Programme Médicalisé des Systèmes d'Information) de mesure des actes médicaux. En matière de justice, les néerlandais n'en sont d'ailleurs plus au concept de qualité, mais déjà à celui de « qualité totale », que l'on peut assimiler au « zéro défaut ».

Cette influence est considérable et le développement de ces systèmes d'évaluation fondés à partir de quelques indicateurs clé aboutissant à des *rankings* (classements) ne constitue plus seulement un enjeu dans le domaine économique mais aussi dans celui d'institutions, comme l'Université ou la justice, qui estimaient leurs performances ni mesurables ni comparables, en tant qu'activités de production intellectuelles⁵⁸.

⁵⁷ Ainsi, le commentaire immédiat d'une décision aux Cahiers du Conseil constitutionnel, ou la présentation quasi instantanée d'un nouveau texte, par un de ses rédacteurs en conditionne évidemment la première perception. L'on a même vu des magistrats commenter dans des revues juridiques leur propre décision ou celle approuvée ou infirmée par une juridiction supérieure...

⁵⁸ Sur ces points voir, en ce qui concerne la justice et les garanties des investisseurs, le très orienté Rapport *Doing Business* de la Société financière internationale de la Banque mondiale (www.doingbusiness.org) et le programme lancé par le Gouvernement français sur l'« attractivité économique du droit » (www.gip-recherche-justice.fr/aed.htm) : cf. B. du MARAIS (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, Paris, La documentation

Pour illustrer cette évolution au sein du Conseil de l'Europe, il suffit d'évoquer la dernière réunion du groupe de travail « Évaluation » de la CEPEJ, en partie consacrée à l'élaboration d'une grille simplifiée d'indicateurs clé sur le fonctionnement des systèmes judiciaires. Un expert d'un pays de l'ex-Yougoslavie, qui a étudié aux États-Unis d'Amérique les méthodes d'évaluation appliquées au système bancaire, a proposé, d'utiliser le système américain Court Tools (Trial Court Performance Measures) qui fournit les 10 indicateurs clé de performance d'une juridiction, dont le premier mesure la perception de la qualité des décisions elles-mêmes à travers la légitimité des juges :

1. accessibilité et impartialité (enquêtes auprès des usagers)
2. taux d'évacuation (ratio affaires entrées, affaires sorties)
3. durée des procédures
4. âge des affaires en stock
5. prévisibilité et effectivité de la date de l'audience et du jugement
6. qualité du dossier (proche des normes ISO)
7. taux de recouvrement des amendes
8. taux d'utilisation des jurés
9. taux de satisfaction des personnels de la juridiction (enquête)
10. coût par dossier⁵⁹

Cette approche est particulièrement intéressante sur le plan technique. Mais le travail au sein du Conseil de l'Europe, grâce à de réels échanges, évite les systèmes « clé en main » et le secrétariat permanent veille à l'équilibre idéologique entre les experts. Disposent en outre d'un statut d'observateur de la CEPEJ la Banque mondiale, la Commission européenne, le Mexique, le Japon, qui viennent y puiser des idées, mais aussi des organisations professionnelles européennes de magistrats judiciaires et administratifs, des greffiers et *Rechtspfleger*, d'avocats, huissiers et notaires. La contribution de ces professionnels permet à la fois d'éviter une approche purement technocratique et de construire des outils de comparaison acceptables et utilisables par tous.

L'utilisation de la méthode comparative, de la remise en contexte, se combine avec la volonté d'apporter des solutions concrètes et un appui aux pays les moins avancés, en particulier ceux de l'Europe de l'Est. La logique du Conseil de l'Europe n'est pas d'apprécier la qualité d'une décision qui ne peut résulter que d'un contrôle juridictionnel, en dernier recours de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Pour le Conseil de l'Europe, l'approche de la qualité ne peut être celle d'une décision isolée, mais dépend, dans le cadre d'une approche globale, de la qualité du système judiciaire, incluant les juges, les avocats, les greffiers, tout comme de la qualité du processus qui conduit aux décisions. C'est donc sur chacun de ces points que le Conseil recommande de faire porter les efforts d'amélioration, en particulier à travers les travaux de la CEPEJ.

française, 2006). Et, en ce qui concerne l'Université, voir le très contestable « classement de Shangaï ». Pour une critique de ce classement, voir M. HARFI et Cl. MATHIEU, « Classement de Shangaï et image internationale des Universités : quels enjeux pour la France ? », in *Horizons Stratégiques (Revue trimestrielle du Centre d'analyse stratégique)*, n° 2 (octobre 2006), Paris, La documentation française.

⁵⁹ Court Tools, National Center for States Courts 2005 (www.ncsonline.org).

L'approche du Rapport « systèmes judiciaires européens » de la CEPEJ

Ce rapport, dans son état actuel, ne constitue qu'un descriptif des systèmes judiciaires, qui permet une analyse de leur activité, et qui servira à terme de base à un véritable exercice d'évaluation. Il permet de comprendre l'organisation des systèmes judiciaires des États membres, les moyens mis en œuvre et leur activité. Dans un second temps, l'approche comparative sera approfondie à partir de tribunaux référents et d'expériences pilotes, de guides de bonnes pratiques et de méthodes d'évaluation permettant de distinguer « ce qui marche, et ce qui ne marche pas », inspirée de la méthode évaluative anglo-saxonne *what works*. Mais déjà, dans un premier temps la conception de l'enquête menée par la CEPEJ auprès des États s'est faite grâce à une approche conciliant principes directeurs et pragmatisme, dans laquelle l'influence française est sans doute perceptible.

La priorité du Conseil de l'Europe est la qualité du service rendu aux citoyens et des garanties offertes par les systèmes judiciaires. Pour les citoyens, la question de la qualité des décisions de justice intègre plusieurs composantes qui s'expriment depuis deux siècles, à travers la même antienne : lenteur, coût, incompréhension de la justice (complexité), caractère lointain et abscons. D'où le consensus des programmes politiques pour la justice : améliorer l'efficacité (les délais), donner les moyens (efficience, rapport résultat/investissement) et, concept désormais partagé, redonner confiance aux citoyens⁶⁰.

Deux approches sont possibles pour moderniser la justice et en améliorer la qualité en s'appuyant sur la démarche évaluative et de projet. L'approche « à la française », centrée sur l'État, et la réforme décidée et menée d'en haut. Les anglo-saxons ont démontré que cette démarche *top down* ne marche pas. C'est celle des effets d'annonce, des lois d'affichage, des hauts fonctionnaires qui s'adressent aux autres fonctionnaires.

L'autre approche, plus opérationnelle, est plus difficile. Elle part des besoins du citoyen, et essaye de mettre en œuvre concrètement une démarche d'amélioration, de motivation, de politique des ressources humaines, s'appuie sur l'évaluation. Il ne se tient pas une conférence européenne sans que l'on n'utilise le terme *bottom up* pour évoquer cette stratégie. Il me semble que seule une approche fondée sur une synergie entre les deux démarches permettra de réels progrès associant les praticiens. Le travail du Conseil de l'Europe aide à la fois à capter tout ce qui est positif dans les systèmes judiciaires pour le diffuser dans l'ensemble des États par le biais de recommandations, de *guidelines*, de travail en réseau de professionnels, juges, greffiers, avocats, huissiers... Là encore, les néerlandais, les pays d'Europe du nord, ont présenté au Conseil de l'Europe des démarches pragmatiques montrant que l'on peut réformer la justice en dehors des périodes de crise, contrairement à la France ou la Belgique.

⁶⁰ Sur ce dernier point, voir plus loin nos développements sur les enquêtes qualitatives menées auprès des usagers, lesquelles donnent des résultats différents et beaucoup plus riches que les simples enquêtes générales d'opinion

Cette méthode pragmatique de travail soutenue par la CEPEJ repose sur plusieurs axes : définir clairement des objectifs, fournir les moyens, dégager des consensus, associer et motiver les professionnels⁶¹.

Une formule revient constamment aux Pays-Bas, préalable indispensable à tout processus de modernisation : « qui est responsable de quoi ? ». Il n'est qu'à évoquer la complexité du schéma organisationnel de la justice française, plus encore dans le cadre de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances [LOLF] pour mesurer que la définition de ces responsabilités reste un immense chantier. Ainsi la dyarchie siège-parquet, l'échelon de la cour d'appel, les compétences entrelacées des chefs de cour et de juridiction et des secrétaires généraux, du service administratif régional et des directeurs de greffe...⁶²

Le concept d'efficacité appliqué à la justice

Par delà les différences entre les systèmes judiciaires, le thème dominant depuis quelques années en Europe paraît incontestablement être celui de l'efficacité, « tête de pont » de la modernisation. D'où l'intitulé et la place de la CEPEJ : célérité de traitement des affaires, réduction des délais et coûts pour une meilleure efficacité dans l'utilisation des fonds publics.

Ce débat est récurrent dans tous les États. L'indépendance des juges, les garanties du procès équitable, qui conditionnent directement la qualité de la décision, doivent désormais se concilier avec des objectifs de résultat et de performance. En France, ce débat est porté à travers la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances [LOLF], pour la justice comme pour l'Université. Un des principaux objectifs de la loi organique du 1^{er} août 2001, s'agissant de la justice, est ainsi formulé : rendre des décisions de qualité dans un délai raisonnable, au civil comme au pénal. Mais n'est-ce pas une double contrainte contradictoire qui est exprimée par cette formule ?

Le débat ne peut donc se réduire à celui de la qualité de la décision de justice, qui serait totalement étrangère à l'environnement dans lequel elle est rendue. C'est donc de *qualité sous contraintes* dont il s'agit : contraintes de la procédure, du temps, contrainte de la productivité, contrainte budgétaire ...⁶³.

La question des contentieux dits « de masse » est au cœur de ces problématiques. Il a mis en évidence, à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme que les principes du procès équitable ne s'opposent pas à une conception raisonnée des voies de recours⁶⁴, à la

⁶¹ Sur la méthodologie suivie par le rapport de la CEPEJ : J.-P. JEAN, « *Comment comparer l'efficacité des systèmes judiciaires européens* » lettre de la Mission de recherche Droit et Justice, mars 2007, pp. 12-13 (www.gip-recherche-justice.fr).

⁶² J.-P. JEAN et H. PAULIAT, « L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité », *Recueil Dalloz*, 2005, Chronique, p. 38 ; J.-P. JEAN et H. PAULIAT, « An evaluation of quality of justice in Europe and its developments in France », *Utrecht Law Review*, Volume 2, Issue 2, December 2006.

⁶³ Sur cette problématique, voir : G. CANIVET, « Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec les flux d'affaires dont sont saisies les juridictions ? », in M.-L. CAVROIS, H. DALLE, J.-P. JEAN, *La qualité de la justice*, Paris, La documentation française, 2002, pp 214 et suivantes.

⁶⁴ Absence d'un droit absolu de recours pour les affaires mineures, mais aussi absence d'un droit absolu au double examen d'une affaire : CEDH, *Delcourt c/Belgique* et *Sutter c/ Suisse*, 22 janvier 1984. Le Conseil de l'Europe quant à lui estime que « toute

procédure de filtrage pour l'accès à la Cour de cassation, à l'octroi sélectif de l'aide juridictionnelle. Ces restrictions au droit d'accès et au droit de recours ne sont admissibles et ne se concilient avec l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme que si elles tendent « à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé ». De même, les normes du procès équitable n'interdisent pas la mise en œuvre de procédures de jugement simplifiées ou la formalisation allégée de la décision de justice. La conclusion du Président Guy CANIVET est toujours d'actualité : « *Le moment ne serait-il pas venu de ne plus subir comme des contraintes et dans le désordre les décisions de la Cour EDH mais d'anticiper sur sa jurisprudence pour moderniser notre système de justice ?* ».

Le Conseil de l'Europe et en son sein, la CEPEJ, paraît totalement en phase avec ces propos, en s'appuyant sur les valeurs de la Convention européenne des Droits de l'Homme, en particulier sur les principes de l'article 6 pour moderniser nos systèmes de justice et élever leur niveau de qualité. Le fait que le même secrétariat du Conseil de l'Europe regroupe désormais, d'une part, l'activité du Conseil consultatif des juges européens, très vigilant sur les questions statutaires d'indépendance et d'impartialité et, d'autre part, la CEPEJ, montre la volonté de lier les deux objectifs.

Les principes du procès équitable ne sont pas incompatibles avec l'efficacité de la justice, car un autre principe irrigue les actions du Conseil : favoriser l'effectivité des décisions de justice, ce qui pose la question des délais et de l'exécution des décisions. La qualité de la décision de justice, pour le Conseil de l'Europe, c'est la qualité du processus et du débat qui mène à la décision. C'est ensuite l'effectivité de celle-ci.

Les Recommandations du Conseil de l'Europe intègrent depuis longtemps tous ces objectifs qui veulent concilier la promotion des Droits de l'Homme et le fonctionnement efficace de la justice. Depuis 1976 et ses deux premières résolutions relatives à l'assistance judiciaire, puis à l'aide juridique⁶⁵, au moins 16 recommandations ont été adoptées qui constituent autant d'instruments techniques et d'orientation permettant aux États membres de dégager des principes directeurs communs particulièrement utiles. Leur domaine d'application touche à la fois la justice pénale et la justice civile, insistant d'abord sur la nécessité de faciliter l'accès effectif au droit et à la justice⁶⁶. L'amélioration de l'efficacité constitue une priorité et doit être facilitée par le développement des modes alternatifs de règlement des litiges (en particulier la médiation et la conciliation)⁶⁷, la simplification des procédures⁶⁸, une meilleure

décision rendue par un tribunal inférieur devrait pouvoir être soumise au contrôle d'un tribunal supérieur » (Recommandation du 7 février 1995, R (95) 5 sur l'instauration de systèmes et de procédures de recours en matière civile et commerciale et l'amélioration de leur fonctionnement).

⁶⁵ Résolution (76) 5 concernant l'assistance judiciaire en matière civile, commerciale et administrative, adoptée par le Comité des ministres le 18 février 1976 et Résolution (78) 8 sur l'assistance judiciaire et la consultation juridique du 2 mars 1978 (www.legal.coe.int).

⁶⁶ En ce qui concerne les personnes en situation de grande pauvreté, voir la Recommandation R (93) 1 du 8 janvier 1993. Pour une approche comparée de l'aide juridique, voir : Sénat, Études de législation comparée, LC 137, juillet 2004.

⁶⁷ R (86) 12 du 16 septembre 1986, R (98) 1 du 21 janvier 1998, R (99) 19 du 15 septembre 1999, R (2001) 9 du 5 septembre 2001, R (2002) 10 du 18 septembre 2002.

organisation du travail⁶⁹ et le recours aux nouvelles technologies⁷⁰. Plusieurs textes insistent sur le rôle des professionnels et les garanties statutaires et déontologiques qui doivent encadrer ces dispositifs⁷¹.

Les travaux des représentants des États membres du Conseil de l'Europe ont continué, ces dernières années, à approfondir le thème des modes alternatifs de résolution des litiges. Mais une nouvelle priorité a été engagée concernant le fonctionnement effectif des systèmes judiciaires et la nécessité d'améliorer son efficacité. Cette priorité s'est dégagée naturellement du seul fait du développement des échanges bilatéraux entre les justices des différents États membres, pour améliorer la coopération et la construction des instruments juridiques internationaux sur des bases communes, en particulier les critères de qualité du fonctionnement des systèmes judiciaires fondés sur les principes directeurs du procès consacrés par la Convention européenne des Droits de l'Homme. Les objectifs assignés à la CEPEJ⁷² sont clairs : *« améliorer l'efficacité et le fonctionnement du système judiciaire des États membres, afin d'assurer que toute personne relevant de leur juridiction puisse faire valoir ses droits de manière effective, renforçant ainsi la confiance des citoyens dans la justice et permettre de mieux mettre en œuvre les instruments juridiques internationaux du Conseil de l'Europe relatifs à l'efficacité et à l'équité de la justice »*.

II. Le Conseil de l'Europe face aux contraintes quantitatives et qualitatives auxquelles sont soumis les systèmes judiciaires

Le Conseil de l'Europe préconise un double objectif : l'efficacité du système judiciaire et la qualité des décisions de justice. Mais la volonté d'efficacité, dans des systèmes judiciaires soumis à une pression quantitative croissante, est-elle compatible avec l'objectif d'assurer des décisions de justice de qualité ?

On parle beaucoup d'efficacité depuis que la CEPEJ a accédé à la notoriété. J'ai toujours été assez réticent vis-à-vis de cet intitulé qui ne correspond pas à un idéal de justice. Une justice seulement « efficace », c'est celle qui condamne 100 % des accusés, qui « produit » de façon taylorisée si nécessaire pour n'avoir zéro retard, zéro défaut, sauf celui de n'être plus la justice intégrant un facteur déterminant : l'incertitude. Sans aléa possible sur le fond même de la décision, peut-on encore parler de justice, a-t-on besoin de juges indépendants ?

Sans doute faut-il favoriser l'organisation rationnelle et soignée du bon emploi des budgets publics, une plus grande prévisibilité des décisions. Mais il ne faut pas réduire la justice à une machine aseptisée et destinée à produire des décisions standardisées⁷³. Il me semble que la seule justice de qualité est

⁶⁸ R (87) 18 du 17 septembre 1987.

⁶⁹ R (95) 12 du 11 septembre 1995.

⁷⁰ R (2001) 2 - 3 des 28 février 2001.

⁷¹ R (94) 12 du 13 octobre 1994 relative à l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges - Charte européenne sur le statut des juges de 1998 - R (2000) 19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale - R (2000) 21 du 25 octobre 2000 sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat.

⁷² Résolution (2002) 12 adoptée par le Conseil des ministres le 18 septembre 2002 (www.coe.int/CEPEJ).

⁷³ Sur cette question, dans son rapport à la nouvelle économie du système pénal, voir : J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième*

la justice « *garantiste* », aléatoire, pour toute personne contestant sa culpabilité ou l'étendue de celle-ci. Compte tenu des flux des affaires à juger, cette justice présentant toutes les garanties doit coexister avec une « *justice simplifiée* », standardisée pour les « contentieux de masse ». La condition est que cette justice « simplifiée » soit acceptée par les justiciables - qui doivent bénéficier de l'assistance d'un avocat pour que ce choix soit effectué en connaissance cause. Ces justiciables doivent toujours bénéficier d'un droit au refus de cette procédure ou d'un droit au recours, ainsi que l'exige légitimement la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et que le recommande le Conseil de l'Europe. Répondent à ces standards par exemple en « matière pénale » au sens de la Cour européenne des Droits de l'Homme : la médiation pénale, la composition pénale, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (« plaider-coupable »).

Les travaux du Conseil de l'Europe traduisent bien les évolutions auxquelles ont à faire face tous les systèmes judiciaires des États membres. Une des priorités d'action de la CEPEJ est d'éviter les retards injustifiés dans les procédures judiciaires, de réduire leur coût et d'augmenter leur effectivité⁷⁴. Pour réduire les délais de jugement, le Conseil de l'Europe avait déjà recommandé la diversification des modes de réponse de la justice pénale, le recours aux procédures simplifiées, en particulier celles fondées sur la transaction, de même qu'aux procédures de « guilty plea », la prise en compte des nullités de procédure uniquement lorsqu'elles portaient un préjudice réel aux droits de la défense ou de l'accusation, ou encore la spécialisation des juridictions⁷⁵.

La question des procédures simplifiées

Le Conseil de l'Europe raisonne à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme⁷⁶ pour laquelle les principes du procès équitable ne s'opposent pas à une conception « raisonnée » des voies de recours pas plus qu'à la mise en œuvre de modes de jugements simplifiés. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme relative à l'exigence de célérité du procès a défini les contours du délai raisonnable, formellement intégrée en France dans l'article préliminaire du code de procédure pénale par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, qui concerne tant la procédure d'arrestation que la mise en détention provisoire ou le jugement au fond. La Cour apprécie le délai raisonnable *in concreto*, en tenant compte des circonstances de chaque affaire, notamment sa complexité, le comportement

millénaire, Mélanges en l'honneur du professeur Jean PRADEL, Paris, Éditions Cujas, 2006, pp. 135-152 ; J.-P. JEAN, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *Actualité juridique Pénal*, décembre 2006, pp 473-480.

⁷⁴ Cf. le programme-cadre adopté le 15 septembre 2004 par le Comité des ministres : *Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible*.

⁷⁵ Recommandation n° R (87) 18 du 17 septembre 1987 concernant la simplification de la justice pénale.

⁷⁶ L'interaction entre les deux instances est telle que la CEDH fait désormais expressément référence aux travaux de la CEPEJ dans ses motivations. Cf. les § 73, 74, 239 et 240 de l'affaire *Sordino c/Italie* du 29 mars 2006.

du requérant et celui des autorités compétentes⁷⁷, critères repris par la Cour de justice des Communautés européennes⁷⁸. Mais cette volonté de célérité exprimée par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne peut aller jusqu'à la précipitation, qui remet en cause les garanties fondamentales du procès équitable⁷⁹.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a parfaitement admis les modes simplifiés d'exercice de l'action publique et de jugement en matière pénale. La question s'est essentiellement posée à propos des sanctions administratives de nature pénale, ainsi que de la procédure de transaction.

Une décision de justice n'est estimée efficace que si elle est exécutée et ce, dans un délai raisonnable⁸⁰. La Cour européenne des Droits de l'Homme a estimé qu'il pesait sur les États l'obligation positive d'organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6 §1, notamment quant au délai raisonnable. Cela implique notamment la possibilité du prononcé de sanctions par des organes non judiciaires mais présentant des garanties suffisantes. La Cour européenne des Droits de l'Homme – qui, en application du principe d'interprétation autonome des notions contenues dans la Convention européenne est indifférente aux catégories et qualifications juridiques de chaque droit interne⁸¹ – fait bénéficier des garanties de l'article 6 les procédures administratives et « quasi-judiciaires » qui présentent un caractère répressif indiscutable de par la nature et la gravité des sanctions encourues et prononcées. Elle a ainsi reconnu depuis longtemps le recours aux procédures simplifiées notamment en ce qui concerne les infractions légères dans le domaine de la circulation routière, afin de décharger les juridictions⁸².

La seule réserve est que ces sanctions administratives de nature pénale (au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme) respectent les principes du procès équitable (ou soient susceptibles d'un recours de pleine juridiction qui garantisse ces principes), en permettant efficacité et souplesse⁸³. Cette jurisprudence s'est appliquée plus particulièrement en France aux sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes, avec une jurisprudence particulièrement stricte

⁷⁷ Voir notamment : CEDH, *Ridi c/ Italie*, 27 février 1992 ; CEDH, *Pélissier c/ France* et CEDH, *Philis c/ Grèce*, 27 juin 1997. M.-A. EISSEN, *La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dossiers sur les Droits de l'Homme, n° 16, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1996 ; P. LAMBERT, « La notion de délai raisonnable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1991, pp. 3-19.

⁷⁸ CJCE, *Baustahlgewebe GmbH*, 17 décembre 1998, *RTDH*, 1999, p. 487, chronique de F. SUDRE.

⁷⁹ CEDH, *Makhfi c/ France*, 19 octobre 2004 : le fait de faire plaider un avocat à 4h25 du matin viole les principes du procès équitable et de l'égalité des armes.

⁸⁰ Ainsi, l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt doit « être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6 » (CEDH, *Hornsby c/ Grèce*, 19 mars 1997). Cette formulation fut reprise par le Conseil d'État (C.E., 15 mars 2000, *Allais*).

⁸¹ F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », in *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

⁸² CEDH, *Oztürk c/ République Fédérale d'Allemagne*, 21 février 1984.

⁸³ CEDH, *Albert et le Compte c/ Belgique*, 28 mai 1982.

de la Cour de cassation⁸⁴, même si les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation⁸⁵.

En matière de sanction sous forme de transaction, la Cour européenne des Droits de l'Homme a énoncé le principe selon lequel la renonciation au procès équitable n'est valable qu'à la condition d'être libre. Cette appréciation s'effectue *in concreto*⁸⁶. La transaction, comme toute peine négociée, est possible sous la seule réserve que la renonciation aux garanties traditionnelles du procès équitable soit libre et volontaire⁸⁷.

Les procédures transactionnelles en matière pénale constituent des décisions en réponse aux « accusations » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. La personne qui accepte la transaction et la sanction qui en est la conséquence a droit à la sécurité juridique si cette personne se déplace dans un autre pays de l'Union. La reconnaissance mutuelle des décisions de justice commande que les différences de procédures entre États ne fassent pas obstacle à l'effectivité des décisions « négociées » sur l'action publique entraînant extinction de celle-ci. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a développé une approche similaire à celle de la Cour européenne des Droits de l'Homme en assimilant la transaction à une procédure répressive mettant fin à l'action publique. En se fondant sur l'article 54 de la Convention d'application des accords de Schengen, la CJCE a estimé que la transaction passée par un trafiquant de cannabis avec le ministère public néerlandais empêchait, sur les mêmes faits, toute poursuite des autorités allemandes, du fait de l'extinction de l'action publique⁸⁸. Cette décision consacre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, quelle que soit la nature juridique de cette décision, condition même de l'effectivité de la coopération en matière pénale au sein de l'espace judiciaire européen.

Dans le respect des principes de la Convention européenne des Droits de l'Homme, au nom de l'efficacité et de l'effectivité du droit pénal, c'est donc tout un ensemble de procédures répressives simplifiées et négociées qui se développe au sein de l'espace judiciaire européen⁸⁹.

Pour schématiser à l'extrême, la décision de justice idéale est celle qui répond à l'ensemble des standards de qualité de la Convention européenne des Droits de l'Homme, tel que l'entend la Cour de Strasbourg. Mais partout en

⁸⁴ Cour de cassation, Chambre commerciale, *Société Campenon Bernard SGE c/ Ministre de l'Economie*, 5 octobre 1999.

⁸⁵ CEDH, *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne*, 19 décembre 1997, § 33. Voir : J.-P. COSTA, « Le droit à un tribunal et ses limites selon la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », in *La procédure dans tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Montchrestien, 2004, p. 159.

⁸⁶ CEDH, *Gusinsky c/ Russie*, 19 mai 2004.

⁸⁷ CEDH, *Borghi c/ Italie*, 20 juin 2002 : M.-A. BEERNAERT, « Négociation sur la peine et procès équitable », *RTDH*, 2003, p. 963 ; P. PONCELA, « Quand le procureur compose avec la peine », *Rev. Sc. Crim.*, 2002.638. Voir également : CEDH, *Kwiatkowska c/ Italie*, 30 novembre 2000 ; CEDH, *Håkanson et Sturesson c/ Suède*, 21 février 1990.

⁸⁸ CJCE, *Gözütok et Brügge*, 11 février 2003 (affaires jointes) : F Massias, « La transaction pénale », *Rev. Sc. Crim.*, 2003.625 - « La transaction est un moyen d'éviter l'effondrement du système judiciaire, en fournissant une réponse simple, rapide et efficace lorsque la politique pénale le demande » (Extrait des conclusions de l'avocat général DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER dans l'affaire *Gözütok*).

⁸⁹ L. IDOT, « Procédures communautaires quasi-répressives », *Rev. Sc. Crim.*, 2004, 178.

Europe se développent deux modèles de justice : d'un côté, la justice « garantiste » dont les critères de qualité répondent à tous les standards européens et, de l'autre, le modèle de justice simplifiée, voire automatisée ou traitée selon un modèle administratif. Leurs niveaux de qualité sont à l'évidence différents.

Ainsi, qu'y a-t-il de commun entre un jugement collégial civil contradictoire, très motivé, rendu par un tribunal de grande instance d'une part, et une injonction de payer, ou un jugement sur requête d'autre part ? Entre un jugement en matière d'abus de biens sociaux rendu à l'issue d'une procédure d'instruction d'une part, et d'autre part une ordonnance pénale, une composition pénale ou une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (« plaider-coupable ») à l'issue d'une enquête préliminaire se résumant à un constat et une audition rapide ?

Le seul point commun est que ces décisions s'appellent « décision de justice » et portent le paraphe d'un juge. Puisque la Cour européenne des Droits de l'Homme, au nom de l'efficacité et de la souplesse, dit que les garanties du procès équitable doivent être assurées, ou que doit être possible un recours de pleine juridiction qui les garantisse, il convient d'acter que la Cour accepte des décisions de niveau de qualité très différents, sous la seule condition de l'acceptation du justiciable, celui-ci étant clairement informé de ses droits à refuser la procédure simplifiée.

La CEPEJ intègre totalement cette approche et s'appuie sur les standards retenus par la Cour européenne des Droits de l'Homme pour définir la qualité minimum que tout système judiciaire européen doit assurer dans chaque hypothèse.

Les délais de jugement, l'effectivité des décisions, la protection des libertés dépendent des moyens mis à disposition du système judiciaire pour assurer une justice de qualité

La question des délais de jugement, tout comme celle de leur effectivité, est centrale pour la CEPEJ. La Cour européenne des Droits de l'Homme est tellement en phase sur ce point que désormais les objectifs et les travaux de la CEPEJ sont cités comme références dans plusieurs décisions⁹⁰.

Cette question des délais est encore plus prégnante quand elle concerne la liberté des individus. La protection des libertés nécessite un haut niveau de qualité de la justice qu'il appartient aux États d'assurer. Ainsi en est-il du délai raisonnable de jugement pour une personne en détention provisoire. Le récent arrêt *Cretello contre France* rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme le 23 janvier 2007 dans la ligne de sa jurisprudence, est exemplaire à cet égard.

La Cour a condamné la France pour dépassement du délai raisonnable entre le placement en détention d'un mis en examen et le jugement par la cour d'assises. M. CRETELLO a attendu 5 ans en détention provisoire avant de pouvoir être jugé. Tout en admettant, sur le fond, que la Chambre de l'instruction avait des motifs pertinents pour maintenir en détention l'accusé, elle lui a reproché d'avoir accepté un retard excessif mis par un expert à déposer son rapport - puisque, dit la Cour, le juge a toujours un moyen de réagir - et d'avoir pris en compte l'encombrement du rôle de la cour

⁹⁰ Ainsi, par exemple : CEDH, *Scordino c/Italie*, 29 mars 2006.

d'assises pour allonger le délai légal d'un an (article 181 du Code de procédure pénale) et accepter au final un délai de 18 mois entre l'ordonnance de mise en accusation et sa comparution. La Cour européenne des Droits de l'Homme rappelle, au regard des exigences d'un délai raisonnable (article 5 § 3 de la Convention), que les difficultés importantes de fixation du rôle de la cour d'assises, pourtant très réelles, ne pouvaient lui être opposées et qu'il appartient à l'État français de donner aux juridictions les moyens de fonctionner⁹¹. Cette jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme est désormais reprise au niveau national, comme le montre un arrêt (confirmatif) de la Cour de cassation de Belgique rendu le 30 juin 2006⁹².

III. La légitimité de la décision judiciaire à travers le sentiment de justice

Pour aboutir à des décisions de qualité, le Conseil de l'Europe soutient les politiques publiques qui permettent à chaque justice nationale de disposer des moyens humains et budgétaires suffisants et d'utiliser de façon optimale ces moyens grâce à des modes d'organisation et de gestion modernisés. L'impact du rapport de la CEPEJ sur la justice française est éclairant à cet égard. Ainsi, la comparaison avec l'Allemagne, pour tout observateur objectif, montre un écart budgétaire par habitant allant quasiment du simple au double, un écart confirmé par plusieurs autres études plus ciblées.

L'autre axe constant est celui des garanties que doivent présenter les juges pour assurer la qualité du système : garanties statutaires, indépendance, mais aussi garanties personnelles : mode de recrutement, honnêteté, professionnalisme (formation et compétences)⁹³.

Mais, quelle que soit la qualité des systèmes judiciaires, le respect ou l'acceptation de la décision de justice ne s'appuie plus seulement sur sa légitimité institutionnelle, elle doit aussi bénéficier de la confiance des citoyens. Le niveau d'exigence des citoyens européens vis-à-vis des institutions est aujourd'hui plus élevé. C'est ce que nous montrent en particulier les enquêtes qualitatives auprès des usagers effectuées dans un nombre de plus en plus grand de pays. A partir des éléments disponibles au Conseil de l'Europe et

⁹¹ La Cour rappelle à cet égard « qu'il incombe aux États d'agencer leur système judiciaire de manière à permettre à leurs tribunaux de répondre aux exigences de l'article 5 (voir, mutatis mutandis, *R.M.D. c. Suisse*, arrêt du 26 septembre 1997, Recueil 1997-VI, p. 2015, § 54, et *G.B. c. Suisse*, n° 27426/95, § 38, 30 novembre 2000) ».

⁹² « L'État belge commet une faute qui engage sa responsabilité à l'égard de ses nationaux lorsqu'il omet de prendre les mesures législatives susceptibles d'assurer le respect des prescriptions de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, lorsque cette carence a pour effet de priver le pouvoir judiciaire - et en l'espèce les juridictions bruxelloises - des moyens suffisants pour lui (leur) permettre de traiter les causes qui lui (leur) sont soumises dans le délai raisonnable (de 6 à 8 mois) qui a été défini.

Cette carence de l'État constitue une violation grave et caractérisée de l'article 6.1 de la Convention qui confère aux particuliers un droit subjectif à ce que leur cause soit entendue dans les conditions qu'elle énonce ; (...) sa méconnaissance peut être sanctionnée devant les juridictions de l'ordre judiciaire sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil ».

⁹³ Sur ces points, cf. les recommandations émises par le Conseil consultatif des juges européens (CCJE).

notamment au sein de la CEPEJ, l'on peut rapidement évoquer la question des attentes des citoyens puis un second point qui intéresse directement la qualité des décisions, celui des dysfonctionnements de la justice. C'est là où intervient de façon centrale la question de l'évaluation en termes de politique publique. Comment, à travers la démarche-qualité, mesurer et améliorer la confiance des citoyens dans celles et ceux qui rendent les décisions de justice ?

Les exigences de qualité exprimées par les citoyens

De plus en plus de pays européens ont une approche de la qualité via la mesure des demandes des citoyens et leur perception effective du fonctionnement de la justice. Mais avec des différences importantes tenant aux instruments de mesure de la demande. Par delà les enquêtes générales d'opinion, qui n'apportent rien – si ce n'est une connaissance sur la résonance médiatique à un moment donné (après l'affaire d'Outreau par exemple) – la France par exemple n'a mené qu'une seule fois en 2001 une enquête approfondie auprès des usagers effectifs de la justice. Dans plusieurs pays européens, des enquêtes régulières sont menées, au niveau national, comme au niveau local.

Les usagers de la justice

Ces enquêtes permettent de faire émerger des demandes beaucoup plus précises. Ainsi, il n'existe pas un usager-type, mais des usagers de la justice. La santé n'intéresse pas que les malades. La santé intéresse aussi les personnes bien portantes. La justice n'intéresse pas seulement les justiciables, c'est-à-dire les personnes qui agissent ou sont attirées en justice. La justice intéresse aussi tous ceux qui sont confrontés à un problème de droit et qui voudraient le résoudre. Donc, la question de l'accès à l'information juridique, de l'accès à la connaissance de ses droits est aussi fondamentale que celle de l'accès à la justice.

En conséquence, certaines revendications des professionnels de la justice, magistrats, avocats, fonctionnaires, correspondent à leur intérêt propre, parfois corporatiste, d'autres rejoignent directement l'intérêt des citoyens. Ainsi, le citoyen a droit à un juge disponible pour l'écouter, au cours d'une audience qui ne soit pas surchargée.

Les différentes enquêtes qualitatives menées nous apprennent qu'il n'existe pas un « usager-type », mais trois grandes catégories d'usagers de la justice :

- d'abord « les citoyens tout public », c'est à dire la masse des personnes à niveau d'information suffisant ;

- ensuite les « usagers institutionnels », les entreprises (par exemple les organismes de crédit ou d'assurance) qui disposent de services juridiques et qui comptent pour une part importante des contentieux civils et commerciaux, qui vont exprimer des revendications spécifiques sur la sécurité juridique, les délais, l'exécution des décisions ;

- la troisième catégorie est composée, à l'autre extrême, des publics en difficulté, pour lesquels tous les fonctionnaires ayant répondu aux enquêtes de terrain disent qu'il faut concevoir un accueil et une organisation spécifiques. Ces fonctionnaires disent tous consacrer plus de temps et d'attention aux personnes âgées, aux personnes handicapées, aux personnes illettrées, aux immigrés.... On doit aussi évoquer la catégorie spécifique des mineurs.

Il est évident que les exigences de ces différents publics vont elles mêmes être très différentes et qu'un véritable travail d'évaluation doit pouvoir répondre aux questions relatives à chacune de ces catégories. Une seconde dimension doit aussi être prise en compte, celle des professionnels de la justice. Les magistrats, les greffiers, les avocats sont à la fois prestataires de la justice et usagers. Disposer de bonnes conditions matérielles de travail, bénéficier d'un mode d'organisation et d'un encadrement performants, d'une formation permanente, tous ces éléments conditionnent pour beaucoup la qualité des réponses des professionnels de la justice au citoyen. C'est pourquoi plusieurs pays européens conduisent très régulièrement des enquêtes d'évaluation auprès de ces professionnels.

Que veulent les usagers de la justice ?

Il convient ici d'évoquer ici les usagers effectifs, c'est-à-dire un panel de personnes ayant eu affaire à la justice pour des questions précises et qui répondent à des enquêtes de satisfaction. Au niveau général, les usagers veulent une justice indépendante et impartiale. Ils expriment à la fois partout une forte attente et, selon les pays, des niveaux de confiance très divers. Les affaires médiatisées jouent à cet égard un rôle important dans la façon dont les opinions se forment.

Mais, quand ils se rendent dans un tribunal ou lorsqu'ils téléphonent, très concrètement, la première réponse dominante est que les usagers (personnes individuelles) veulent avoir affaire à des magistrats et des fonctionnaires courtois et compétents. Les citoyens veulent être informés sur leurs droits, être bien conseillés et pouvoir connaître la durée prévisible de l'affaire et son coût. Ils veulent de la prévisibilité, alors que la justice, par définition est aléatoire tant que la décision n'a pas été rendue. Ils veulent une justice compréhensible, qui les écoute, où ils aient leur place.

On voit ici combien le rôle de l'avocat est central, ceci ressort de toutes les enquêtes. Tant par son professionnalisme que par l'information qu'il peut donner sur tous ces points avant et après la décision.

Comment mieux répondre à leurs attentes ?

Là encore, un préalable méthodologique est nécessaire pour bien sérier les problèmes. Il faut introduire une distinction fondamentale entre deux types de missions : d'une part, les missions normales de la justice en tant que service public et, d'autre part, les missions qui touchent à l'essence même de la décision judiciaire, moment sanctuarisé dans les conditions rappelées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 1^{er} mars 2007

Il n'y a aucune difficulté à traiter tout ce qui touche à la « satisfaction-client » concernant le bon fonctionnement du service public de la justice : cela inclut les horaires d'ouverture du tribunal, l'accueil au guichet, l'accueil téléphonique, la qualité et les temps de réponse, les délais d'attente, la signalétique et les conditions matérielles d'accueil dans les locaux, l'accessibilité aux personnes handicapées.... La justice, comme toute administration, doit bien évidemment assurer ces services *minima*. La moindre des choses est que toute personne dispose de conditions d'accès dignes dans un tribunal. Il paraît inadmissible par exemple que, avant une audience de divorce, les parties aient à patienter ensemble pendant de longs délais dans un

même espace clos. Il n'est pas moins inadmissible qu'une personne soit convoquée comme auteur, victime ou témoin à 14 heures à une audience pénale et que son cas soit évoqué à 19 heures sans aucune information entre-temps.

A l'opposé, tout ce qui touche à la qualité de la décision judiciaire elle-même est d'une autre nature et peut faire l'objet de voies de recours. Si l'on ne peut toucher à l'indépendance du magistrat, l'on peut cependant agir pour garantir un niveau élevé de qualité pour tout ce qui entoure sa décision. Dans tous les systèmes judiciaires, doit exister vis-à-vis des juges un haut niveau d'exigence de compétence, de formation, d'impartialité, une bonne organisation du tribunal.

Un nouveau concept semble actuellement émerger en Europe, c'est celui de la prévisibilité, concernant les coûts et les délais de la procédure. La prévisibilité des coûts implique par exemple le devis estimatif d'un avocat sur ses honoraires, qui est loin d'être encore pratiqué partout. En ce qui concerne la prévisibilité des délais de procédure et de jugement, il s'agit d'une priorité de la CEPEJ développée dans son programme cadre : « *Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible* ».

La grille d'évaluation de la qualité des systèmes judiciaires de la CEPEJ intègre toutes ces questions spécifiques au citoyen-usager. La ligne directrice consiste à mesurer les conditions d'exercice effectif des droits d'un citoyen bien informé, bien conseillé, dans un système judiciaire de qualité, sur la base des critères édictés par la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Mais cela nécessite aussi un dispositif permanent d'évaluation interactive selon des méthodes rigoureuses, c'est-à-dire un dispositif élaboré avec les praticiens et mis en œuvre avec eux dans une logique de management et non de simple contrôle. Trois éléments dominants s'inscrivent dans cette démarche :

- l'information des citoyens. Toutes les juridictions devraient disposer d'un dispositif d'accès au droit, à l'information gratuite, d'une personne responsable de la communication, de l'information des citoyens, du traitement des demandes et des courriers quotidiens ;
- la réalisation régulière d'enquêtes nationales et locales de satisfaction des usagers et des professionnels, comme le développent de plus en plus de pays européens ;
- la mise en place de dispositifs de traitement des dysfonctionnements de la justice et des plaintes des justiciables. Ce dernier point peut être rapidement évoqué.

La lutte contre les dysfonctionnements

Les magistrats se sentent de plus en plus contraints par des exigences contradictoires, provenant des tensions entre exigences de productivité et de qualité.

Plutôt que de longs développements sur la qualité d'une décision particulière, il suffit d'illustrer cette question par l'exemple de l'affaire des époux ESNALT à propos d'un arrêt du 1^{er} juillet 1986 rendu par la Chambre commerciale de la cour d'appel de Rennes. Le président de Chambre leur écrit en 1995 pour reconnaître une erreur d'appréciation: « *J'ai reçu du premier président de l'époque la mission impérative de résorber coûte que coûte ce*

retard inadmissible. ... faire vite, très vite, au risque de faire trop vite. Le réexamen des pièces du dossier de l'affaire ...m'a laissé, et cet aveu me coûte, d'autant plus qu'il est inusité pour un magistrat, une impression désagréable d'arrêt plus ou moins loupé. ... J'atteste donc, ayant conscience d'accomplir un douloureux devoir, que la décision dont il s'agit a été rendue sous l'emprise d'un encombrement intolérable, et des mesures qu'il a fallu pour résorber cet encombrement... Difficultés de travail extrêmes qui ont été de nature à entraîner un dysfonctionnement dans l'administration de la justice. Ce dysfonctionnement n'a pas été sans incidence, au moins probable, sur la décision qui vous a été défavorable. Vous n'êtes donc, à mes yeux et en conscience, pas dépourvus de motifs de vous plaindre des conséquences très graves que ledit fonctionnement a peu avoir sur votre fortune ».

Sur le fondement de cette correspondance, le Tribunal de grande instance de Rennes – le 27 novembre 2000 – a condamné l'État à la réparation (pour la moitié du préjudice estimé) des conséquences dommageables de ce dysfonctionnement du système judiciaire.

Le rapport 2006 de la CEPEJ contient un chapitre consacré aux dysfonctionnements judiciaires et au traitement des plaintes, après tout le dispositif consacré à leur prévention par un meilleur fonctionnement. Trois types de dysfonctionnements ont été mis en lumière : la durée excessive des procédures, les arrestations et les condamnations injustifiées de personnes.

Il en résulte que 44 pays ou entités disposent d'un système pour évaluer l'indemnisation des personnes arrêtées illégalement et 43 pays pour des condamnations illégales. Dans beaucoup d'affaires, le montant de l'indemnisation financière pour une condamnation injustifiée (ou une arrestation) est basé sur la durée de privation de liberté. Dans une moindre mesure, les procédures d'indemnisation sont prévues pour les durées de procédures excessives. Moins de la moitié des pays [22 pays ou entités: Andorre, Autriche, Azerbaïdjan, Bulgarie, Croatie, Danemark, France, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pologne, Portugal, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suède, Angleterre et Pays de Galles (RU), Irlande du Nord (RU) et Écosse (RU)] indique avoir un tel système.

*

Le Directeur des services judiciaires néerlandais, lors d'une récente réunion du groupe des experts de la CEPEJ, a évoqué l'évaluation à laquelle son ministère avait procédé en décembre 2006, en s'appuyant sur trois indicateurs clé de bon fonctionnement de la justice :

- la productivité : concernant à la fois les chiffres, les délais et la qualité des décisions. L'évaluation était positive, une amélioration était constatée ;

- une enquête de satisfaction auprès des usagers. L'indicateur était lui aussi positif ;

- une enquête de satisfaction menée auprès des professionnels, qui donnait quant à elle des résultats négatifs. Ce dernier résultat s'expliquait par les deux premiers. Ainsi, les magistrats, qui depuis plusieurs années, avaient réalisé de gros efforts de productivité, sentaient une pression toujours plus forte sur chacun d'entre eux. Ils ont formulé trois demandes auxquelles le ministère a répondu positivement : la mise à disposition de moyens supplémentaires, un recours plus important à la collégialité, des lieux et des moments d'échange et de réflexion collective.

Cette approche pragmatique s'inscrit dans une vraie perspective de gestion des ressources humaines trop absente dans le monde judiciaire. La qualité des décisions de justice dépend d'abord de la qualité des femmes et des hommes qui les rendent et de l'environnement dans lequel ils exercent. Le Conseil de l'Europe nous apprend que le meilleur investissement pour la justice, dans toute l'Europe, est celui effectué dans le recrutement et la formation de juges disposant de moyens suffisants, respectueux du système de valeurs de la Convention européenne des Droits de l'Homme et attentifs à leurs concitoyens.

La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 § 1
de la Convention européenne des Droits de l'Homme

Natalie FRICERO
Professeure des Universités de la Faculté de droit de Nice
Directrice de l'Institut d'Etudes Judiciaires

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal établi par la loi, indépendant et impartial, apte à décider selon une procédure équitable, publique et raisonnablement rapide : interprété par la Cour européenne de manière dynamique et évolutive, sur le fondement de notions autonomes, l'article 6 § 1 a permis d'imposer aux États le respect d'un ordre public européen processuel et la mise en œuvre effective d'exigences toujours plus nombreuses, directement appliquées par les juges dans l'ordre interne.

La problématique à laquelle les organisateurs de ce Colloque m'ont demandé de répondre est de savoir si ces impératifs peuvent être considérés comme des critères d'une décision de justice de qualité.

2. Cette thématique peut surprendre. Élaborée en réaction contre l'arbitraire des pouvoirs publics, contre les comportements de négation de la dignité de l'être humain, la Convention européenne énonce des droits et libertés fondamentaux conçus comme des « droits-résistance », ainsi que des mécanismes efficaces de protection et de sanction des ingérences étatiques. Si l'on en juge par l'approche traditionnelle de la qualité de la justice, les critères de la CEPEJ pouvant servir de référence⁹⁴, la Convention européenne est aux antipodes des soucis de bonne gouvernance du service public, de montant des dépenses publiques, d'optimisation des moyens budgétaires, d'organisation des juridictions et des personnels judiciaires, d'évaluation des performances et des pratiques !

Je propose de démontrer qu'avec une nouvelle grille de lecture de l'article 6 de la Convention européenne, des critères de qualité essentiels peuvent être découverts (I), dont il conviendra de mesurer la portée (II).

⁹⁴ J.-P. JEAN et H. PAULIAT, « L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 598.

I- Les éléments du procès équitable : des critères de qualité de la décision ? Pour une nouvelle lecture de l'article 6 § 1 de la Convention européenne

3. Des liens indissolubles unissent le procès équitable et la qualité de la décision de justice. Le procès équitable n'est-il pas défini à travers des caractéristiques, des « qualités », supposées mettre en œuvre un procès idéal ? La qualité, selon le Petit Larousse, est ce qui fait la valeur ou le mérite, sur le plan intellectuel ou moral (étymologiquement, la qualité, du latin *qualitas* est une manière d'être, ce qui fait le mérite, la valeur, sur le plan moral, intellectuel). Comme le jugement est l'aboutissement d'une procédure, son résultat, la qualité d'un processus décisionnel et la qualité du jugement sont indissociables.

Un jugement de qualité n'est-il pas celui que rend un juge indépendant et impartial, à l'issue d'un processus équitable, public et rapide ? L'article 6 contribue certainement à la définition d'un jugement de qualité, si l'on veut bien adopter une conception « droit-de-l'homme » de la qualité de la justice, et non une conception « publiciste » d'évaluation de l'action politique, ou de démarche de qualité des services publics.

4. Cet aspect est essentiel. Le droit de recourir au juge est une prérogative individuelle, un droit fondamental à valeur constitutionnelle, qui garantit la protection des droits individuels et constitue l'ultime rempart contre les risques d'arbitraire des autorités publiques. Pour garantir ce droit, la décision de qualité doit sans doute être « juste », ce qui renvoie à un idéal de juste milieu, de compromis entre l'application d'une règle de droit générale et impersonnelle, fût-elle injuste, et la prise en compte des intérêts personnels nécessairement contradictoires des colitigants. Cet aspect ne résulte pas des dispositions de l'article 6, qui restent étrangères à l'essence de la décision juridictionnelle, à savoir la solution adoptée. Mais une solution a de fortes probabilités d'être juste sur le fond si le processus juridictionnel et le jugement lui-même sont soumis à des exigences de qualité.

A. Une approche « droit-de-l'homme » de la qualité des décisions

5. Certes, l'approche qualitative de l'article 6 n'englobe pas toutes les attentes des citoyens et des pouvoirs publics en termes de qualité des décisions. Elle reste étroitement liée à une conception « droit-de-l'homme » de la qualité de la justice, qui est probablement la plus importante, parce qu'elle permet de donner un contenu effectif à une véritable charte des droits du justiciable, d'accroître la qualité de la vie démocratique et d'assurer la prééminence du droit. Tous les critères de l'article 6 ont une double dimension, de technique processuelle (modalités procédurales mesurables en termes d'efficacité, de rapidité, comme le critère du délai raisonnable ou du caractère exécutoire des jugements) et de système de valeurs (justice impartiale, égalitaire, accessible, prévisible). Un critère juridique n'est jamais neutre, et les éléments de l'article 6 doivent être lus sous l'angle du Préambule de la Convention européenne, engageant les Etats au respect d'un « régime politique véritablement démocratique » et de la « prééminence du droit ». On peut considérer que les critères de l'article 6 constituent une « éthique démocratique » du procès civil et pénal.

B. Une approche « économiciste » de la qualité des décisions

6. En affinant l'analyse, on peut même trouver des fondements économiques aux critères du procès équitable. Il est certain que les règles de procédure s'inscrivent dans une logique de performance : le justiciable recherche l'efficacité par le recours à des moyens qui minimisent la dépense, pour un résultat déterminé, à savoir la satisfaction de ses intérêts privés. Pour faire en sorte que cette recherche individuelle puisse également maximiser le bien-être collectif, les critères d'une procédure de qualité doivent avoir deux objectifs majeurs :

- empêcher une partie d'exploiter le dispositif procédural pour mettre en place une véritable stratégie économique (en jouant, par exemple, sur la durée et le coût du procès) : on reconnaît immédiatement le critère du « délai raisonnable »

- lutter contre l'asymétrie de l'information qui permet à un plaideur de ne pas divulguer des moyens qu'il estime non conformes à ses intérêts, ou de les divulguer tardivement pour empêcher une défense pertinente...La procédure doit donc inciter les plaideurs à révéler l'information, elle doit réguler les comportements stratégiques. On reconnaît ici les critères du contradictoire, inclus dans l'équité, celui de l'égalité des armes.

II- La portée des exigences qualitatives

7. On peut distinguer deux séries de critères de qualité résultant de la mise en œuvre de l'article 6. Certains tiennent à l'élaboration de la décision de justice (reposant sur un processus de qualité) et d'autres à des exigences intrinsèques à la décision.

A. Les critères inhérents à l'élaboration de la décision de justice (la qualité du processus décisionnel)

a) *Le critère de l'égalité : un traitement procédural égalitaire des justiciables*

8. Les ruptures d'égalité entre les justiciables sont ressenties comme portant gravement atteinte à la qualité de la justice. Elles proviennent des inégalités de fortune face au coût des procès, mais aussi des inégalités de dotation des justiciables en capital culturel, scolaire, et elles entraînent la suspicion d'une justice à deux vitesses, le constat d'un inégal accès au juge, l'opacité de la tarification, la complexité des procédures, voire l'inutilité de certaines phases, la connivence qui unirait les professionnels (lesquels sont suspectés de complexifier les pratiques pour justifier leurs fonctions...) et qui exclurait les profanes. La Cour européenne tente de remédier à cette situation en imposant aux États des obligations positives d'aides matérielles à l'accès au juge (*Airey c. Irlande*), mais nous nous éloignons des critères de qualité des décisions de justice.

Plusieurs des exigences de l'article 6 de la Convention européenne contribuent à restaurer et à maintenir un équilibre des forces, une égalité des armes, pour que la décision soit finalement le reflet d'un compromis équilibré entre les intérêts antagonistes.

1° L'approche impartiale du litige est la première illustration.

9. L'exigence d'impartialité figure dans l'article L. 111-5 du Code de l'organisation judiciaire⁹⁵ dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale. S'il est difficile de la définir, on peut considérer qu'un juge est impartial lorsqu'il prononce sa décision après un débat contradictoire, sans préjugé à l'égard de l'une des parties.

L'application de l'article 6 de la Convention européenne a conféré à cette exigence une nouvelle dimension, tout en mettant en évidence les enjeux contradictoires qui en sous-tendent la mise en œuvre :

- d'une part, la protection des intérêts légitimes du justiciable suppose que la notion d'impartialité subjective (« ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance » (CEDH, *Piersack c/ Belgique*, 1^{er} oct. 1982), et d'impartialité objective ou fonctionnelle, soit largement entendue, qu'elle puisse couvrir toutes les situations dans lesquelles le comportement du juge n'engendre plus « la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables dans une société démocratique » (CEDH, *Piersack c/ Belgique*, 1^{er} octobre 1982 – CEDH, *De Cubber c/ Belgique*, 26 octobre 1984). Cet enjeu a conduit la jurisprudence à considérer que la liste des hypothèses prévues par le droit interne⁹⁶ n'est pas limitative⁹⁷. La Cour européenne, appliquant l'article 6 § 1, a adopté une conception pragmatique de l'impartialité : elle considère, aussi bien en matière civile qu'en matière pénale, qu'il faut examiner chaque acte du juge pour vérifier si sa faculté de liberté de jugement a été altérée parce qu'il a déjà participé à une décision juridictionnelle qui l'a amené à apprécier les mêmes faits, ou des faits analogues. A défaut, le juge peut valablement participer à un nouvel examen de l'affaire⁹⁸. La Cour européenne a facilité la tâche probatoire du requérant en se référant à la *théorie des apparences* (« justice must not only be done, it must also be seen to be done ») : si des circonstances objectives permettent de générer dans l'esprit du justiciable un doute sérieux, un soupçon légitime quant à l'impartialité du juge, la preuve de ces circonstances seule permet de considérer que l'exigence de l'article 6 § 1 est méconnue (*Sramek c/ Autriche*, 22 octobre 1984).

Encore convient-il que l'impartialité ne soit pas comprise comme un idéal de neutralité désincarnée, qui relèverait de l'utopie et déshumaniserait le juge...

- d'autre part, l'application de l'impartialité doit aussi ménager les impératifs pragmatiques de bon fonctionnement de la justice. Il faut éviter que les plaideurs utilisent cette exigence comme une arme contre le juge, qui a un droit tout aussi légitime à être respecté dans sa fonction, ou comme un instrument de stratégie procédurale pour remettre en cause indirectement la décision rendue. Il faut aussi que la « tyrannie des apparences » n'aboutisse pas à une

⁹⁵ « L'impartialité des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du présent code et celles prévues par les dispositions particulières à certaines juridictions ainsi que par les règles d'incompatibilité fixées par le statut de la magistrature ».

⁹⁶ Article 341 du Nouveau code de procédure civile.

⁹⁷ Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 28 avril, 1998, *Bulletin civil*, II, n° 155.

⁹⁸ Voir, par exemple, l'affaire *Morel c/ France*, CEDH 6 juin 2000, Recueil Dalloz, 2001, sommaires, p. 1062, observations de N. FRICERO : à propos du juge commissaire, habilité à statuer au fond sur l'issue de la procédure, parce que les pouvoirs qu'il a exercés pendant la phase d'observation sont seulement conservatoires et d'administration.

paralysie dans le fonctionnement des juridictions, qui seraient dans l'impossibilité de trouver pour chaque affaire un juge totalement neutre à toutes les phases de la procédure ! Cet enjeu a conduit la jurisprudence à une analyse *in concreto* raisonnable des rôles successifs du juge dans la procédure, et à établir un régime procédural restrictif de la possibilité de récusation du juge civil (article 342 du Nouveau code de procédure civile appliqué à l'article 6 § 1) : après la clôture des débats, le plaideur est irrecevable à invoquer l'éventuelle partialité du juge, que ce soit sous la forme d'un appel ou d'un pourvoi en cassation : il est présumé avoir renoncé à se prévaloir de l'exigence d'impartialité du juge⁹⁹. Cette règle a pour objectif évident d'éviter les manœuvres dilatoires destinées à obtenir l'annulation de jugement de condamnation).

2° Le respect du contradictoire en est une seconde illustration.

10. Pour la Cour européenne, la contradiction est inhérente à l'équité, elle « implique pour une partie la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que d'en discuter » (CEDH, *Ruiz Matéos c/Espagne*, 23 juin 1993). De cette exigence découlent de nombreux devoirs pour les juges. Ainsi, les parties ne peuvent-elles être jugées sans avoir été convoquées régulièrement et informées de l'existence d'une procédure. De même, le juge doit procéder à une discussion contradictoire avec chacun des plaideurs pour élaborer son raisonnement syllogistique, même s'il soulève d'office un moyen au droit. Le principe de la contradiction fait partie des principes directeurs de la procédure civile (art. 14 et suivants du Nouveau code de procédure civile), et on retrouve ce droit fondamental dans le respect des droits de la défense en matière pénale : ainsi, le tribunal qui requalifie les faits doit inviter le prévenu ou l'accusé à présenter ses observations (CEDH, 25 mars 1999, *Pélissier c/ France*).

En matière civile, la contradiction est soumise à une exigence de « loyauté » qui s'impose au juge¹⁰⁰ et que le juge doit faire respecter par les parties¹⁰¹ et qui conduit à un nouvel équilibre entre le juge et les parties, à un partenariat plus efficace entre le juge et les avocats (qu'il s'agisse d'intégrer en matière pénale les conséquences d'Outreau, ou en matière civile de mettre en application le calendrier de la mise en état).

L'effectivité de la contradiction suppose parfois la présence obligatoire d'un avocat. La Cour européenne considère que l'obligation de constituer un avocat n'entrave par le droit au juge, mais qu'elle constitue au contraire un élément d'une bonne administration de la justice (CEDH, 8 février 2000, *Voisine c/ français*, Recueil Dalloz, 2000, sommaires, p. 186, observations N. FRICERO). En matière pénale, la Cour européenne a considéré que le droit français doit

⁹⁹ Cour de cassation, Assemblée plénière, 24 novembre 2000, *Recueil Dalloz*, 2001, sommaires, p. 1067, observations de N. FRICERO.

¹⁰⁰ Cour de cassation, 2^e chambre civile, 11 janvier 2006, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1149, note de N. FRICERO : à propos de l'obligation pour le juge de solliciter des explications des parties sur les pièces manquantes au dossier et pourtant énoncées dans le bordereau de communication.

¹⁰¹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 7 juin 2005, *Droit et procédures*, 2006, p. 35, observations de N. FRICERO : à propos de la possibilité pour le juge de déclarer recevable une pièce fournie en délibéré, si l'adversaire en avait la possession et ne l'avait pas fournie, alors qu'elle avait une incidence importante sur l'issue du litige.

permettre à une personne d'être défendue par un avocat même lorsqu'elle ne comparait pas à l'audience (CEDH, 23 mars 2000, *Van Pelt c/ France*, Bulletin d'informations de la Cour de cassation, 15 juillet 2000, n° 880, p. 33).

3° Le maintien ou la restauration de l'égalité des armes est la troisième illustration

11. Cette égalité est « la possibilité est raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne désavantagent par l'une des parties de manière appréciable par rapport à la partie adverse » (CEDH, *Delcourt c/Belgique*, 17 janvier 1970 ; CEDH, *Borgers c/Belgique*, 30 octobre 1991). Elle suppose donc que le juge fasse bénéficier les parties d'une égalité de traitement dans la procédure. L'égalité des armes concerne tous les intervenants au procès. C'est à propos de l'avocat général devant la Cour de cassation que le problème s'est initialement posé¹⁰². Ce problème a cependant été résolu¹⁰³, et seul le Commissaire du Gouvernement devant les juridictions administratives est régulièrement mis en cause par la Cour européenne¹⁰⁴, récemment encore dans l'arrêt *Martinie contre France* du 12 avril 2006¹⁰⁵. La Cour sanctionne donc, une nouvelle fois, la « participation », la « présence », « l'assistance » au délibéré du Conseil d'État du Commissaire du Gouvernement, elle considère ces pratiques comme analogues et les juge non conformes aux apparences d'une bonne justice, l'intérêt supérieur du justiciable étant d'avoir la garantie que le Commissaire du Gouvernement ne puisse exercer une influence quelconque sur l'issue du délibéré. La Cour n'a donc pas vu de motif de s'écarter de sa jurisprudence *Kress contre France*¹⁰⁶. Malgré l'opinion en partie dissidente des juges COSTA, CAFLISCH et JUNGWIERT - qui insiste sur la nécessité d'accorder en la matière une marge d'appréciation certaine aux Etats et fait état de la réforme intervenue du fait du décret du 19 décembre 2005 et prévoyant une « présence muette » du Commissaire du gouvernement au délibéré¹⁰⁷ - ces décisions font apparaître que seule une modification profonde de la procédure devant les juridictions administratives permettra la mise en conformité du système français du Commissaire du gouvernement aux exigences de la Cour européenne.

12. Jointe au critère de sécurité juridique, l'égalité des armes bénéficie d'un renforcement inattendu dans le domaine de l'application immédiate des lois

¹⁰² CEDH, *Reinhard et Slimane Kaïd contre France*, 31 mars 1998, *Recueil Dalloz*, 1998, sommaires, p. 366, observations de G. BAUDOUX ; *Recueil Dalloz*, 1999, Jurisprudence, p. 281, chronique de V. HAÏM, p. 201 : à propos de la situation dans laquelle l'avocat général recevait communication de la totalité du rapport du conseiller rapporteur, alors que les parties n'avaient connaissance ni de ce rapport, ni des conclusions du parquet.

¹⁰³ J.-L. NADAL, « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 800.

¹⁰⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Bien lus, bien compris, mais est-ce bien raisonnable ? Toujours à propos du droit à un procès équitable et du "ministère public" », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 886.

¹⁰⁵ Sur cet arrêt, voir notamment : S. DEYGAS, *Procédures*, 2006, n° 6, pp. 56-58 ; Fr. ROLIN, *AJDA*, 2006, n° 18, pp. 986-992 ; L. SERMET, *RFDA*, 2006, n° 3, pp. 577-586 ; Fr. SUDRE, *RFDA*, 2006, n° 2, pp. 305-307.

¹⁰⁶ Voir dans le même sens : CEDH, *Malquarti contre France*, 20 juin 2006.

¹⁰⁷ Nouvel article R. 731-7 du Code de justice administrative : « Le commissaire du Gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part ».

nouvelles aux instances en cours. La Cour considère qu'une application immédiate, donc rétroactive, d'une loi nouvelle qui avantage soit les pouvoirs publics¹⁰⁸, soit un particulier face à un autre (CEDH, *Cabourdin contre France*, 11 avril 2006) entrave l'égalité des armes, ce qui est condamnable si l'Etat ne peut justifier d'impérieux motifs d'intérêt général.

b) Le critère de la célérité : une décision prononcée dans un délai raisonnable

13. Reprenant l'exigence de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, l'article L. 111-3 du Code de l'organisation judiciaire précise que « les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable ».

Le dysfonctionnement le plus fréquemment invoqué est celui de la lenteur excessive de la justice (même si les statistiques du Ministère de la justice révèlent que la lenteur de la justice est le plus souvent une critique infondée), que l'on impute à l'augmentation exponentielle des contentieux, à la mauvaise organisation des services, à la mauvaise gestion des ressources humaines, à un manque de transparence, à la complexité du système, au manque d'efficacité des mesures d'exécution des jugements... Mais il est évident que le délai doit rester « raisonnable », parce que la lenteur de la justice recèle parfois des fonctions positives (pédagogie du temps qui s'écoule, inconvénients d'une justice expéditive, nécessité d'un processus serein). Peut-on effectivement définir objectivement et universellement un délai raisonnable de règlement des différends ? Ne convient-il pas de considérer que le « délai de qualité » est un délai prévisible, accepté par le justiciable (voir la réforme du décret du 28 décembre 2005 en procédure civile devant le tribunal de grande instance : le calendrier de procédure est fixé, d'un commun accord, par le juge et les avocats des parties) ?

Plusieurs décisions récentes de la Cour européenne déclarent la violation de cette exigence¹⁰⁹.

14. Sans détailler les éléments du délai raisonnable, il convient d'insister sur les nouvelles charges qui pèsent sur les juges nationaux qui doivent faire preuve d'une diligence certaine en utilisant tous les pouvoirs que leur confère le dispositif législatif national pour accélérer le déroulement du procès¹¹⁰, et ce, quel que soit le type de procédure adopté - accusatoire ou inquisitorial - en contrôlant le déroulement les mesures d'instruction (l'expertise est très souvent mise en cause, et le juge de la mise en état se doit d'adresser des injonctions à l'expert, de sanctionner la carence des parties¹¹¹), en évitant les renvois

¹⁰⁸ CEDH, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/France*, 28 octobre 1999.

¹⁰⁹ Voir, par exemple : CEDH, *Latry contre France*, 23 février 2006 : à propos d'une instruction de 7 ans initiée par une constitution de partie civile ; cette instruction se termina par une ordonnance de non-lieu. Voir également : CEDH, *Bitton contre France*, 4 avril 2006 : à propos d'une procédure ayant duré 9 ans devant les juridictions administratives ; la Cour déplora qu'entre la saisine du tribunal administratif et le 1^{er} jugement avant-dire droit prescrivant une expertise, il se soit écoulé plus de 3 ans et demi.

¹¹⁰ CEDH, *Brochu c/France*, 12 juin 2001, *Recueil Dalloz*, 2002, sommaires, p. 689, observations de N. FRICERO.

¹¹¹ CEDH, *Galindo Carvalhoc c/ Portugal*, 23 novembre 1999, *Recueil Dalloz*, 2000, sommaires, p. 182.

d'audience non justifiés, en ne restant pas inactifs pendant de longues périodes¹¹².

B. Les critères liés à la décision de justice élaborée : la qualité du contenu de la décision

a) *Intelligibilité*

15. Le droit, métalangage encore largement ésotérique pour la majorité des justiciables, n'assure plus automatiquement l'autorité des professionnels qui en détiennent le monopole : on assiste à une désacralisation de l'institution judiciaire, et des auxiliaires de justice. La simplification du métalangage est donc un objectif de qualité. Mais elle n'est pas suffisante pour garantir l'intelligibilité et l'accessibilité des décisions rendues : ces qualités supposent une motivation pertinente, suffisante et accessible. La motivation est la condition de la lisibilité du jugement, de sa légalité et de sa légitimité.

16. Pour la Cour européenne, le droit d'être entendu par le juge oblige ce dernier à prouver, par une motivation adéquate du jugement, qu'il a bien entendu et examiné les différents arguments et prétentions des parties¹¹³. Elle sanctionne, par le biais de la motivation, l'absence de prise en compte par le juge des moyens des parties : par exemple, le premier président de la Cour de cassation ne peut pas rayer le pourvoi du rôle et refuser de dispenser le demandeur d'exécuter la décision, si le dossier révèle qu'il est en état de surendettement, et qu'il a obtenu l'aide juridictionnelle¹¹⁴.

Pour compléter cette obligation de motivation, il faut ajouter que le jugement rendu doit pouvoir être compris par le justiciable, et sa lisibilité dépendra de ses qualités de rédaction. La Cour européenne insiste sur la motivation qui doit permettre au justiciable de vérifier que ses moyens ont été réellement entendus, de comprendre la solution, de vérifier qu'elle n'est pas arbitraire et d'apprécier l'opportunité d'un recours, même si elle considère que la décision ne doit répondre qu'aux aux moyens formulés de manière claire et précise, ainsi qu'aux moyens pertinents, susceptibles d'exercer une influence sur la solution du litige. L'exposé des « opinions dissidentes » pratiqué par la Cour est-il un critère de qualité à reproduire ? Il contraste avec la consternante sobriété de la motivation des décisions d'irrecevabilité du Comité des 3 juges de la même Cour¹¹⁵.

17. La motivation traduit également le respect du justiciable : un juge qui utilise des termes injurieux ou peu flatteurs à l'égard du justiciable se montre « partial » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne¹¹⁶

¹¹² Voir par exemple, pour une procédure en droit du travail qui s'est éternisée : CEDH, *Seguin c/France*, 16 avril 2000, *Recueil Dalloz*, 2002, sommaires, p. 2573, observations de N. FRICERO.

¹¹³ CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*, *Revue Procédures*, 2000, observations N. FRICERO.

¹¹⁴ CEDH, *Annoni Di Gussola c/ France*, 14 novembre 2000, *Recueil Dalloz*, 2001, sommaires, p. 1062, observations N. FRICERO.

¹¹⁵ P. LAMBERT, « Motivation des décisions de la cour européenne et frustration des justiciables », *RTDH*, 2007, p. 211.

¹¹⁶ Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 14 septembre 2006, pourvoi n° 04-200.524.

b) Effectivité

1° Une force exécutoire effective.

18. Dans l'arrêt *Hornsby contre Grèce* du 19 mars 1997, la Cour européenne de Strasbourg a intégré le droit à l'exécution des décisions de justice dans les éléments du procès équitable. Elle a donc consacré ce que l'on pourrait nommer un droit à l'exécution nationale, que tout justiciable d'un État peut exiger sous peine d'engager la responsabilité européenne des autorités publiques, mais qui ne concerne que les jugements rendus dans un État déterminé et exécutoires dans cet État. Les travaux du Conseil de l'Europe ont depuis donné lieu à une Recommandation sur l'exécution du 8 août 2002 [CJ-EJ(2002)10].

Le caractère raisonnable du droit à l'exécution. La Cour européenne ne considère pas le droit à l'exécution comme un droit absolu, et deux séries de limitations doivent être observées.

En premier lieu, le droit à l'exécution est inévitablement confronté à d'autres droits fondamentaux. On songe ainsi au droit au logement, au droit de ne pas être exclu de la société, au droit à une vie décente, et plus généralement, à la protection de l'intérêt général que l'État poursuivi invoque pour justifier une exécution tardive où une absence d'exécution. La Cour européenne opère toujours un contrôle strict relatif à la juste proportionnalité entre le but légitime poursuivi par l'État et le droit à l'exécution des créanciers. Ainsi, elle considère que ce juste équilibre ne peut pas reposer sur la seule situation financière de l'État, en ce sens l'intérêt général purement budgétaire ne permet pas de mettre à l'écart le droit à l'exécution¹¹⁷. Elle exige que l'État puisse démontrer que le sursis à l'exécution d'une décision d'expulsion, par exemple, est justifié par la recherche d'une solution générale à un problème de logement¹¹⁸.

Ensuite, les dispositions mêmes de l'article 6 § 1 sur lequel est fondé le droit à l'exécution conduisent à en limiter le domaine en ce qui concerne les décisions. La Cour européenne fait une application rigoureuse de l'article 6 § 1 qui vise le droit à un procès équitable devant un tribunal qui décide sur une contestation portant sur un droit ou une obligation de caractère civil. Le droit à l'exécution, rattaché au procès équitable, ne peut donc concerner que des décisions qui tranchent une contestation, et ce, définitivement. Cela entraîne plusieurs séries de conséquences.

La première est qu'une décision qui ne tranche pas le fond n'est pas intégrée dans le champ de l'article 6 § 1 et ne bénéficie pas de l'attribut d'une exécution effective. C'est le cas, selon la Cour européenne, d'une ordonnance de référé qui prescrit mesure conservatoire¹¹⁹. Cette solution paraît rationnelle au regard des termes de l'article 6 § 1, mais elle doit être précisée. Si un juge intervient pour prendre une mesure conservatoire avant le jugement sur le fond, on conçoit que le procès équitable ne soit pas applicable, dans la mesure où sa décision n'a pas vocation à trancher une contestation. Il reste qu'il y a

¹¹⁷ CEDH, *Burdov c/Russie*, 7 mai 2002, *Droit et Procédures*, 2002, p. 290, observations de N. FRICERO.

¹¹⁸ P.M., *Lunari et Tanganelli c/Italie*, 11 janv. 2001, *Droit et Procédures*, 2001, p. 170, note de J. -P. MARGUENAUD.

¹¹⁹ CEDH, *Maillard Bous c/ Portugal*, 28 juin 2001, *Recueil Dalloz*, 2001, sommaires, p. 686, observations de N. FRICERO.

quelque paradoxe à exclure, notamment, le délai raisonnable du prononcé d'une telle mesure, alors qu'une urgence a pu être démontrée dans le recouvrement de la créance... Mais si la mesure conservatoire a été prescrite par un juge en exécution d'un jugement, elle devrait être intégrée dans le droit à l'exécution d'un titre exécutoire parce qu'elle est alors la conséquence d'une décision sur une contestation, et que l'article 6 § 1 ne devrait plus être exclu. De plus, toute la juridiction des référés n'est pas située hors du champ de l'article 6 § 1 : lorsque le juge des référés anticipe sur le fond, en ordonnant le versement d'une provision, la Cour de cassation le soumet à l'exigence d'impartialité et lui interdit de statuer ultérieurement au fond.

La deuxième conséquence est que seule une décision définitive au sens européen entraîne un droit à l'exécution. L'autonomie des notions européennes amène à préciser le caractère définitif. La Cour européenne a décidé¹²⁰ que le droit à l'exécution n'était pas attaché aux décisions qui sont encore susceptibles d'un appel, en raison essentiellement du risque d'infirmité ultérieure de la décision (en l'espèce, l'effet suspensif de l'appel était juridiquement incertain, mais la Cour estime que cette circonstance ne modifie en rien l'absence de droit à l'exécution). Cette limite est très importante : elle montre que l'exécution provisoire nonobstant appel, que l'exécution immédiate légale d'une décision susceptible d'appel, ne confèrent pas au justiciable un droit protégé par la Convention. La responsabilité européenne de l'État ne peut pas être mise en œuvre dans ces situations, même si le justiciable peut utiliser en droit interne toutes les mesures d'exécution forcée prévues par la loi.

19. Le rôle essentiel des huissiers de justice dans l'effectivité de l'exécution doit être noté. La Cour européenne a renforcé les obligations positives des États et contraint ces derniers à apporter assistance aux agents d'exécution qualifiés. Dans l'affaire *Pini, Bertani, Manéra et Atripaldi c/Roumanie* du 22 juin 2004, la Cour note à propos des tentatives d'exécution menées par un huissier de justice (qui avait été séquestré par un établissement recueillant des enfants qui s'opposait à un jugement d'adoption, § 183) que les huissiers de justice « œuvrent dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ce qui fait d'eux un élément essentiel de l'État de droit... à ce titre l'État doit prendre toutes les mesures nécessaires afin qu'ils puissent mener à bien la tâche dont ils ont été investis, notamment en leur assurant le concours effectif des autres autorités qui peuvent prêter main forte à l'exécution là où la situation s'impose, à défaut de quoi les garanties dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdent toute raison d'être ».

2° Une effectivité immédiate de la décision.

20. La Cour européenne considère que le droit au procès équitable englobe le droit à une exécution rapide et effective des jugements rendus¹²¹. Cette exigence fait peser des obligations positives sur les États d'organiser des instruments performants d'exécution, et la création de juges spécialisés dans l'exécution en est une des manifestations (juge de l'exécution en matière de procédures civiles d'exécution, juge de l'application des peines en matière

¹²⁰ CEDH, *Ouzounis c/Grèce*, 18 avril 2002, *Recueil Dalloz*, 2002, sommaires, p. 2572, observations de N. FRICERO.

¹²¹ CEDH, *Hornsby c/Grèce*, 19 mars 1997, *Recueil Dalloz*, 1998, p. 74, note de N. FRICERO.

pénale, juridiction régionale de libération conditionnelle...). Ces divers juges sont soumis aux règles du procès équitable, aussi bien dans les aspects organiques (indépendance, impartialité) qu'au regard des garanties procédurales (équité, célérité et publicité).

21. *In fine*, les exigences de l'article 6 § 1 conduisent la Cour européenne à imposer un véritable ordre public de la qualité de la justice, commun à tous les États du Conseil de l'Europe. Cette situation est sans aucun doute un facteur essentiel de crédibilité des systèmes judiciaires et de confiance légitime dans la justice.

Les jauges du juge. La justice aux prises avec la construction de sa légitimité
(Réflexions post-Outreau)

Antoine VAUCHEZ

Marie Curie *Fellow*
Institut Universitaire Européen de Florence
(Centre Robert Schuman)

Il y a le mot et la chose. Si l'on s'intéresse au mot, l'apparition de l'expression « qualité de la justice » est assurément un phénomène historiquement datable, relativement tardif au regard de la diffusion rapide de ce nouveau registre réformateur dans d'autres segments de l'Etat. Alors même qu'elle fait florès dès la première moitié des années 1980 dans le milieu émergent du conseil (cf. les cercles de qualité promus par l'Association française des cercles de qualité née en 1981) et qu'elle trouve, dès 1985, une reconnaissance comme modalité de la réforme de l'Etat sous l'impulsion de hauts fonctionnaires opposés aux doctrines libérales mais sensibles aux enjeux de gestion¹²², ce n'est en fait qu'à la fin des années 1990 que la qualité investit l'univers judiciaire. Le destin de cette thématique réformatrice est assurément lié sous ce rapport à deux magistrats, anciens secrétaires généraux du Syndicat de la magistrature ayant occupé des positions à nomination politique sous divers gouvernements socialistes (membre de cabinet, directeur de l'Ecole nationale de la magistrature...), Jean-Paul JEAN et Hubert DALLE. Sous leur impulsion, le thème connaît une réelle faveur à la Chancellerie entre 1997-2002 dans ses espaces para-académiques¹²³ comme dans ses enceintes d'expertise¹²⁴. Mais la carrière publique de ce concept s'est aujourd'hui largement détachée de ses premiers promoteurs et apparaît comme un des principaux mots d'ordre des réformes judiciaires. Si elle n'a jamais complètement évacué les autres registres d'action publique en vogue (ceux de la « proximité », de la « modernisation », etc.), la qualité de la justice fait bien aujourd'hui figure de sens commun réformateur pour toute une nébuleuse d'acteurs (hauts fonctionnaires, parlementaires, professeurs de

¹²² Voir ici les divers groupes de réformateurs comme l'association « Services publics » mais aussi le ministre de la fonction publique Jean LE GARREC. L'émergence de cette thématique dans le champ de la réforme de l'Etat est analysée en détail par Philippe BEZES, « La construction historique des politiques de réforme de l'Administration en France depuis les années 1960 : l'hypothèse d'un processus de différenciation intra-étatique », communication au VIIème congrès de l'Association française de science politique, septembre 2003, p. 17 et suiv. ; voir aussi Jacques CHEVALLIER, « Le discours de la qualité administrative », *Revue française d'administration publique*, n° 46, avril-juin 1988, pp. 287-309.

¹²³ Cf. le programme de recherche de la Mission de recherche « Droit et Justice » sur la qualité de la justice lancé en 2001, comme les séminaires de recherche consacrés par l'Ecole nationale de la magistrature à ce thème.

¹²⁴ La Commission ministérielle sur la qualité de la justice et l'évaluation des tribunaux de grande instance est ainsi installée en janvier 2000, sous la présidence d'Hubert DALLE. Cette Commission offre une première formalisation des pistes possibles en la matière.

droit, Conseil national des barreaux...) soucieux de rationalisation et de modernisation de l'institution judiciaire.

Si l'on considère au contraire la chose, à savoir l'ensemble de dispositifs mobilisés pour juger et jauger le fonctionnement de la justice, il faut bien convenir du fait que la qualité ne constitue en rien une préoccupation récente des milieux judiciaires. On pourrait même soutenir qu'en la matière, la justice bénéficie d'une certaine antériorité dans l'Etat français, ayant développé de longue date un attirail singulièrement sophistiqué de vérification/objectivation de la qualité de ce qui est accompli en son sein. Sous le terme générique de « procédure judiciaire », c'est bel et bien une forme de certification avant la lettre qui est proposée, assurant, de réquisitoires en ordonnances, d'audiences en jugements, et d'appels en cassations, la mutation progressive du dossier en produit fini porteur du « label » (judiciaire) de qualité¹²⁵. Celle-ci se juge *in fine* au regard de tout le travail d'homologation (tout le « contrôle-qualité » dirait-on aujourd'hui) dont le jugement devant la Cour de cassation fait figure de point d'aboutissement en même temps que d'étalon par excellence. La spécificité de ce mode d'évaluation de la décision judiciaire que protège aujourd'hui tout un ensemble de principes juridiques, notamment constitutionnels¹²⁶, consacre ainsi une forme d'auto-régulation du corps traditionnellement seul maître à bord quand il s'agit de juger de la qualité du travail juridictionnel de ses membres.

Cet écart entre le mot (au succès récent) et la chose (d'intérêt ancien) suggère une première piste. Derrière son évidence et son caractère forcément toujours désirable (qui pourrait refuser une « justice de qualité » ?), la diffusion du mot au cours des dix dernières années masque un coup de force quant à la chose. En valorisant une définition extra-judiciaire de la qualité, autrement dit la nécessité de juger du fonctionnement de l'institution à partir de critères gestionnaires (maîtrise des coûts, rationalisation de l'appareil judiciaire...) et juridiques (respect du *corpus* de principes du « procès équitable »), elle tend à remettre en cause le quasi-monopole dont disposaient les magistrats quant à l'évaluation de leur propre activité. Autrement dit, au travers des débats sur l'identification des critères, des principes (judiciaires, juridiques, politiques, gestionnaires ou autres...) et, *in fine*, des groupes (magistrats, parlementaires, professeurs de droit, fonctionnaires du Ministère de la justice, du Ministère de l'économie et des finances, ou autres...) chargés d'évaluer de la « qualité de la justice » se joue une lutte quant au « gouvernement » de la justice, c'est-à-dire aux acteurs, aux savoirs et aux institutions habilités à *jauger les juges*. De ce point de vue, par-delà les différentes acceptions qui entrent en concurrence, la montée en puissance récente de la thématique de la qualité s'apparente à une remise en cause des formes d'autorégulation caractéristiques de l'univers judiciaire, au nom d'une nécessaire rationalisation juridique et bureaucratique

¹²⁵ Pour une lecture en ce sens du parcours d'un dossier, on renvoie au travail de Bruno LATOUR, *La fabrique du droit. Ethnologie du Conseil d'Etat*, Paris, Editions La Découverte, 2002. Voir également plus loin, dans le présent ouvrage, le texte de Frédéric ROLIN sur « La qualité des décisions du Conseil d'Etat ».

¹²⁶ Sur ce point, la décision n° 2007-551 DC du Conseil constitutionnel du 1^{er} mars 2007 est venue confirmer les garanties constitutionnelles dont est entouré le processus proprement judiciaire en interdisant au législateur d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle ou en excluant « tout empiètement d'autorités administratives (en l'occurrence, il s'agissait du Médiateur de la République) sur une procédure juridictionnelle ».

du fonctionnement de la machine judiciaire (I). Cette grille d'analyse, qui pointe la déstabilisation des modes de fonctionnement traditionnels de la justice, permet d'apporter un éclairage nouveau à *l'affaire Outreau*, c'est-à-dire aux mobilisations qui se sont développées entre décembre 2005 et juin 2006 sur le thème de la crise de la justice¹²⁷. Dans ce cadre, celle-ci apparaît bien moins comme une forme de pulsion anti-institutionnelle irrationnelle de l'opinion publique¹²⁸, que comme le fruit de la conjonction, aussi éphémère qu'intense, des critiques au processus en cours de « modernisation » de l'activité judiciaire (II).

I- La « qualité de la justice » comme processus de rationalisation de l'activité judiciaire

Objet pendant longtemps d'une attention intermittente qui débordait rarement le cercle semi-public des professions juridiques et judiciaires, la justice intéresse désormais des réformateurs de tous poils qui en font un nouveau terrain d'expérimentation de leurs ambitions. Pour divers que soient les projets et les rhétoriques réformatrices, elles trouvent dans la thématique de la qualité, une sorte d'étendard. Loin de n'être qu'un changement du registre et des outils d'appréhension de la réforme, sa montée en puissance traduit une transformation plus générale des acteurs et des savoirs propres au « gouvernement » de la justice qui opère au détriment des élites judiciaires traditionnelles.

A. Entre « procès équitable » et « maîtrise des coûts »

On a montré ailleurs l'émergence à partir des années 1980 d'un « sens commun réformateur » en matière de justice¹²⁹, c'est-à-dire la formation d'un fonds commun de diagnostics et de solutions qui constitue la toile de fond de la majeure partie des réformes engagées depuis lors. Ce socle se construit à la rencontre de deux courants réformateurs eux-mêmes assez hétéroclites, mais qui ont en commun de construire un ensemble de standards de la qualité de la justice dont l'évaluation revient, en dernière instance, à des groupes extra-judiciaires, qu'ils soient professeurs de droit ou hauts fonctionnaires.

Le premier s'articule autour du thème de la « procéduralisation » de la justice. Il s'inscrit dans le contexte d'un retour des thématiques de « l'Etat de droit » à partir du début des années 1980 et s'appuie sur l'afflux des jurisprudences européennes (Cour européenne des droits de l'Homme, Cour de justice des Communautés européennes) et constitutionnelles dont on sait qu'elles sont particulièrement soucieuses des garanties procédurales apportées dans l'administration de la justice. Le travail de systématisation et

¹²⁷ Suivant en cela une distinction établie par Elisabeth CLAVERIE, on s'intéressera ici moins au procès lui-même qu'aux modalités par lesquels il est porté sur la place publique et aux controverses auxquelles il donne lieu, Elisabeth CLAVERIE, « Procès, affaire, cause, Voltaire et l'innovation critique », *Politix*, n° 26, 1994. Et, plus récemment, Luc Boltanski, Elisabeth CLAVERIE, Nicolas OFFENSTADT et Stéphane VAN DAMME (dir.), *Affaires, scandales et grandes causes : De Socrate à Pinochet*, Stock, 2007.

¹²⁸ En ce sens, voir Antoine GARAPON, Denis SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem*, Paris, Editions du Seuil, 2007.

¹²⁹ Antoine VAUCHEZ, Laurent WILLEMEZ (avec la collaboration d'Isabelle BOUCOBZA et de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ), *La justice face à ses réformateurs. Entreprises de modernisation et logiques de résistance*, PUF, 2007.

d'universalisation de ces jurisprudences engagé par un ensemble de professeurs de droit qui y voient le socle d'une nouvelle modernité juridique a conduit à redéfinir les différentes branches du droit et les différentes juridictions au prisme de nouveaux concepts tels que le « procès équitable » ou « l'apparence d'impartialité ». Pour divers qu'ils soient, ces investissements dans un droit savant de la procédure ont défini un ensemble de standards juridiques du procès qui tiennent à ses « principes directeurs » (droits de la défense, principe du contradictoire...), mais aussi d'une manière générale à l'organisation judiciaire (droit au recours effectif, droit au juge naturel, apparences de l'impartialité, double degré de juridiction...). Loin de n'être qu'un enjeu essentiellement technique bon pour les « spécialistes de la chicane » que sont les praticiens du droit, la procédure fait ainsi désormais figure de véritable socle fondamental pour l'ensemble de l'ordre juridique, une sorte de « droit commun de liberté, d'égalité et de fraternité »¹³⁰. Ce nouvel étalon de la « bonne justice » fait ainsi apparaître un nouveau *corpus* de principes d'évaluation indépendants des comportements du juge lui-même, et qui tiennent à la régularité *formelle* du procès. La notion « d'apparence d'impartialité » est tout à fait caractéristique à cet égard, qui cherche moins à garantir l'impartialité *subjective* du juge qu'à assurer celle *objective* de la fonction et de la procédure judiciaires. Cet étalon procédural, qui s'apparente à une entreprise de rationalisation/normalisation de l'écheveau complexe et hétérogène de juridictions françaises, touche en premier lieu les justices non-professionnelles. Sous ce rapport, les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes et autres cours d'assises font figure d'anomalie. Construites autour de principes *substantiels* de justice (équité, « intime conviction », exigences du cas d'espèce...), elles sont perçues de surcroît comme porteuses de risques juridiques lourds (partialité, corruption, erreurs judiciaires graves...) du fait de la proximité sociale du juge et du justiciable (issus du même milieu socio-professionnel via l'élection ou le tirage au sort) et de son incompétence juridique. Mais, ce nouveau *corpus* juridique touche également les juridictions dites « ordinaires » des magistrats de carrière dont la qualité est désormais jugée au regard de leur conformité à ces règles formelles aux dépens des définitions traditionnelles de l'activité judiciaire comme « art » incommensurable et irréductiblement singulier.

Le second courant réformateur s'articule autour du thème de la « modernisation administrative ». La constitution de la justice en enjeu spécifiquement bureaucratique, c'est-à-dire en problème de gestion et d'organisation, suit de près la montée en puissance au cours des années 1980 de la thématique de la « réforme de l'État » au cœur de l'agenda politique. Cette préoccupation n'est pas nouvelle, qui est traditionnellement portée par les élites administratives de la justice (« l'énarchie judiciaire » des hauts fonctionnaires de la Chancellerie)¹³¹. Mais, puissamment relayée par les réseaux réformateurs de la haute fonction publique, elle acquiert à partir du milieu des années 1980 une légitimité politique sans précédent. Longtemps considérée comme une administration à part au sein de l'État, justiciable du fait de sa mission particulière de solutions spécifiques, l'institution judiciaire n'a pas

¹³⁰ Loïc CADIET, Serge GUINCHARD, « Justice...s », *Justices*, n° 1, 1995, pp. V-VI.

¹³¹ Frédéric CHAUVAUD, *Le juge, le tribun et le comptable : histoire de l'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les savoirs et les discours, 1789-1930*, Paris, Anthropos, 1995.

échappé à la vogue modernisatrice. L'investissement financier croissant dans ce domaine n'y est sans doute pas étranger, la part de ce ministère dans le budget de l'État étant passée entre 1980 et 2004 de 1,06% à 2,13% (soit 5 959 millions d'euros) ; mais la montée en puissance de ces préoccupations gestionnaires s'inscrit d'abord dans le développement sans précédent d'un discours sur la « réforme de l'État » et dans la place croissante qu'occupent, dans l'activité des gouvernements, les considérations sur l'organisation, les moyens et les méthodes¹³². L'application de la Loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 (LOLF) qui soumet la Mission de recherche « Droit et Justice » à la même politique d'indicateurs et d'évaluation que les autres ministères ne constitue en fait que l'ultime avatar de deux décennies de projets de rationalisation administrative et gestionnaire auquel chaque gouvernement aura apporté sa pierre. Jaugée à l'aune de cet étalon, la « qualité de la justice » tient avant tout au respect d'un ensemble d'objectifs de « rendement », de « célérité » et de « maîtrise des coûts ». Dans ce cadre, les exigences spécifiques du temps judiciaire, temporalité définie au cas par cas par les acteurs judiciaires en fonction des exigences propres au cas d'espèce¹³³, comme celles de l'enquête elle-même (« frais de justice ») ne sont pas nécessairement compatibles avec la réalisation d'un service efficace et économe. En construisant des standards valables indépendamment des situations et des hommes, cette rationalisation bureaucratique de la « machine judiciaire » bouscule des professions judiciaires soucieuses de préserver l'autorégulation du monde de la justice.

Portés essentiellement par des professeurs de droit et des hauts fonctionnaires, ces deux courants rationalisateurs se sont croisés et hybridés à de nombreuses reprises au cours des vingt dernières années. Dominées par des hommes politiques issus de la haute fonction publique et des professions juridiques¹³⁴, les enceintes parlementaires chargées de la justice ont ainsi constitué le point d'aboutissement naturel en même temps qu'un des lieux d'hybridation de ces nébuleuses réformatrices. La multiplication parallèle des missions de réflexion et autres commissions ministérielles mobilisant universitaires, parlementaires, hauts fonctionnaires et juristes autour de divers projets de réforme de l'organisation judiciaire aura constitué un autre point de rencontre permettant la formation de consensus partiels entre ces deux prismes réformateurs.

B. L'activité judiciaire au prisme des « bonnes pratiques » (juridiques et gestionnaires)

Dans ce cadre, la qualité de la justice s'apparente essentiellement à un enjeu de « bonnes pratiques » juridiques et gestionnaires objectivable sous la forme de principes (apparences d'impartialité, procès équitable...) et

¹³² Philippe BEZES, « La construction historique des politiques de réforme de l'Administration en France », *article précité*, p. 4.

¹³³ Sur cette « dé-spécification du temps judiciaire », voir Jacques COMMAILLE, « La régulation des temporalités juridiques par le social et le politique », in François OST, M. VAN HOECKE (dir.), *Le temps et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 317-337.

¹³⁴ Sur la période 1996-2002, on a ainsi comptabilisé parmi ceux qui intervenaient dans les débats concernant la justice, 35,5% d'avocats, 6,6% d'anciens magistrats, 13,2% d'universitaires (très souvent professeurs de droit) et 12,5% de hauts fonctionnaires, in Antoine VAUCHEZ, Laurent WILLEMEZ, *La justice face à ses réformateurs*, *op. cit.*

d'indicateurs de rendement (plus grande rapidité, maîtrise des coûts) *extérieurs* à l'activité judiciaire elle-même. Dès lors qu'il est ainsi porteur d'une plus grande « objectivité » de l'institution judiciaire en organisant la calculabilité et la prévisibilité de son fonctionnement, dès lors qu'il tend à expliciter et à systématiser les critères du comportement attendu du magistrat, ce processus s'analyse comme une forme de *rationalisation* de l'exercice de l'activité judiciaire dont la légitimité tend à être jaugée au regard d'une régularité formelle (et non plus substantielle) qu'elle soit procédurale ou gestionnaire¹³⁵. Parce qu'elle repose sur un *système* toujours plus complet d'indicateurs liés logiquement les uns aux autres, cette rationalité de type formelle éloigne davantage encore l'activité judiciaire de sa définition comme *art* professionnel irréductible à toute forme de mise en équivalence et de mesure.

L'un des indices les plus frappants de ce mouvement de rationalisation est certainement la montée en puissance multiforme du chiffre dans l'univers judiciaire. Paradoxalement, en effet, l'émergence de la thématique de la qualité est indissociable de celle des indicateurs quantitatifs. Si le droit forme naturellement le langage commun et le terrain d'entente habituel des différents acteurs des politiques publiques de la justice, il partage aujourd'hui sa prééminence avec le chiffre qui fait désormais figure de passage obligé des débats sur la réforme. Longtemps objet de connaissances essentiellement impressionnistes et éparées, évoquée sur le mode lettré par les « gens de justice », la justice s'est en effet transformée au cours des vingt dernières années en enjeu quantitatif¹³⁶. Difficile aujourd'hui d'éviter la litanie des données chiffrées qui agrémentent invariablement tous les diagnostics et les discours sur la réforme. Le budget est évoqué de manière quasi-fétichiste pour souligner la faiblesse de la part de la justice dans les comptes de l'État (ou, au contraire, la nécessité d'une « maîtrise budgétaire »). Les chiffres de stock, de flux, ou de durée du contentieux, mais aussi ceux du montant de l'aide juridictionnelle (« l'unité de valeur ») sont attendus chaque année avec inquiétude par nombre d'acteurs. Des sondages sur l'opinion des usagers de l'institution judiciaire sont publiés périodiquement, d'autres scrutent la popularité de la justice dans l'opinion publique¹³⁷... Les palmarès des tribunaux ont également fait leur apparition dans la presse sur le mode et le modèle des palmarès hospitaliers conduisant les journalistes à pointer du doigt chaque année les « bons » et les « mauvais » élèves, les points forts et les points faibles¹³⁸. Parallèlement, la mise en œuvre de la Loi organique relative aux lois

¹³⁵ Cf. Max WEBER, *Sociologie du droit*, traduction française, Paris, P.U.F., 1986 ; et pour une analyse de la notion de rationalité (formelle ou substantielle) chez cet auteur, voir Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, L.G.D.J., Collection Droit et Société, 1995.

¹³⁶ S'il est vrai que la justice a été l'un des premiers terrains où s'est éprouvée et développée une statistique d'État par le biais du Compte général de l'administration de la justice criminelle dont la première édition remonte à 1827, le chiffre judiciaire est resté longtemps cantonné à la seule comptabilisation des litiges civils et pénaux dans le cadre des répertoires généraux civil et pénal, voir Michel PERROT, « Premières mesures des faits sociaux : les débuts de la statistique criminelle en France (1780-1830), in INSEE, *Pour une histoire de la statistique*, t. 1, 1977, p. 125-137.

¹³⁷ Pour une analyse critique de ces sondages, voir : Bastien FRANÇOIS, « Opinion (des justiciables) », in Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., pp. 937-941.

¹³⁸ Voir Patrick LEHINGUE, Florence GALLEMAND, Emmanuel PIERRU, Frédéric PIERRU, *L'introduction d'une démarche qualité dans le service public de la justice : inventaires*

de finances du 1^{er} août 2001 (LOLF) au ministère de la justice a conduit à la formalisation d'une batterie de 73 indicateurs¹³⁹ tandis que les organisations internationales se sont employées à leur tour à étalonner les institutions judiciaires mesurant, qui « l'attractivité économique » du système juridique¹⁴⁰, qui son « efficacité »¹⁴¹. Tout se passe comme si l'univers du droit et de ses professions s'était soudainement trouvé saisi par une forme de quantophrénie. La longue pénurie de données statistiques qui caractérisait un univers rétif à toute forme d'objectivation chiffrée de son activité et de ses pratiques a aujourd'hui laissé place à une forme de surabondance d'indicateurs et de chiffres. Sans évoquer ici plus avant les causes de ce phénomène¹⁴², on ne s'intéressera à ses effets. Parce qu'elle permet de mettre en équivalence et de comparer des biens et des procédés à bien des égards incomparables, la mise en chiffre constitue le vecteur privilégié de la montée en puissance d'étalons d'évaluation extra-judiciaires de la qualité de la justice. En faisant valoir la possibilité de mesurer et d'objectiver les pratiques judiciaires, elle est en fait une des modalités les plus efficaces de remise en cause de l'autorégulation de la justice et contribue de ce fait à la déstabilisation des mondes judiciaires traditionnels.

C. La déstabilisation des « mondes judiciaires » traditionnels

On aurait tort en effet de voir dans ces transformations des registres et des outils de la réforme, un simple changement de référentiel ou de paradigme en matière de politique publique de la justice. La centralité du chiffre indique l'importance prise dans l'univers judiciaire par différents types d'experts qui lui étaient jusque-là largement ou complètement étrangers, qu'ils soient

des difficultés et possibles analogies, CURAPP/Université de Picardie, Rapport pour la Mission « Droit et Justice », mars 2001.

¹³⁹ La circulaire budgétaire du 30 mai 2005 retient finalement trois objectifs d'activité civile et pénale (rendre des décisions de qualité dans des délais raisonnables en matière civile comme en matière pénale, amplifier et diversifier les réponses pénales) et un objectif de gestion budgétaire. Sur la mise en place de la Loi organique relative aux lois de finances au ministère de la justice, voir : *CultureDroit*, « Justice et LOLF » (dossier), n° 5, janvier-février 2006, pp. 44-59.

¹⁴⁰ Voir les rapports *Doing business (Pratique des affaires : éliminer les obstacles à la croissance)* publiés depuis 2004 par la Banque mondiale, lesquels envisagent dans 145 pays des indicateurs concernant le caractère positif ou négatif de l'environnement juridique et réglementaire des affaires. Sur ce point, voir le dossier « Regards économiques sur le droit » de la revue *Problèmes économiques*, 30 mars 2005, pp. 1-29. Il va de soi que la montée de cette appréhension économique du droit est indissociable du développement du mouvement anglo-saxon *Law and Economics*. Voir B. DEFFAINS, T. KIRAT (dir.), *Law and Economics in Civil Law Countries*, Elsevier Science, 2001 ; voir également, dans le présent ouvrage, l'article de Thierry KIRAT, « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique ».

¹⁴¹ Commission européenne pour l'efficacité de la justice du Conseil de l'Europe, *Evaluation des systèmes judiciaires européens*, 2006.

¹⁴² Pour pleinement comprendre le sens de cette mutation, il conviendrait sans doute de saisir un ensemble de transformations profondes de l'espace public (transformation du métier journalistique qui met désormais un point d'honneur à « pénétrer » les univers professionnels marqués par le secret et la fermeture, impérialisme de la science économique, intéressement des institutions internationales aux « variables » institutionnelles, centralité de la thématique de la 'maîtrise des coûts' au cœur de la réforme de l'Etat, etc.).

statisticiens, hauts fonctionnaires du ministère des finances, gestionnaires du Ministère de la Justice, experts en finances publiques, consultants... D'une manière générale, l'accélération des réformes administratives de la justice au cours des vingt dernières années ou le développement du *corpus* juridique du procès équitable vont de pair avec une recomposition des pouvoirs et des savoirs sur la justice. La montée en puissance de la thématique administrative tend à revaloriser, au sein du « gouvernement » de la justice, l'échelon central ou déconcentré par rapport à l'échelon local ou décentralisé, ainsi que la perspective des administrateurs par rapport à celle des acteurs judiciaires de terrain. Le développement au Ministère de la Justice et au Ministère de l'Economie et des finances d'un ensemble d'outils et de structures de gestion permettant un « pilotage » à distance de l'ensemble de la « machine judiciaire » s'accompagne ainsi de la réaffirmation de la position des élites et institutions administratives. De la même manière, la formation du *corpus* juridique du procès équitable construit comme étalon universel de la « bonne justice » tend à renforcer le rôle des juges européens et constitutionnel mais aussi de la doctrine juridique, dans l'évaluation de la qualité du travail des juridictions. Forme de rationalisation juridique savante, le « procès équitable » ou « l'apparence d'impartialité » marque notamment une revendication de magistère des professeurs de droit en la matière, revendication qui s'opère *in fine* aux dépens des savoir-faires et des usages professionnels développés par les juges eux-mêmes. Ainsi, ce double mouvement de rationalisation juridique et bureaucratique dépossède (partiellement) les professionnels de la justice de l'évaluation de leurs propres pratiques au profit de ceux qui sont, en dernière instance, les spécialistes de ces « systèmes » (juridique ou comptable), qu'ils soient professeurs de droit ou, de manière plus marquée, hauts fonctionnaires. Dès lors, ces transformations dans les registres, dans les outils et dans les acteurs engagent bel et bien une déstabilisation des « mondes judiciaires » traditionnels sommés d'accepter l'intrusion de ces nouveaux standards dans l'évaluation des « biens publics » judiciaires dont la singularité est désormais contestée de toutes parts.

II- L'AFFAIRE OUTREAU OU LA RATIONALISATION DE L'ACTIVITE JUDICIAIRE EN PROCES

Au regard de ces mutations au long cours dont on s'est contenté d'esquisser ici à grands traits les principales orientations, l'*affaire* Outreau prend un nouveau relief. De manière tout à fait frappante, la période relativement courte qui va du 1^{er} décembre 2005 (acquiescement par la Cour d'assises de Paris des « accusés d'Outreau ») au mois de juin (remise du rapport de la Commission parlementaire « chargée d'enquêter sur les dysfonctionnements de la justice dans le procès dit d'Outreau ») est un moment d'inversion - aussi éphémère que radical - des représentations dominantes de la « qualité de la justice ». Faisant retour sur les qualités extra-juridiques et extra-bureaucratiques (bon sens, humanité, humilité ...) dont le juge se doit de faire preuve dans l'exercice de sa fonction, comme sur les principes substantiels ou matériels d'évaluation de la « bonne justice » (équité, exigences propres au cas d'espèce, éthique professionnelle...), les mobilisations critiques qui s'engagent alors peuvent s'analyser comme une forme de résistance au processus de rationalisation juridique et bureaucratique décrit plus haut. Sans analyser ici le déroulement même de cette crise qui fait

éclater - l'espace de quelques semaines - les cadres et les cercles qui font ordinairement le débat sur la justice¹⁴³, on montre ici que l'intrusion d'acteurs (hommes politiques, ténors du barreau d'assises, chroniqueurs judiciaires...) mobilisant des représentations profanes de l'activité judiciaire contribue à dévaloriser brutalement ce qui était jusque là porté aux nues - les standards juridiques et gestionnaires jugés désormais incapables d'assurer une « justice de qualité », voire pervers car porteurs d'un risque de « déshumanisation » du processus judiciaire.

A. La « déshumanisation » comme prisme de la critique de la justice

Le retour sur l'*affaire* Outreau a eu pour effet inattendu de remettre en avant des représentations de la justice qui valorisent moins l'excellence juridique et l'exigence d'une 'bonne administration' qu'elles ne mettent en avant les savoir-faire du métier judiciaire jugés plus aptes à garantir la justesse et l'équité de la décision. Les interrogations philosophico-morales (« qu'est-ce que bien juger ? » ou « qu'est-ce qu'une décision juste ? ») qui s'étaient depuis longtemps trouvées marginalisées au profit de la construction des standards administratifs et juridiques (« comment bien administrer la justice ? ») refont ainsi surface. Tous l'indiquent en effet : formellement, juridiquement, le juge BURGAUD, comme ses collègues du parquet, ses collègues juges des libertés et de la détention, ses collègues de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel, aura chaque fois agi selon le droit en vigueur. Et pourtant, la soixantaine de magistrats – juges d'instruction, juges des libertés et de la détention, membres de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel, membres du parquet général...- qui aura été associée à un titre ou à un autre à ce dossier n'aura en définitive été d'aucun secours pour empêcher l'erreur judiciaire. En soi donc, le respect des garanties *objectives* du bon procès ne garantit en rien sa « justesse »¹⁴⁴. Ni le respect des garanties procédurales formelles du « procès équitable », ni l'excellence technique des magistrats concernés, tous passés par l'École nationale de la magistrature et tous bien notés, n'auront permis d'empêcher ce « naufrage judiciaire ». Comme l'indique ce journaliste judiciaire du *Monde*, « il y a le costume étroit de la procédure, et ceux qui le portent »¹⁴⁵. Ce diagnostic partagé est le point de départ d'une reformulation des enjeux et des objectifs de la réforme de la justice qui

¹⁴³ Sur ce point, on se permet de renvoyer à Antoine VAUCHEZ, « Le juge, l'homme et la 'cage d'acier'. La rationalisation de l'activité judiciaire à l'épreuve du 'moment Outreau' », dans Hélène MICHEL, Laurent WILLEMEZ (dir.), *Les juges non-professionnels, une légitimité contrariée ?*, Paris, P.U.F.-C.U.R.A.P.P., 2007.

¹⁴⁴ C'est d'ailleurs très exactement en ces termes que la Commission parlementaire « chargée d'enquêter sur les dysfonctionnements de la justice dans le procès dit d'Outreau » envisage son travail en se donnant pour objectif une énigme qu'un sociologue du droit ne renierait pas. Il s'agit en effet de « comprendre pourquoi la chaîne pénale, qui semblait avoir fonctionné conformément aux textes, avait pu aboutir à un tel désastre pénal et pourquoi notre système judiciaire, qui semblait avoir fonctionné conformément aux règles, avait pu engendrer une telle catastrophe judiciaire » (Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, Assemblée nationale, Document parlementaire n° 3125 du 6 juin 2006, « Avant-propos », p. 2).

¹⁴⁵ Nathalie GUIBERT, « La 'chaîne' judiciaire' révèle ses failles humaines », *Le Monde*, 10 février 2006, p. 10.

emporte une inversion frappante des critères à l'aune desquels est jugée sa qualité.

A travers la critique du juge BURGAUD, ce sont en effet les valeurs-clés de la rationalisation juridique et bureaucratique qui se voient nier leur capacité à fonder, à elles seules, la qualité de la justice¹⁴⁶. Les vertus prêtées jusque-là à la compétence juridique, savoir certifiable dont la détention est garantie par le diplôme de droit et le concours, paraissent bien incapables de garantir l'excellence du magistrat lui-même. Pire, les caractéristiques propres à la formation de type scolaire des magistrats qui fait dépendre la « qualité » du magistrat moins de sa personne que de son diplôme deviennent au contraire la marque du caractère aveugle et anonyme d'une justice saisie par un formalisme abstrait et déconnecté du réel. A l'enseignement théorique du droit et du métier judiciaire en vigueur dans des facultés de droit et une Ecole nationale de la magistrature jugées détachées des « réalités judiciaires » et des « attentes des justiciables », est opposée la valeur d'un noviciat pratique (stage, apprentissage sur le tas) et d'une plus grande proximité avec les praticiens (i.e. avocats) qui met les apprentis juges aux prises avec les exigences du terrain¹⁴⁷. En se déplaçant au siège de l'Ecole nationale de la magistrature à Bordeaux, pour l'une de ses rares sorties hors des locaux du Parlement, la Commission d'enquête parlementaire sur l'affaire Outreau marque d'ailleurs symboliquement cette inquiétude, qui s'exprimera par ailleurs dans son rapport final lorsque celui-ci souligne les insuffisances de la formation et en appelle à un rapprochement de la formation des juges et des avocats (via notamment un allongement à six mois du stage en cabinet d'avocat)¹⁴⁸.

Pris à partie pour son manque d'humanité, sa rigidité d'esprit et son arrogance, le juge BURGAUD devient ainsi le symbole des impasses et des dérives d'une justice obsédée par le respect d'indicateurs de performance juridique et gestionnaire, mais incapable de saisir les nécessités du cas singulier¹⁴⁹. Les qualités prêtées au « technicien du droit » figurent désormais autant de risques d'une démarche purement répétitive retirant toute place au doute et à la réflexion personnelle. Loin de garantir une justice de qualité, ce « lapin mécanique »¹⁵⁰, jeune produit brillant des filières d'excellence juridique¹⁵¹, paraît bien peu préparé pour faire face aux défis, aux dangers et aux risques d'un métier qui requiert « maturité » et « sagesse ». Pis, en lui

¹⁴⁶ A bien des égards, on trouve réactivées ici des oppositions qui s'étaient fait jour au moment de la création du Centre National des Etudes Judiciaires en 1958 (lequel est requalifié en Ecole nationale de la magistrature en 1970). Voir, sur ce point, Anne BOIGEOL, « La formation professionnelle des magistrats : de l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle, » *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 76-77, 1989, pp. 49-64.

¹⁴⁷ C'est d'ailleurs très explicitement en ce sens que se prononce le Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Paris en proposant à la Commission parlementaire, le 22 mars 2006, rien moins que la suppression de l'Ecole nationale de la magistrature au profit d'une formation dans le cadre d'une « grande école des métiers du droit » réunissant avocats et magistrats (« Ensemble... vers une meilleure justice », *Le Bulletin du Barreau de Paris*, n°11, 28 mars 2006, p. 2).

¹⁴⁸ Rapport fait au nom de la Commission d'enquête..., *op. cit.*, p. 443.

¹⁴⁹ Pascale ROBERT-DIARD, « Le juge Burgaud a donné l'image d'une justice aveugle », *Le Monde*, 10 février 2006, p. 1.

¹⁵⁰ Dominique DHOMBRES, « Un lapin mécanique », *Le Monde*, 10 février 2006, p. 10.

¹⁵¹ Jacqueline Coignard, « A l'école des magistrats, la technique règne en maître », *Libération*, 11 février 2006, p. 16.

laissant croire (à travers le culte de l'excellence technique) à sa toute-puissance, sa formation l'expose particulièrement au risque de partialité : faible résistance aux préjugés sociaux de son milieu social, docilité à l'égard de la hiérarchie, sensibilité aux « attentes » de l'opinion publique (ici, en matière de lutte contre la pédophilie)¹⁵²... Ainsi, dans une figure inversée, la maîtrise théorique du droit et des techniques d'enquête acquise à la faculté de droit et à l'École pourraient bien finir par menacer plus qu'assurer l'indépendance d'esprit même du magistrat. Dès lors, l'extériorité du juge par rapport au justiciable que garantit la voie méritocratique (par opposition à la voie élective) n'est plus alors une garantie d'impartialité mais devient au contraire une marque d'arrogance et d'inhumanité à l'égard du justiciable. C'est cette insensibilité qui frappe le plus dans l'audition d'un juge BURGAUD imbu de notions théoriques et qui sera resté « hermétique aux signaux d'alerte »¹⁵³ tout au long de l'enquête. Comme l'indique une journaliste judiciaire du *Monde*, « les parlementaires ont rencontré un jeune magistrat dépassé par les événements, incapable d'exprimer les sentiments qu'on attendait de lui »¹⁵⁴.

Cette inhumanité est perçue comme étant d'autant plus grave que les juges agissent le plus souvent seuls. Loin d'être une garantie d'efficacité et de moindre coût budgétaire, le caractère solitaire de l'enquête expose la justice au risque d'une « défaillance humaine »¹⁵⁵. Et la critique de la dérive technicienne de l'activité judiciaire glisse alors insensiblement vers celle des travers de la rationalisation bureaucratique. De positive, la préoccupation d'efficacité du « service public » de la justice délivrant son service à des « usagers », et ce dans des « délais raisonnables », devient l'indice d'une pression perverse à la productivité. Loin d'assurer la qualité des décisions rendues, cette culture de la performance administrative conduit le magistrat à se focaliser sur le « dossier », là où l'éthique judiciaire imposerait un traitement individualisé et personnalisé. Cette « justice d'abattage »¹⁵⁶ qui contraint à « bâcler les procédures » sous la pression des attentes de rendement produit en définitive plus d'effets pervers qu'elle n'en résout¹⁵⁷. Face à cet impératif de célérité, les nombreuses garanties procédurales propres à la thématique du « procès équitable » n'auront été en fait d'aucun secours pour les « acquittés d'Outreau ». Bien au contraire, par les multiples étapes qu'elle a conduit à mettre en place, elle multiplie les risques d'un « suivisme judiciaire »¹⁵⁸ qui

¹⁵² Jacqueline COIGNARD, « Burgaud vu comme un gamin apeuré », *Libération*, 10 février 2006, p. 13.

¹⁵³ *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête...*, op. cit., p. 155.

¹⁵⁴ Nathalie GUIBERT, « La 'chaîne' judiciaire' révèle ses failles humaines », *Le Monde*, 10 fév. 2006, p. 10.

¹⁵⁵ Frédéric CHEREAU, « Outreau, un magistrat trop seul », *Libération*, 24 mai 2005, p. 5 ; Nathalie GUIBERT, « Les affaires sensibles ne peuvent plus être instruites par un seul juge », *Le Monde*, 8 nov. 2004, p. 8.

¹⁵⁶ Laurent MOULOU, « Après Outreau, faut-il juger la justice ? », *L'Humanité*, 21 janvier 2006, p. 4.

¹⁵⁷ Journaliste judiciaire à l'époque en poste à *Libération*, Dominique SIMONNOT décrit alors dans ses chroniques hebdomadaires et dans son ouvrage *Justice en France* les « audiences surchargées, les procédures bâclées » (Dominique SIMONNOT, *Justice en France : une loterie nationale*, Paris, Editions La Martinière, 2003, p. XV).

¹⁵⁸ La Commission Outreau insiste ainsi tout particulièrement sur le copié-collé pratiqué « dans 95% des cas » entre l'ordonnance de mise en accusation du juge d'instruction et le réquisitoire définitif du procureur, c'est-à-dire entre le siège et le parquet, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête*, op. cit., p. 277.

ruine de l'intérieur toute l'efficacité protectrice prêtée au système de garanties procédurales savamment pensé (notamment) dans le cadre de la loi sur la présomption d'innocence du 15 juin 2000. Pis, ce système de garanties objectives du « bon procès » n'est pas seulement inutile mais – ici encore – potentiellement pervers car il organise, par la multiplication des étapes et des procédures, une chaîne d'irresponsabilités individuelles qui fait que personne n'a véritablement prise sur le dossier. Et cette critique rencontre un écho jusqu'au-delà d'une hiérarchie judiciaire qui semblait jusque-là acquise aux impératifs de la rationalisation. Le premier président de la Cour de cassation, Guy CANIVET, le dit en substance devant la Commission parlementaire : le problème, c'est que « la décision n'est finalement imputable à personne. Entre le parquet qui requiert, le juge d'instruction qui la demande, le juge des libertés qui l'ordonne et la chambre d'instruction qui la contrôle, la décision est partagée entre de multiples intervenants, chacun s'en remettant finalement à l'autre. En définitive, c'est la bureaucratie judiciaire »¹⁵⁹. Dans cette mécanique anonyme où chaque juge n'est plus qu'un rouage de la « machine judiciaire », c'est la question du « sens » (du sens de la justice) qui se perd au profit du respect des règles formelles.

Se dessine alors au travers de ces évocations critiques, le spectre wébérien de la « cage d'acier », face perverse du processus de rationalisation de nos sociétés : emportée par sa propre logique et évacuant progressivement les fondements éthiques et politiques qui la motivaient initialement, la recherche d'une justice efficace et d'un « procès équitable » finit par transformer le juge en simple « rouage » d'un système « aveugle », qui n'a d'autre raison d'être et de fondement que sa propre reproduction. « Jeune cadre obéissant », « dressé scolairement et socialement à la 'culture du résultat' », le juge BURGAUD évoque même à certains la « banalité du mal » d'un EICHMANN, figure grise et terne de la fabrique d'élites formatées¹⁶⁰. Dès lors, le principal dysfonctionnement de l'institution judiciaire, c'est moins le non-respect des standards juridiques et gestionnaires que cette « déshumanisation » d'une institution qui risque toujours de « broyer des vies humaines » au nom du « mythe d'une justice parfaite »¹⁶¹.

B. La réhabilitation des vertus de l'art judiciaire

En contrepoint de cette critique d'une justice prenant le justiciable dans un engrenage implacable, ce sont en fait les vieilles vertus de l'art judiciaire qui font ainsi retour¹⁶².

¹⁵⁹ Cité dans *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête, op. cit.*, p. 304.

¹⁶⁰ Emmanuel PONCET, « Burgaud, un cadre obéissant », *Libération*, 7 février 2006, p. 36. Cet article vaudra au journal *Libération* une condamnation pour diffamation publique au terme d'une action judiciaire formée par le juge BURGAUD.

¹⁶¹ Alain-Gérard SLAMA, « Le mythe de la justice parfaite », *Le Figaro*, 5 juillet 2004, p.10.

¹⁶² Sur ce modèle d'excellence judiciaire traditionnel, on renvoie aux travaux d'Alain BANCAUD, notamment : Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce (ou le culte des vertus moyennes)*, Paris, L.G.D.J., collection « Droit et société », 1993.

LES JAUGES DU JUGE : DEUX MODELES DE QUALITE DE LA JUSTICE¹⁶³

	RATIONALITE JURIDIQUE ET BUREAUCRATIQUE	ART JUDICIAIRE
MERITOCRATIE VS. NOVIAT PRATIQUE	Excellence technique vs. Proximité excessive aux parties (et à leurs défenseurs)	Inexpérience, immaturité vs. Savoir-faire
DISTANCE VS. PROXIMITE SOCIALE AU JUSTICIABLE	Impartialité vs. Corruption	Arrogance vs. Empathie
LENTEUR VS. RAPIDITE	Inefficacité vs. Efficacité du service public de la justice	Sérénité, discernement vs. Justice d'abattage, suivisme, inégalité des armes
FONDEMENT DE LA DECISION JUDICIAIRE	Droit, standards juridiques	Equité, empirie
GARANTIE D'INDEPENDANCE	Indépendance fonctionnelle	«Indépendance d'esprit»
CRISE DE LA JUSTICE	Crise de gestion (irrationalité)	Crise morale (déshumanisation)

Cet art professionnel traditionnel valorise moins l'inculcation théorique des savoirs techniques que l'apprentissage sur le tas d'un ensemble de savoir-faire essentiels au *métier* de juge. Savoir mener un interrogatoire et notamment des confrontations, apprécier à leur juste mesure les preuves, croiser utilement les informations, utiliser à bon escient les expertises, bien « gérer » la défense sont autant de qualités professionnelles essentielles à la réussite d'un procès qui ne s'apprennent pas à proprement parler, mais sont le fait d'une imprégnation via l'expérience du terrain. Mais cette maîtrise pratique (avoir un « nez » de juge en quelque sorte) n'est pas simplement affaire d'acculturation à un univers professionnel. Elle s'articule avant tout à un ensemble d'attributs extra-juridiques dont le juge est doté (ou pas) : comme l'indique alors l'avocat d'assises Georges KIEJMAN, « certains magistrats ne sont *jamais* aptes parce qu'ils n'ont pas les qualités requises (...): humanité et humilité »¹⁶⁴. « Sensibilité », « doute », « hésitations », « conscience morale », « maturation », ces valeurs étrangères à la rationalité formelle d'un droit

¹⁶³ On se permettra de rappeler qu'une telle opposition, construite sur le modèle de l'idéal-type, ne prétend pas *refléter* la réalité en ce sens qu'elle n'observe jamais à l'état pur. Elle constitue plutôt une stylisation permettant d'ordonner le réel dont la pertinence s'évalue à sa capacité à faire voir empiriquement un ensemble de relations et de régularités.

¹⁶⁴ Georges KIEJMAN, « Ce qui doit changer », *Le Monde*, 6 décembre 2005, p. 26. C'est nous qui soulignons.

organisé en système logique et complet s'imposent ici comme les vertus cardinales de la « bonne justice » parce que juger « est une affaire de conscience » en même temps que d'empirie¹⁶⁵. Dès lors, ce sont des attributs extérieurs au droit, à la gestion et à la procédure, qui permettent d'assurer l'indépendance réelle (« l'indépendance d'esprit ») nécessaire pour produire une décision de qualité.

Dans ce cadre, la « bonne justice » relève d'un art singulier – ni standardisable, ni reproductible – et qui reste irréductible à toute tentative d'objectivation sous forme de normes et standards généraux et impersonnels. Le temps judiciaire n'est ainsi pas susceptible de mesure et encore moins d'évaluation administrative ou juridique. Loin d'être contre-productives, la patience, la capacité d'écoute, la délibération (notamment via la collégialité de l'instruction) ou le contradictoire (via la participation systématique et non-formelle des avocats à la procédure) apparaissent comme autant de conditions d'une décision bien faite et exempte d'erreur. Aux enjeux de productivité et de rendement dans le traitement des dossiers sont ainsi préférées les exigences propres au temps forcément long – ou, en tout état de cause, adaptable – d'une décision judiciaire où seule la « culture du doute » permet la maturation nécessaire pour se déprendre de ses préjugés et de ses sentiments. Ce président de chambre à la cour d'appel de Paris le rappelle en indiquant, dans le sillage de Guy CANIVET, que « le juge qui rend la justice les mains tremblantes est celui qui se méfie de lui-même, de ses lacunes, de ses préjugés, de ses certitudes avant de prendre sa décision »¹⁶⁶.

Aux antipodes de « l'esprit de système », cet art judiciaire place les exigences particulières propres à chaque affaire (cette « irrationalité du cas particulier » dont parlait Max WEBER¹⁶⁷) au cœur de sa définition de la « bonne justice » : plutôt que les normes générales et impersonnelles du droit et de la gestion qui mènent au pire, c'est à une intelligence de la situation d'espèce qu'est appelé le magistrat : une interaction avec les parties aussi ajustée que possible à leurs caractéristiques sociales, professionnelles et humaines ; une prise en compte du contexte local et national ; une souplesse dans l'usage des catégories juridiques et des procédures qui conduit à ne pas juger seulement en fonction des règles écrites mais à évaluer la situation en termes d'équité. Ces exigences diverses forment ce que certains appellent une « éthique du juge ». Parce que, sans elle, « l'acte de juger perd tout à la fois sa valeur, son crédit et son autorité »¹⁶⁸, c'est elle qui doit dès lors prévaloir sur l'impératif juridique ou bureaucratique.

C. Une coalition réformatrice alternative ?

Comment alors comprendre ce retournement complet (bien qu'éphémère) des représentations des critères de la qualité de la justice ? Il tient sans doute avant tout au fait que l'affaire Outreau est l'occasion d'un élargissement sans précédent des acteurs intéressés au thème de la réforme de la justice, bien au-

¹⁶⁵ Guy CANIVET, « Nous rendons la justice les mains tremblantes », *Le Monde*, 7 janvier 2006, p. 21.

¹⁶⁶ Marcel LEMONDE, « Juger sans peur », *Le Monde*, 8 février 2006, p. 33.

¹⁶⁷ Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶⁸ Guy CANIVET, « Nous rendons la justice les mains tremblantes », *article précité*. On notera dans ce dernier texte la récurrence de termes renvoyant à la part humaine du jugement : « doute », « tension morale », « angoisses », « malaise »...

délà du cercle relativement restreint des « réformateurs » de la justice. Trois types d'acteurs au moins ont fait intrusion dans le débat sur la crise de l'institution judiciaire : des hommes politiques de premier plan, des chroniqueurs judiciaires, et des avocats pénalistes. Pour différents qu'ils soient, ils ont contribué à introduire le temps de cette crise, d'autres principes d'évaluation de la crise de la justice qui soulignent moins son irrationalité (du point de vue du droit ou de la gestion) qu'un processus de déshumanisation du processus de décision judiciaire.

Le rapport des hommes politiques à la question judiciaire a été analysé en détail dans *La justice face à ses réformateurs* à travers l'analyse de vingt années de débats parlementaires. Nous y indiquons notamment que, pour juristes qu'ils soient pour la plupart, les parlementaires qui participent aux discussions sur la réforme de la justice n'en restent pas moins toujours soucieux - par une sorte de point d'honneur politique - d'évaluer la qualité de cette institution dans des termes ni seulement juridiques, ni seulement gestionnaires, mais au regard de critères externes (parmi ces registres d'évaluation, la question de la représentativité sociale de la magistrature, celle de l'orientation politique des juges, ou encore celle de l'acceptabilité morale de leurs décisions¹⁶⁹...). Rappelant avec emphase qu'ils sont bien les représentants du peuple, les membres de la Commission parlementaire auront ainsi souligné la part proprement « humaine » des dysfonctionnements du procès d'Outreau. Relevant au fil des auditions les fautes et défaillances individuelles, les parlementaires auront ainsi contribué à pointer l'importance des qualités personnelles des magistrats. Les leçons qu'ils tirent de l'audition du juge BURGAUD vont en ce sens : faisant le constat de « ce manque d'humanité », le député UMP Jean-Yves HUGUON se demande ainsi « comment y remédier ? » ; ses collègues de parti Léonce DEPRez et Jean-François CHOSSY évoquent, l'un, des magistrats « sans expérience humaine »¹⁷⁰, l'autre, un « juge BURGAUD [qui] n'a pas la fibre humaine »¹⁷¹. A travers l'évocation des carences proprement individuelles du juge BURGAUD, les parlementaires trouvent ainsi l'occasion de re-dire leur rôle de garant et de protecteur des droits de ce « peuple » au nom duquel la justice est rendue et dont ils entendent assurer en dernière instance la représentation.

Mais cette appréhension des dysfonctionnements du procès Outreau comme révélateurs d'une « déshumanisation » de la justice est également relayée par des avocats d'assises et des chroniqueurs judiciaires. Sans doute parce que nombre d'entre eux ont « fait » Outreau, c'est-à-dire suivi l'un ou l'autre des deux procès d'assises, expérience collective décrite comme particulièrement intense par ceux qui y ont pris part¹⁷². Mais aussi parce que ce

¹⁶⁹ Pour un exemple du premier cas, voir les débats récurrents autour du collègue électoral des juges consulaires ; pour le second, voir les controverses non moins récurrentes sur les « juges rouges » ; pour le troisième, voir les discussions autour de l'arrêt Perruche de la Cour de cassation.

¹⁷⁰ Cité dans Nathalie GUIBERT, « La 'chaîne' judiciaire' révèle ses failles humaines », *art. cit.*

¹⁷¹ *Le Progrès - Lyon*, 10 fév. 2006, p. 8

¹⁷² La chroniqueuse judiciaire du journal *Le Monde*, Pascale ROBERT-DIARD qui, elle, n'a « fait » que le second procès Outreau [les assises de Paris] évoque ainsi ceux qui « ont 'fait' Outreau, comme on dit d'autres, dans le jargon du métier, qu'ils ont 'fait' l'Irak ou le Rwanda » (Pascale ROBERT-DIARD, « A travers le nouveau procès d'Outreau, la justice en appel », *Le Monde*, 3 novembre 2005, p. 10).

cadre de l'affaire Outreau s'inscrit dans le prolongement direct d'identités professionnelles qui ont en commun de valoriser les qualités proprement humaines des acteurs judiciaires. Dans une recherche consacrée aux chroniqueurs judiciaires de la presse quotidienne nationale, Geneviève SIGMANN a bien montré comment le modèle d'excellence de la chronique judiciaire se situait aux antipodes d'un journalisme contemporain dont ils critiquent la déontologie froide, l'écriture standardisée et la vision déshumanisée (G. SIGMANN : 2006)¹⁷³. Très rarement formés en droit, les chroniqueurs judiciaires mettent particulièrement l'accent sur les qualités dramaturgiques, émotionnelles et humaines, des procès et de leurs protagonistes. S'attachant à restituer le drame qui se noue en audience d'assises, ils ont en commun de valoriser une lecture psychologisante du cours des affaires judiciaires s'attachant tout particulièrement aux traits de caractère du président de la cour, à l'efficacité émotionnelle des interventions des parties ainsi qu'aux moments de basculements qui font la mécanique complexe de « l'intime conviction » des jurés. Intéressés par la personnalité des acteurs du procès (qu'ils soient magistrats, avocats ou accusés), soucieux de cette « chair humaine » dont est faite la justice, les chroniqueurs judiciaires trouvent dans la critique de l'inhumanité du juge Burgaud une occasion de redire tout à la fois la pertinence de leur vision de la justice (une affaire irréductiblement humaine) et la grandeur de leur métier (une chronique des passions et des drames qui déterminent le cours réel de la justice). L'avocat d'assises en tant que spécialiste de l'audience inscrit également son identité professionnelle dans une même perspective. Comme le chroniqueur judiciaire, il place au cœur de son modèle d'excellence un ensemble de qualités extra-juridiques (art oratoire, capacité de persuasion des jurés, savoir-faire d'audience...) jugées tout aussi, voire plus essentielles que la compétence juridique elle-même pour exercer efficacement leur métier. Parce qu'elle met l'accent sur le moment *judiciaire* de la défense (par opposition à un conseil juridique en pleine expansion) mais aussi parce qu'elle permet de réaffirmer les missions d'utilité publique d'une profession au service des plus faibles et des « victimes » (par opposition à la vision « marchande » du service juridique promue par le Barreau d'affaires), l'affaire Outreau est l'occasion d'un retour dans le débat sur la réforme de la justice des avocats pénalistes, figure d'excellence classique du Barreau désormais marginalisée dans la profession. Et s'il est vrai que seule l'audience a permis - par la vertu du face-à-face et l'interaction - de renverser les thèses de l'accusation, c'est bien – disent ainsi en chœur chroniqueurs judiciaires et avocats pénalistes- que la justice est d'abord affaire d'hommes avant que d'être le fait d'indicateurs de gestion ou de standards juridiques.

Au total, l'intrusion et la conjonction de ces différents groupes porteurs d'étalons profanes de la qualité de la justice aura mis en crise le sens commun réformateur qui s'est imposé depuis la fin des années 1990. Et de fait, plus qu'une manifestation d'un règne de l'opinion¹⁷⁴, l'éphémère « moment Outreau » est avant tout caractérisé par l'irruption de divers groupes (chroniqueurs judiciaires, avocats pénalistes, hommes politiques de premier plan...) qui, en jouant de ces registres désormais diffus dans l'espace public (« attentes de l'opinion », anti-corporatisme, critique des secteurs

¹⁷³ Voir aussi Rémi LENOIR, « Chronique judiciaire », in Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, P.U.F., 2004, pp. 157-161.

¹⁷⁴ Antoine GARAPON, Denis SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem*, *op. cit.*

professionnels protégés...), réhabilitent et réactualisent une vision somme toute classique de l'activité judiciaire comme art. Dès lors, loin d'être le symptôme des pulsions anti-institutionnelles prêtées à une opinion publique jugée toute-puissante, les mobilisations critiques du « moment Outreau » sont porteuses d'une redéfinition de l'institution qui remet moins en cause la médiation du juge elle-même qu'elles ne cherchent à refonder les formes et les fondements de son exercice professionnel. Sans doute est-il vrai que cette ouverture du débat sur les critères fondant la qualité de la justice n'aura-t-elle été que de courte durée. En quelques mois, les débats sur la justice auront ainsi retrouvé leurs atours habituels : l'accord transpartisan sur le rapport de la Commission parlementaire d'enquête VALLINI-HOUILLON, la technicité de la réponse gouvernementale apportée au problème via les trois projets de loi déposés au Parlement à l'automne 2006, la grande indifférence qui a accompagné leur discussion parlementaire au cours des mois de décembre 2006 et janvier 2007, et *last but not least* la censure sévère du Conseil constitutionnel du 1^{er} mars 2007 qui restreint drastiquement l'espace des possibles juridiques de la réforme, auront suffi à remettre cet enjeu au ban de l'espace public. Pour éphémère qu'il ait été, cet épisode recèle pourtant une leçon d'ordre général qui constitue un véritable angle mort des débats en cours sur la qualité de la justice. Avant que d'être une question de *bonne* définition qu'il s'agirait de « révéler », avant que de relever d'une ingénierie juridique et administrative, parler de la qualité de la justice, c'est d'abord parler de la qualité démocratique du débat sur la justice, c'est-à-dire des conditions (plus ou moins sélectives) pour y prendre part, et sous ce rapport, il est peu de dire que la situation reste insatisfaisante¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Antoine VAUCHEZ, Laurent WILLEMEZ, « La justice en campagne », *CultureDroit*, n°19, avril-mai 2007.

La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique

Thierry KIRAT
Chargé de recherche au C.N.R.S.
(IRISES, U.M.R. 7170 - Paris Dauphine)

Si l'on devait résumer la position de la science économique sur le problème de la qualité des décisions de justice, on ne pourrait manquer de dresser un constat de non pertinence : sauf exception, l'analyse économique en général, l'analyse économique du Droit en particulier, ne traite pas explicitement de la justice sous l'angle de la qualité de ses décisions en tant que telle. Est-ce que, pour autant, aucun discours de la science économique ne porte, même indirectement sur ce sujet ? Reformulée ainsi, la question posée appelle des réponses plus nuancées. En effet, depuis quelques années, un champ nouveau a été ouvert dans la recherche en économie : l'analyse économique des systèmes judiciaires. Cette dernière, qui répond à des préoccupations diverses, peut révéler des conceptions (souvent implicites, nous le verrons) de la qualité de la justice et de ses décisions. C'est à cet exercice de découverte et d'explicitation de conceptions implicites que la présente étude se consacre.

Il n'est pas sans importance de situer ce champ nouveau qu'est l'analyse économique comparée des systèmes judiciaires dans les différents discours économiques sur le droit, principalement celui de l'analyse économique du Droit. Dans le champ de la *Law and Economics*, la justice est très majoritairement appréhendée sous un angle particulier : celui des modes de règlement des différends. La problématique dominante en la matière réside dans l'étude des comportements individuels et du choix entre un règlement transactionnel ou un règlement juridictionnel des disputes. Dans ces analyses, le juge est placé dans un arrière-plan : il reçoit celles des disputes qui ne font pas l'objet d'un règlement transactionnel. En d'autres termes, l'analyse économique des conflits juridiques s'arrête là où les portes du tribunal s'ouvrent¹⁷⁶. C'est pourquoi il ne sera pas question de cette orientation dans les développements qui suivent, lesquels feront référence à deux sous-ensembles de la littérature économique : d'abord, certaines composantes de l'analyse économique du Droit (notamment autour des contributions de Richard POSNER) et, ensuite, les nouvelles théories des familles de droit, des systèmes juridiques de *common law* ou de droit continental (*civil law*).

La précédente étude abordera, en premier lieu, le double problème du juge et la qualité de la décision dans l'œuvre de Richard POSNER (1) ; elle traitera ensuite d'une des questions centrales de l'analyse économique comparée des systèmes judiciaires, à savoir celle de la qualité de la justice au regard de son indépendance (vis-à-vis du pouvoir politique) (2). Cela étant posé, il sera possible d'affiner l'étude de la qualité de la justice au regard du formalisme procédural comparé des systèmes judiciaires (3).

¹⁷⁶ Une nuance s'impose toutefois : les travaux consacrés aux précédents et au *stare decisis* mettent le(s) juge(s) au premier plan. C'est le cas des travaux de Lewis KORNHAUSER : « An Economic Perspective on Stare Decisis », *Chicago-Kent Law Review*, 65 (1), 1989, pp. 63-92 Pour une présentation, nous nous permettons de renvoyer à T. KIRAT et F. MARTY, *Economie du droit de la réglementation*, Gualino éditeur, collection Mémentos LMD, Paris, 2007 (chapitre 4).

1. Le juge et la qualité de la décision judiciaire selon Richard POSNER

L'œuvre de Richard POSNER est considérable, d'un point de vue quantitatif, mais aussi de par la diversité de ses objets¹⁷⁷. Elle repose toutefois sur un cadre d'analyse précis, celui de la théorie microéconomique appliquée à tous les aspects de la vie du droit privé des États-Unis. Deux éléments retiendront ici notre attention : d'abord la tendance du système de la *common law* à l'efficacité et, ensuite, le comportement du juge, du double point de vue des incitations qui le caractérisent et de la qualité de son travail au sein des juridictions.

1.1. La tendance de la *common law* à l'efficacité

La thèse centrale de POSNER quant aux vertus de la *common law* des États-Unis est bien connue : elle soutient que la *common law* est caractérisée par sa tendance à l'efficacité économique, c'est-à-dire par un processus jurisprudentiel de création de règles qui contribuent à maximiser le bien-être social (« *wealth maximization* »). POSNER a dans un premier temps soutenu que cette tendance était imputable à une « préférence » des juges pour l'efficacité, avant d'amender cette thèse en imputant cette tendance au mécanisme de la *common law*. Cette idée a prospéré dans les années 1980, au cours desquelles plusieurs théories de sensibilité évolutionniste ont soutenu que le moteur de la production de règles efficaces devait être trouvé dans le comportement des justiciables, entendu comme un processus de contestation des règles inefficaces en vigueur.

1.2. La qualité du travail du juge... d'appel fédéral

La qualité du travail du juge a été analysée dans des termes que l'on pourra trouver quelque peu déconcertants dans cet article publié alors que POSNER assumait les fonctions de juge d'une *Court of Appeals* fédérale.

Dans un article publié il y a un peu plus d'une dizaine d'années dans la *Supreme Court Economic Review*¹⁷⁸, Posner s'interroge sur les incitations qui s'exercent sur le « juge ordinaire », qui n'est dans ses termes ni un « titan » ni un « saint » : en fonction à vie, bénéficiant d'un salaire qui n'est pas indexé sur ses « performances », producteur d'un service complexe difficilement observable, il est placé dans une structure d'incitations qui fait que l'on devrait s'attendre à ce que, en tant qu'individu rationnel, il travaille moins durement qu'un avocat du même âge et de même qualification. Pourtant, c'est un individu rationnel qui maximise une fonction d'utilité « comme tout le monde », mais une fonction d'utilité particulière dans laquelle le prestige, le souci d'être bien vu par les avocats ou ses propres collègues, interviennent fortement. POSNER démontre qu'il est rationnel pour un juge fédéral d'être moins porté à l'effort que d'autres professionnels du droit. Nous n'entrerons pas dans le détail de sa

¹⁷⁷ Pour une présentation synthétique, voir T. KIRAT, « Richard A. POSNER », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, P.U.F., 2004.

¹⁷⁸ R. POSNER, « What Do Judges Maximize ? (The Same Thing Everybody Else Do) », *Supreme Court Economic Review*, 3, 1994, pp. 1-41.

démonstration¹⁷⁹ pour nous limiter à un point important pour notre sujet : pourquoi la justice est-elle rendue par des juges publics et non pas par des arbitres privés ? A cet égard, POSNER insiste sur le fait qu'il est très difficile de déterminer la qualité des productions du juge, ce qui n'est pas le cas des sentences d'arbitrage : les services offerts par le juge public sont en effet plus complexes que ceux des arbitres. Ils comprennent la gestion de l'activité du tribunal, la coordination du travail des greffiers, la production de jurisprudence, le contrôle des voies d'exécution... que la complexité rend, d'après POSNER, difficilement évaluable.

C'est là une étude des incitations qui caractérisent l'activité du juge ; mais d'autres regards que celui-là sont désormais portés sur la justice. Ils prennent une dimension comparative et s'attachent centralement à la double question de l'indépendance et de la qualité de la justice.

2. La qualité de la justice au regard de son indépendance

La question de l'indépendance de la justice est intimement liée à celle de sa qualité dans les études proposées ces dernières années par de jeunes économistes, inspirateurs du programme bien connu *Doing Business* de la Banque mondiale et de la Société financière internationale¹⁸⁰. Ces économistes (Simon DJANKOV, Rafaele LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES et Andrei SHLEIFER) ont initié un programme de recherche empirique très ambitieux d'évaluation des systèmes judiciaires, dans une perspective comparative. Il est nécessaire de présenter brièvement ce programme, centré sur les rapports entre les systèmes juridiques et les performances économiques (2.1.) avant d'entrer dans le détail de l'indépendance et de la qualité de la justice (2.2.).

2.1. Le contexte d'analyse : les systèmes juridiques et les performances économiques

Si l'on remonte au milieu des années 1980, les termes de la comparaison en termes d'efficacité économique relative des familles juridiques issues du droit français ou du droit anglais ont été posés, initialement, dans le domaine des systèmes financiers. Au sein de la science économique, le courant *Law and Finance* a en effet soutenu que les systèmes de *common law* ont une meilleure capacité à favoriser l'émergence d'un marché financier efficient que les systèmes de droit français, compte tenu de la protection qu'ils assurent aux investisseurs et aux actionnaires. Certains¹⁸¹ sont allés plus loin, en reprenant les concepts de Friedrich HAYEK et en soutenant qu'un système de droit judiciaire décentralisé (le droit de *common law*) s'apparente à un « ordre spontané » qui assure davantage de liberté individuelle et de limites au gouvernement que le droit français, à la fois « rationaliste » et « constructiviste ». Les pays de *common law* accorderaient donc au pouvoir

¹⁷⁹ Pour cela, l'ouvrage de Sophie HARNAY et Alain MARCIANO est très utile : *Richard A. Posner. L'analyse économique du droit*, Éditions Michalon, collection « Le bien commun », 2003.

¹⁸⁰ Banque Mondiale – Société Financière Internationale, *Doing Business in 2006 : Creating Jobs*, Washington D.C.

¹⁸¹ Voir, par exemple : Paul MAHONEY, « The Common law and Economic Growth : Hayek Might be Right », *Journal of Legal Studies*, vol. 30, n° 2, 2001, pp. 503-525.

judiciaire une plus grande indépendance que les pays de droit civil qui, de leur côté, auraient ceci de particulier qu'ils donneraient à l'Etat davantage de possibilité d'interférer avec la propriété et les droits contractuels qu'en régime de *common law*. La frontière entre le politique (et l'administration) et le judiciaire ne serait pas étanche ; or, la perméabilité des deux sphères est importante, économiquement, dans la mesure où elle débouche sur davantage d'activités de recherche de rente et de redistribution dans les pays de droit civil que dans ceux de pays de *common law*.

A ce stade, il importe de préciser ce que l'indépendance de la justice signifie et quels en sont les enjeux en termes de qualité des décisions.

2.2. L'indépendance

Les économistes regroupés autour d'Andrei SHLEIFER ont analysé la question de l'indépendance sous deux angles : historique (A) puis en termes de garantie des libertés individuelles, politiques et économiques (B).

A – L'angle historique : les modèles anglais et français de justice judiciaire

Dans un article publié en 2002¹⁸², GLAESER et SHLEIFER posent la question de savoir pour quelles raisons les systèmes de droit civil reposent de nos jours sur des juges professionnels employés par l'Etat, sur des procédures écrites, sur la prédominance de la loi sur la jurisprudence, alors que les systèmes de *common law* sont bâtis sur d'autres piliers : des juges non professionnels, des jurys, une procédure orale et une forte contribution des tribunaux à la création du droit.

Dans l'argumentation de GLAESER et SHLEIFER, des juges professionnels sont censés être directement contrôlés par l'État, alors que des juges profanes ou des jurys sont censés être indépendants vis-à-vis du pouvoir politique. Ces auteurs proposent à cet égard une interprétation de l'histoire de la justice anglaise et française depuis les 12^{ème} et 13^{ème} siècles.

Leur idée de départ est que la finalité de la justice est de protéger les droits de propriété, ce qui suppose qu'elle soit imperméable à la corruption et aux pressions susceptibles d'être exercées par des groupes d'intérêt ou des acteurs politiques. L'organisation appropriée de la justice dépend alors de la distribution spatiale du pouvoir politique : lorsque les pressions locales susceptibles de s'exercer sur la justice sont faibles, il est efficace de recourir à des juges indépendants et à des jurys ; inversement, lorsque les pouvoirs locaux sont importants, le souverain n'a d'autre choix que d'instituer des juges royaux, placés sous sa tutelle afin les mettre à l'abri des pressions des seigneurs locaux. Or, l'Angleterre et la France du 12^{ème} siècle se distinguaient du point de vue de la distribution du pouvoir, entre le souverain et les seigneurs locaux. L'Angleterre, avec un pouvoir royal fort, a pu mettre en place un système de justice locale, exercée par des juges indépendants, alors que la France, où le pouvoir royal était contrebalancé par de forts pouvoirs locaux, a développé un système de juges contrôlés par le Roi.

Ainsi, les modèles anglais et français de justice illustrent un arbitrage fondamental entre deux modèles du juge : soit un juge royal qui reçoit des

¹⁸² E.L. GLAESER, et A. SHLEIFER, « Legal Origins », *Quarterly Journal of Economics*, nov., 2002, pp. 1193-1229.

incitations du souverain (par l'attribution d'une charge judiciaire et sa rétribution) et est, peu ou prou, exposé aux influences locales ; soit un jury qui ne reçoit pas d'incitations du souverain mais constitue une institution dont les préférences sont proches de celles de la communauté dans laquelle elle exerce sa juridiction¹⁸³. Il est important d'insister sur ce dernier point parce qu'il renvoie à une certaine conception de la qualité de la justice : techniquement, la modélisation mathématique proposée par GLAESER et SHLEIFER retient l'hypothèse selon laquelle la fonction d'utilité du jury est identique aux préférences de la communauté. Or, c'est dans cette hypothèse que « les goûts du jury reflètent ceux de la communauté, en partie parce que les jurés en sont originaires »¹⁸⁴ que se révèle le plus clairement la vision d'une justice de qualité chez ces auteurs : une justice de profanes, décentralisée, peu formalisée sur le plan procédural et à dominante orale. Bref, la « justice de qâdis », que Max WEBER a naguère pris comme cas idéal-typique d'une justice irrationnelle.

B. L'angle « garantie des libertés »

LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES, POP-ELECHES et SHLEIFER¹⁸⁵ ont développé une approche des institutions judiciaires que l'on peut qualifier de « constitutionnelle ». Cette dernière met l'accent sur le degré d'indépendance du pouvoir judiciaire et le niveau de contrôle de constitutionnalité des lois. Le cadre d'analyse est basé sur la question de savoir s'il existe une relation entre le degré d'indépendance du judiciaire et de contrôle de la constitutionnalité des lois d'une part, et les libertés économiques et politiques d'autre part. Nous laisserons le deuxième aspect de côté et nous nous en tiendrons ici à l'indépendance du judiciaire.

Les vertus de l'indépendance du pouvoir judiciaire sont de deux ordres : dans les rapports entre les citoyens et l'État et dans les conflits privés. Dans le premier cas, une justice indépendante du pouvoir exécutif est garante de l'impartialité des juges dans les conflits qui opposent les citoyens à l'État, par exemple en matière d'expropriation (« taking »). Dans le deuxième cas, les pressions du gouvernement en faveur d'une partie qui est connectée à des réseaux de pouvoirs liés à l'État, sont neutralisées par l'indépendance des juges.

Quelles sont les conclusions de cette analyse ? La principale conclusion est que la vocation de la justice étant de garantir les droits de propriété et les libertés individuelles, elle suppose l'indépendance du juge ; or, cette indépendance est plus marquée dans les pays de *common law* que dans ceux de droit civil.

En définitive, il y a là une conception d'une bonne justice comme garde-fou contre l'excès d'État : les juges indépendants sont tenus de freiner les interventions politiques excessives dans l'économie¹⁸⁶. La *common law* serait alors bien plus garante des libertés et des droits de propriété que les systèmes

¹⁸³ GLAESER et SHLEIFER, « Legal Origins », *op. cit.*, p. 1202.

¹⁸⁴ GLAESER et SHLEIFER, « Legal Origins », *op. cit.*, p. 1204.

¹⁸⁵ R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, C. POP-ELECHES, A. SHLEIFER, « Judicial Checks and Balances », *Journal of Political Economy*, vol. 112, n° 2, 2004, pp. 445-470.

¹⁸⁶ LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES, POP-ELECHES, SHLEIFER, « Judicial Checks and Balances », *op. cit.*, p. 449.

de *civil law*, où la justice serait moins puissante, moins indépendante et où un État omnipotent est susceptible d'être capturé par des intérêts particuliers.

Nous pouvons maintenant en venir à notre troisième point : la qualité de la justice évaluée à l'aune du formalisme de la procédure civile.

3. La qualité de la justice au regard du degré de formalisme procédural

L'efficacité de l'appareil de justice en tant qu'institution de règlement des différends est une question certes importante, mais complexe compte tenu de la multidimensionnalité des critères d'évaluation¹⁸⁷. A cet égard, il est inévitable d'évoquer la contribution de DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES et SHLEIFER¹⁸⁸.

3.1. Un regard renouvelé sur les tribunaux

Ces économistes se sont attachés à une étude économétrique de l'efficacité du système judiciaire de plus d'une centaine de pays. Le point de départ de leur étude est que si les économistes (par exemple le Prix Nobel Ronald COASE¹⁸⁹) ont été en règle générale assez optimistes sur les tribunaux en tant qu'institutions garantissant les droits de propriété et les contrats, ils ont consacré peu d'attention aux limites des systèmes judiciaires.

Cette analyse de DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES et SHLEIFER est véritablement originale dans la mesure où elle constitue la première entrée des économistes dans la mesure de la procédure civile (depuis l'*Introduction to the Principles of Morals and Legislation* de Jeremy BENTHAM¹⁹⁰).

3.2. La mesure du « formalisme procédural »

La méthode empirique de DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES et SHLEIFER consiste à construire un indicateur du « formalisme procédural » du règlement des disputes sur la base d'une cinquantaine de variables institutionnelles dont le tableau 1 (ci-dessous) donne quelques exemples.

¹⁸⁷ E. BREEN (dir.), *Evaluer la justice*, Paris, P.U.F., collection Droit et Justice, 2002. Voir aussi les travaux de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) et la contribution de Jean-Paul Jean au présent ouvrage.

¹⁸⁸ DJANKOV, S., R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, « Courts », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, n° 3, 2003, pp. 453-517.

¹⁸⁹ R. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1-44

¹⁹⁰ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1824 - partiellement reproduit dans A. Ryan (Ed.), *Utilitarianism and Other Essays. John Stuart MILL and Jeremy BENTHAM*, Londres, Penguin Books, 1987.

Tableau 1 – Quelques exemples de variables

Variables	
Organisation judiciaire	Juge professionnel ou non professionnel
	Représentation par un avocat obligatoire ou facultative
	Notification du jugement par un professionnel du droit ou non
Actions et demandes	Dépôt de la demande et enrôlement
	Motivation juridique de la demande exigée ou non
	Délais maximum obligatoires ou non
Traitement du litige	Conciliation préalable obligatoire ou non
	Motivation juridique du jugement ou non
	Durée du procès
	Durée d'obtention du jugement
Coûts de justice et aide juridictionnelle	Réglementation des montants des honoraires des avocats ou non
	Honoraires <i>quota litis</i> ou contingent fees
	Règle du "perdant paye" ou non
	Disponibilité de l'aide juridictionnelle

Source : d'après DJANKOV et al., « Courts », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, n° 3, 2003, pp. 463-473.

Un indice de formalisme procédural est construit sur la base d'une enquête portant sur les juridictions de premier degré réalisée dans une centaine de pays auprès de cabinets d'avocats membres des associations internationales *Lex Mundi* et *Lex Africa*.

L'enquête porte sur deux cas-types : l'éviction d'un locataire débiteur de loyers et le recouvrement d'une créance (en l'occurrence d'un chèque impayé). Le recueil de données qualitatives a été complété par d'autres sources, notamment les données du *World Business Environment Survey* sur la perception de la qualité de la justice par les petites entreprises.

Le principal résultat auquel ces économistes parviennent est que le formalisme procédural est bien plus accentué dans les pays de droit civil que dans ceux de *common law* ; il est associé, dans les premiers, à une durée plus longue des procédures judiciaires, à moins de cohérence (*consistency*), moins d'honnêteté, moins d'équité (*fairness*) dans les décisions judiciaires, à davantage de corruption et à un faible niveau de qualité de la justice.

2. Une situation de référence révélant un idéal de justice

Il importe de souligner que les indicateurs sont interprétés à partir d'une situation de référence qui révèle un idéal de justice efficace, de bonne justice.

Cette situation de référence est définie comme un mécanisme non formel de règlement des disputes : outre l'absence de formalisme dans la procédure, elle est tenue pour un mode efficace de règlement de conflits. Le modèle en est un règlement non-juridictionnel de différends ordinaires entre voisins : « Dans un modèle théorique d'un tribunal idéal, un conflit entre deux voisins peut être réglé équitablement par un tiers, avec une petite connaissance ou un faible usage du droit, sans avocat, sans procédure écrite, sans contrainte

procédurale quant à la manière d'instruire, aux témoignages, à la façon de présenter des arguments, et sans voies de recours ».¹⁹¹

Or, les données empiriques relatives au formalisme procédural sont utilisées pour construire des mesures « définies comme l'importance de l'écart que la réglementation fait subir au règlement des différends par rapport au modèle de disputes entre voisins » (DJANKOV et al., p. 456). En d'autres termes, la méthode de construction des indicateurs de complexité procédurale consiste à mesurer l'ampleur de la déviation de la situation observée par rapport à la situation idéale de règlement des différends.

Cette situation de référence est proche, voire similaire, à celle du modèle de règlement des disputes entre voisins de Ronald COASE dans un contexte de coûts de transaction nuls, dont on a déduit le fameux « théorème de COASE » qui a conduit nombre d'économistes à tenir le droit pour quantité négligeable et à vouer une véritable vénération pour les mécanismes de négociation bilatérale dans la résolution des conflits ; d'après Évelyne SERVERIN, « la thèse soutenue dans "Le problème du coût social" est que, dans un monde idéal où les coûts de transaction sont nuls, cette détermination [de l'allocation des droits] ne doit être ni le fait d'un gouvernement..., ni d'un juge..., mais du marché. »¹⁹².

Nous retrouvons ici l'idée qu'une justice de profane, dont le modèle est la « justice de qâdis » de Max WEBER, est une justice efficace parce qu'exempte de complexité procédurale et capable de produire des décisions matériellement efficaces. A ce point de la démonstration, il convient de s'arrêter quelques instants sur la question de la rationalité des modèles de justice et de faire le constat d'un paradoxe.

La théorie de Max WEBER porte sur la question cruciale du mouvement de rationalisation du droit dans les sociétés modernes¹⁹³. Il distinguait entre deux formes de rationalité : matérielle et formelle. La première correspond à la figure de l'équité, mise en œuvre dans des modes de règlement des conflits assis non pas sur des règles de droit mais sur le sens de la justice d'un juge dont la légitimité découle d'une autorité éthico-religieuse au sein de sa communauté. Plusieurs définitions du droit matériel peuvent être trouvées dans la théorie de WEBER, mais la plus centrale d'entre elles met l'accent sur le fait que « les considérations concrètes l'emportent sur l'axiomatique abstraite. »¹⁹⁴ La deuxième forme de rationalité, formelle, se situe sur deux plans : interne et externe à l'ordre juridique. Du point de vue interne, le formalisme du droit « qualifie une mise en cohérence logique des règles juridiques » (COUTU, p. 49), la rationalité formelle du droit trouvant son expression dans des règles générales, abstraites et systématisables ; du point de vue « externe », le formalisme du droit, selon Michel COUTU, « exprime un certain degré de régularité procédurale et de calculabilité sur le plan empirique, au regard des différentes sphères d'activité, en particulier de l'économie. »¹⁹⁵

En résumé, une société moderne, rationalisée, suppose l'achèvement de la rationalisation formelle du droit ; une telle société dispose d'un système

¹⁹¹ DJANKOV et al., « Courts », *op. cit.*, p. 455.

¹⁹² E. SERVERIN, « Les marchandages sur les droits litigieux », in T. KIRAT et E. SERVERIN (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, p. 115.

¹⁹³ M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. par Jacques GROSCLAUDE, P.U.F., collection Recherches politiques, 1986.

¹⁹⁴ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, L.G.D.J. et Presses de l'Université de Laval, collection Droit et Société (15), 1995, p. 51.

¹⁹⁵ M. COUTU, *op. cit.*, 1995, p. 49.

juridique basé sur des règles abstraites, générales et susceptibles de systématisation, de règles de procédure appropriées à la mise en œuvre du droit, et garantit aux justiciables la prévisibilité et la calculabilité de l'action du droit.

Or, Max WEBER tenait la justice de *common law* – en dehors du domaine de la réglementation juridique des activités économiques pour lesquelles le droit anglais a réalisé de larges pans de rationalisation formelle¹⁹⁶ – , des juges de paix et des qâdis comme des modalités typiques d'un droit irrationnel au regard de l'absence de référence à des règles générales et de la prédominance des considérations d'équité et des évaluations concrètes.¹⁹⁷

Le paradoxe que ce bref détour par la sociologie du droit permet de mettre en lumière est que les économistes qui, de nos jours, proposent des mesures de la complexité des procédures devant les tribunaux défendent, d'un point de vue normatif, une forme de justice que les besoins de l'industrialisation et des activités économiques ont dû dépasser pour instituer un modèle formellement rationalisé du droit, réunissant les qualités de prévisibilité et de calculabilité dont, justement, les formes de justice proches de celle du qâdi sont dépourvues.

3. Les Magistrates' Courts anglaises comme modèle de justice ?

Les arguments qui précèdent, d'ordre théorique, peuvent être complétés sur un autre plan : celui, empirique, des formes de justice qui présentent des similitudes avec la figure idéale, dessinée par les économistes, de la justice « entre voisins ». A cet égard, il est possible de tenter un rapprochement avec les Magistrates' Courts anglaises.

Les travaux consacrés par BELL et DADOMO aux Magistrates' Courts anglaises¹⁹⁸ sont d'un grand intérêt, dans la mesure où ils montrent que ces juridictions – qui rendent une justice quasi profane, non motivée, pour laquelle l'exercice des voies de recours est organisé de manière excessivement restrictive - s'avèrent très proches de l'idéal de justice défendu par DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES et SHLEIFER.

A cet égard, BELL et DADOMO ont brossé un tableau très négatif de ces juridictions et mis alors en garde les autorités françaises contre les dangers de l'institution d'une justice de proximité sur leur modèle. Quelques unes des critiques relevées par ces deux juristes anglais sont très parlantes :

- « les jugements prononcés par les magistrats ne sont jamais motivés »,
- « dans les affaires de mineurs, les juges font preuve d'un amateurisme frappant et ont davantage recours à la détention que les juges des Crown Courts »,
- « en raison de (leur) connaissance approximative du droit, les Magistrates' Courts sont susceptibles de rendre leurs jugements sur la base de pressentiments plutôt que de preuves... ».¹⁹⁹

*

¹⁹⁶ M. COUTU, *op. cit.*, 1995, p. 162.

¹⁹⁷ M. COUTU, 1995, *op. cit.*, p. 89.

¹⁹⁸ B. BELL et J.-L. DADOMO, « Les Magistrates' Courts : un modèle de justice de proximité pour la France ? », *Rev. Sc. Crim.*, n° 3, 1996, pp. 607-618.

¹⁹⁹ B. BELL et J.-L. DADOMO, *op. cit.*, 1996, p. 614.

En guise de conclusion, il aurait été légitime de penser que, compte tenu de sa prétention à être devenue une science de la coordination des agents à base de règles plutôt que celle des mécanismes impersonnels d'équilibrage des marchés, la science économique aurait pu s'attacher à l'étude de la prévisibilité et de la calculabilité des actions devant les tribunaux. Or, lorsqu'elle le fait, elle s'en tient à la modélisation des interactions entre les justiciables en termes de calculs appliqués au choix du recours à une transaction ou au juge. Ce dernier est placé dans la position d'un acteur passif, qui n'intervient en aucun cas, pas même par sa réputation ou la qualité de ses décisions, dans les décisions des justiciables. Dans le champ qu'il est convenu d'appeler l'« économie des conflits juridiques », la qualité de la justice en général, des décisions en particulier, constitue un point aveugle.

Or, dans les nouveaux champs de la science économique dont il a été question ici, aucun progrès notable ne peut être constaté par rapport au constat précédent. On peut même être tenté de considérer qu'ils marquent un recul par rapport à la situation antérieure, dans la mesure où un modèle au mieux naïf, au pire suranné, de justice de proximité assumée par des juges profanes est, pour les raisons exposées précédemment, défendu. De plus, et pour conclure, les préconceptions normatives des auteurs les empêchent de prendre en considération les effets de la formalisation des procédures sur les anticipations des agents et sur la sécurité juridique. Cette dernière suppose en effet une certaine rigueur procédurale, des procédures écrites et des jugements motivés. Rien n'assure que le modèle de justice de référence - la justice de qâdi - soit compatible avec la sécurité juridique, les besoins des opérateurs économiques et les droits fondamentaux des justiciables en termes d'accès au tribunal et au bénéfice d'un procès équitable.

Critères et standards rhétoriques
de la bonne décision de justice

François MARTINEAU
Avocat au Barreau de Paris
Professeur à l'École de Formation du Barreau de Paris

L'idée d'analyser la décision de justice sous le prisme de la *Rhétorique* peut paraître, à première vue, iconoclaste. En effet, l'idée même de *Rhétorique* est encore chargée d'un contenu négatif, voire péjoratif. Pour les uns, qualifier un discours de rhétorique c'est vouloir en souligner le manque de sincérité ; c'est dénoncer un usage du langage déjà considéré comme suspect à l'époque de Platon, en l'assimilant à une pure technique détachée de la morale, oscillant entre la cuisine et la magie, destinée à manipuler les esprits. Pour les autres, la Rhétorique ne serait qu'une discipline d'ornementation du langage, par des tours et des tropes, figures de style ou de pensée, qui n'auraient pas à trouver leur place dans l'expression d'une décision de justice, décision qui exige, au contraire, une expression sans détour rigoureuse, exclusive de tout artifice oratoire. De surcroît, la Rhétorique se meut dans le vraisemblable, alors que la décision de justice serait le lieu de la certitude et de l'objectivité.

Partant de ces points de vue, on verrait mal ce que les acquis de la Rhétorique, pourrait apporter à une tentative de définition d'une bonne décision de justice.

En réalité, une telle façon de penser méconnaîtrait l'histoire de la Rhétorique, sa finalité et son contenu. La Rhétorique - c'est la définition qu'ARISTOTE lui-même en donne²⁰⁰ - est l'art de persuader par le discours. Pour reprendre l'expression de Roland BARTHES²⁰¹, cette discipline constitue une sorte de métalangage, c'est-à-dire une interrogation sur les caractéristiques du langage persuasif, et sur les conditions et modalités de sa mise en oeuvre, tant au plan de la logique formelle, qu'au plan des passions ou des valeurs.

Loin de se réduire à une série de techniques d'ornementation du langage, la Rhétorique constitue bien plutôt une réflexion sur les données psychologiques, sociologiques, logiques et linguistiques qui conditionnent la construction, la disposition et l'expression de tout discours argumentatif, et ce en vue d'obtenir la persuasion de l'auditoire auquel il est destiné.

De la discipline rhétorique, on peut dégager des critères et standards qui permettent de jauger la qualité d'un discours argumentatif. On rappellera, au préalable, que tout discours argumentatif ou pragmatique²⁰² s'apprécie surtout par rapport à son résultat, c'est-à-dire par rapport à la persuasion qu'il entraîne, celle-ci se définissant comme l'assentiment volontaire de l'auditoire à la thèse exposée par l'orateur. En ce sens, l'obtention de la persuasion peut

²⁰⁰ ARISTOTE, *Rhétorique*, Livre I, chapitre 2, 1, Paris, LGF, 1991.

²⁰¹ Roland BARTHES, « L'ancienne rhétorique », in *Communications*, n° 16, Paris, Editions du Seuil, 1970, pp. 172-223.

²⁰² Albert W. HALSALL, « La rhétorique en 1990 », p. X.

être considérée comme le standard majeur auquel, selon la Rhétorique, doit obéir tout discours argumentatif.

Rappelons ensuite que l'enseignement rhétorique traditionnel repose sur l'idée que tout discours argumentatif vise à réduire la distance qui existe entre l'orateur et son auditoire et met en oeuvre trois niveaux de relation, que l'on désigne par leur nom grec, « Logos, Ethos et Pathos ».

Le « logos » c'est le discours argumentatif lui-même, considéré comme un ensemble de phrases et de mots, de concepts, de raisonnements ; en l'espèce, dans le débat judiciaire, du point de vue de l'émetteur du discours argumentatif, le logos s'exprime par des conclusions ou les mémoires argumentatifs, déposés par les avocats, ou par leurs plaidoiries.

La deuxième composante de la relation rhétorique est désignée par l'« ethos » qui exprime l'autorité et l'expertise de celui qui émet le discours argumentatif. L'autorité fait admettre les réponses et peut, le cas échéant, contribuer à la persuasion en ce que le logos, ci-dessus évoqué, se charge du crédit que l'on attribue à celui qui l'émet.

Enfin, le troisième niveau de la relation rhétorique - sa troisième composante - est le « pathos », c'est-à-dire tout ce qui peut animer l'auditoire, ses passions au sens aristotélicien du terme, mais surtout les valeurs qui sont les siennes. Du pathos considéré moins comme émotion que comme irrationnel, découlent les préjugés, les croyances qui, nous le savons, sont déterminants dans la formation même du jugement.

Rappelons enfin qu'ARISTOTE, et après lui tous les grands rhétoriciens ont décomposé l'enseignement rhétorique en quatre parties, lesquelles représentent les quatre phases opératoires, « programmatiques »²⁰³, de construction du discours argumentatif. A chacune de ces phases correspond un critère de qualité.

La première : l'invention, c'est-à-dire la recherche de tous les arguments et autres moyens de persuasion relatifs au thème du discours, à sa matière. Deux critères en découlent : le critère de complétude qui permet d'apprécier la richesse du sens produit par rapport aux données du sujet, et le critère de cohérence qui permet d'éviter toute contradiction, ou incompatibilité entre la totalité des éléments du discours, la contradiction entraînant aussitôt la perte de toute chance de persuader son auditoire.

La deuxième partie de la Rhétorique est la disposition, c'est-à-dire la mise en ordre des arguments selon un plan qui serait lui-même argumentatif, ou selon un raisonnement plus général qui peut emprunter notamment la voie du syllogisme déductif. A la disposition correspond le critère de l'ordre méthodique dont le respect facilite la compréhension du discours argumentatif.

La troisième partie de la Rhétorique est consacrée à l'élocution que nous appellerons énonciation du discours, c'est-à-dire aux techniques formelles et stylistiques de l'expression écrite. C'est dans cette partie que se plaçait traditionnellement l'étude des fameuses figures de style, de tropes et des figures de pensée. Des règles concernant l'élocution découle le critère d'intelligibilité et de clarté du discours.

Ce standard et ces critères peuvent-ils être appliqués à la décision de justice ? Pour qualifier une décision de justice, peut-on d'abord lui appliquer le standard de tout discours rhétorique, à savoir l'obtention de la persuasion du ou des auditoires auxquels elle est destinée ? Doit-on parler de persuasion ou

²⁰³ Roland BARTHES, *op. cit.*, n° 232.

plutôt d'assentiment ou d'adhésion ? La nature de cet assentiment à la décision de justice ne renvoie-t-elle pas, question rhétorique essentielle, à la détermination de ceux à qui est destinée ladite décision, c'est-à-dire pour reprendre l'expression d'ARISTOTE, à son ou à ses auditoires ? Peut-on enfin assimiler une décision de justice à une argumentation, et par voie de conséquence lui appliquer les critères de qualité qui doivent caractériser tout discours argumentatif, et plus généralement toute communication persuasive ? Tel sera l'objet de notre propos.

I- Décision de justice, persuasion et assentiment

Soumettre la décision de justice aux critères et standards de la Rhétorique suppose qu'on puisse l'assimiler à l'objet même de la Rhétorique, à savoir le discours argumentatif.

Une telle assimilation est loin d'être évidente, surtout si l'on considère la finalité de la décision de justice par rapport à celle du discours argumentatif.

Comme le rappelait le Conseiller ANCEL²⁰⁴, la décision de justice constitue l'expression écrite des fonctions du juge : fonction symbolique, de régulation sociale, de recours aussi, dans la mesure où, dans des situations de crise ou de détresse, le juge constitue bien l'ultime moyen de rétablir, au sein de la société civile, ce qui doit être considéré et vécu comme « juste et bon ».

Pour répondre à ces fonctions, la décision de justice se voit donc institutionnellement dotée d'une force exécutoire, acceptée par les acteurs de la société civile, dans le cadre du pacte social, marquant ainsi la primauté de la justice étatique sur la justice privée ; et de même que l'on ne discute pas un ordre et qu'on lui obéit, de même on ne peut s'exonérer de l'exécution d'une décision de justice qui, par délégation du Peuple Français, est revêtue d'une parcelle de souveraineté : en d'autres termes, la décision de justice définitive entretient donc, avec ses destinataires, et plus particulièrement au premier chef avec les parties au procès, un rapport d'autorité auquel ceux-ci ne peuvent se soustraire.

A première vue, un tel rapport semble exclusif de la problématique rhétorique, qui ne se situe aucunement dans une logique de l'obéissance, mais dans une logique de séduction et d'influence, et qui laisse subsister le libre choix de l'auditeur quant à l'adhésion qu'il manifesterait, ou non, à la thèse qui lui est proposée.

En réalité, l'observation montre qu'au-delà de ce rapport, le justiciable reste toujours libre de donner son assentiment à la décision de justice. On peut exécuter un jugement que l'on trouve exécutable ; on peut, au contraire, trouver bonne une décision qui, pourtant, vous donne tort.

En fait, même si la décision de justice n'a pas et ne peut avoir pour finalité première d'obtenir la persuasion de ceux à qui elle est destinée, se pose donc la question de savoir ce qui, au-delà de la force exécutoire, permet ou contribue à produire cette adhésion au jugement ou à l'arrêt rendu, le degré de cet assentiment permettant justement de qualifier de bonne ou de mauvaise une décision de justice.

Cette interrogation se justifie d'autant plus si l'on considère la décision de justice sous l'angle de sa forme logique et de son contenu.

²⁰⁴ P. ANCEL, « La rédaction de la décision de justice en France », *Revue internationale de droit comparé*, 1998, n° 3, pp. 841-852.

Une décision de justice, en effet, n'a pas le rapport à la vérité d'un raisonnement mathématique ou scientifique, c'est-à-dire d'une démonstration, lieu de certitude et de vérité, qui échapperait à toute problématique et tout questionnement.

Certes, on pourrait concevoir une décision de justice d'essence cartésienne, un texte *more geometrico*, procédant d'évidence en évidence, appliquant à des faits non contestables une norme juridique univoque, ne laissant la place à aucune opinion controversée, où le juge refuserait « de donner créance aux choses qui ne sont pas entièrement certaines et indubitables » (DESCARTES) ; décision incontestable sur le plan logique, exprimée en signes univoques, qui mettrait en oeuvre une série d'axiomes jamais en discussion ou qui seraient vrais universellement, et dont, par des raisonnements déductifs rigoureux, elle tirerait les conséquences nécessaires débouchant sur l'énoncé d'une conclusion à la validité probatoire absolue ; qu'enfin, une telle décision insusceptible de querelle ni de controverse, parce qu'incontestable sur le plan logique, nécessaire sur le plan des exigences de la raison, serait de surcroît conforme à l'équité.

Telles ne sont pas, sur le plan de sa nature et de sa structure, les caractéristiques d'une décision de justice, qui n'est pas, de ce point de vue, sans présenter certaines analogies avec le discours argumentatif, objet de la Rhétorique : la langue de la décision de justice est naturelle, et donc parfois équivoque, voire totalement ambiguë ; ensuite, le point de départ du raisonnement du magistrat n'est pas nécessairement admis comme vrai par les justiciables : ainsi le choix que peut faire le juge, tant de la norme juridique à appliquer aux faits de l'espèce, que de l'interprétation qu'il en donne, peut être soumis à débat. Même si les juges font un effort constant, et c'est l'essence de l'acte de juger, pour se soumettre à l'inexorable rigueur du raisonnement juridique déductif, et éliminer leur propre subjectivité de l'appréciation d'un dossier, même si la collégialité favorise cette inclination, il n'en reste pas moins que la personnalité du juge ne peut totalement être mise entre parenthèses. Le raisonnement d'un juge, tel qu'il peut être retracé dans la décision de justice, ne peut pas ne pas subir les inférences de sa subjectivité de ce dernier, de sa formation et des valeurs auxquelles il adhère, et ce à proportion de la liberté d'interprétation que les modalités procédurales laissent au regard des règles qu'il doit appliquer. En outre, et comme pour tout discours argumentatif, la décision de justice peut être querellée, contestée, ne serait-ce que par le simple exercice des voies de recours.

Dès lors, comme le discours argumentatif, la décision de justice, ne pouvant éluder la problématique du vraisemblable et du controversable, n'échappe pas, nonobstant son caractère exécutoire, à l'exigence de la persuasion : c'est d'ailleurs ce que Tony SAUVEL - induit en écrivant : « *Nous ne demandons pas seulement au juge de mettre fin à nos différends, nous demandons de nous expliquer, de nous faire comprendre, nous voudrions non pas être seulement jugés, mais si possible persuadés, ce qui est bien autre chose* »²⁰⁵.

A ce stade, une nuance s'impose néanmoins. Si la décision de justice doit persuader, ce n'est pas comme pour tout discours argumentatif un objectif *a priori*, mais plutôt une conséquence *a posteriori* de son énoncé : plutôt que de persuasion, il convient donc bien de parler d'assentiment ou d'adhésion ; une

²⁰⁵ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1955, pp. 5-53.

bonne décision de justice, au regard de ce standard, serait donc celle qui intégrerait dans son expression les conditions propres à lui faire recueillir l'assentiment de ceux à qui elle est destinée, indépendamment de la nature institutionnelle précédemment évoquée, et de la finalité que toute décision de justice doit remplir.

Chercher à cerner la nature et les conditions de cet assentiment amène ainsi à s'interroger sur les destinataires de la décision de justice. Pareille interrogation est déjà au cœur du questionnement rhétorique. ARISTOTE, dans sa *Rhétorique*²⁰⁶, décrivait longuement les parties prenantes au processus de persuasion lors de l'énoncé d'un discours argumentatif. Il insistait sur la nécessité de connaître la nature, la composition, la formation de l'auditoire à qui il est destiné, et notamment les valeurs auxquelles il adhère.

Mutatis mutandis, une telle démarche peut être ici envisagée : si nous ne pouvons parler « d'auditoire » d'une décision de justice, en revanche, nous lui substituerons la notion de « destinataires », c'est-à-dire tous ceux que ladite décision peut concerner : on pense, en premier lieu, aux parties et à leurs avocats et/ou aux représentants du Ministère public ; en deuxième lieu, à la hiérarchie judiciaire, cour d'appel et/ou Cour de cassation pour les décisions de justice rendues par les tribunaux inférieurs ; en troisième lieu, au corps des interprètes spécialisés qui en feront des commentaires jurisprudentiels ou doctrinaux ; en quatrième et en dernier lieu, à l'opinion publique et à ses médias ; ces derniers ne se manifesteront que si la décision de justice statue sur un « litige fait divers » ou un « litige systémique », c'est-à-dire un litige qui, au-delà des parties au procès, interpelle tous les acteurs de la société civile parce qu'il constitue un fait social, compte tenu notamment de son exemplarité, ou de ses enjeux.

Une bonne décision de justice serait donc, de ce point de vue, celle qui serait susceptible d'entraîner l'assentiment de tous les destinataires concernés par ladite décision.

L'affirmation d'une telle exigence ne va pas sans poser, *a priori*, des difficultés, tant il est vrai que pour chacune de ces catégories de destinataires de la décision de justice, les conditions de leur assentiment à la décision peuvent être différentes, voire parfois incompatibles entre elles.

S'agissant des parties, on peut légitimement penser que celle qui perd n'acceptera jamais la décision qui la déboute de ses demandes ; par ailleurs, une décision peut être jugée bonne par les agents économiques dans la mesure où elle répondrait à un objectif extra-judiciaire, quoiqu'elle serait en décalage avec les stricts principes de droit qui auraient dû être appliqués aux faits de l'espèce.

En outre, et on l'a vu dans une affaire pénale récente qui a défrayé la chronique [l'affaire dite d'Outreau], une série de décisions de justice peut être conforme à la loi et à la régularité d'un cycle procédural, et pour autant déclencher une série de critiques médiatiques d'une ampleur inconnue, de telles difficultés provenant à l'évidence du fait que les destinataires de la décision de justice n'avaient pas les mêmes critères pour décider de leur adhésion et/ou de leur assentiment aux dites décisions : les critères, qui permettent à la Cour de cassation d'apprécier la qualité d'un arrêt de cour d'appel, fondé sur le respect, par ledit arrêt, des règles et principes de droit

²⁰⁶ ARISTOTE, *Rhétorique*, Livre II, Chapitre 1 et suivants.

applicables aux litiges, ne sont à l'évidence pas ceux d'un journaliste plutôt préoccupé par la dénonciation de ce qu'il estime constituer un dysfonctionnement.

De même que la notion d'*auditoire universel* - chère à Ch. PERELMAN - n'est qu'un concept, de même l'idée que chacun des destinataires ci-dessus évoqués puisse recevoir la décision de justice, la comprendre et soit à même d'y consentir, « en écoutant la voie constante de la raison »²⁰⁷ (PASCAL, *Pensées*, 249) ne restera jamais qu'un souhait.

Toutes ces difficultés, et plus particulièrement celles qui découlent de la contradiction des critères d'assentiment des différents auditoires auxquels l'on s'adresse, sont connues de ceux qui ont à élaborer un discours persuasif. La Rhétorique leur donne justement des règles dont l'application peut favoriser l'assentiment de ces auditoires divers, et aux valeurs plurielles, à la thèse proposée. De ces règles, peuvent être dégagés les critères qui, le cas échéant, appliqués à la décision de justice, contribueraient à en caractériser l'excellence.

II- Des critères rhétoriques appliqués à la décision de justice

La détermination du contenu de la décision de justice, envisagée sous l'angle de la quête de l'assentiment de ses destinataires, renvoie à la première partie de la discipline de la Rhétorique, à savoir l'invention (*inventio*), et à ses deux critères, complétude et cohérence. La disposition interne de la décision, l'ordre de ses parties, doit par ailleurs adopter un plan méthodique qui facilite sa compréhension.

Enfin, la maîtrise de la formalisation textuelle de la décision renvoie à la troisième partie de l'enseignement rhétorique, c'est-à-dire à l'élocution (*elocutio*) dont les critères principaux sont ceux d'intelligibilité et de clarté.

Un critère de complétude

Avant d'être jugé, un justiciable veut être entendu. Mieux, il veut être écouté et compris. Le critère de complétude appliqué à la décision de justice peut rendre compte de ce besoin.

De même que l'argumentation judiciaire tire sa force de persuasion de l'étude préalable et complète de tous les éléments d'un litige - qu'ils soient factuels, juridiques, techniques, psychologiques ou idéologiques - et qu'elle s'enrichit à la mesure de la connaissance profonde de ces données, transmises à l'avocat, de même la qualité de la décision de justice peut s'apprécier à l'aune de ce critère : en ce sens, une bonne décision de justice est celle qui résulte de l'analyse sans faille faite par le juge des dossiers qui lui sont soumis, dans le cadre d'un litige, et selon des règles procédurales qui lui sont propres.

Le respect de ce critère de complétude doit ainsi amener les destinataires de la décision de justice à comprendre, à sa lecture, que rien n'a été laissé dans l'ombre et que la totalité des faits allégués par les parties, tant dans leur matérialité que dans leur interprétation, leur proposition de preuve et de qualification par la norme juridique retenue, ont tous été examinés et appréciés, même si c'est pour être rejetés ; mieux encore, que cet examen a porté, non

seulement sur les moyens invoqués, mais aussi sur tous les arguments avancés par chacune des parties, voire sur leurs simples allégations.

Dans une telle approche, le critère de complétude ne se confond point avec le respect des obligations faites au juge de répondre seulement aux moyens soulevés par les parties : la jurisprudence de la Cour de cassation pose, en effet, comme principe qu'une décision de justice doit répondre à tous les moyens soulevés par les parties, et seulement aux moyens ; elle définit le moyen comme un fait ou un acte offert en preuve, accompagné d'une déduction juridique dans le cadre d'un raisonnement de nature à influencer sur la solution du litige, et qui, le cas échéant, est repris dans le dispositif des conclusions²⁰⁸ ; mais de la lecture d'une bonne décision de justice doit, néanmoins, s'inférer la certitude qu'ont été pris en compte la totalité, non seulement des moyens, ainsi strictement définis, mais aussi des simples arguments énoncés dans le cadre du litige ; c'est à cette première condition que la décision de justice permettra l'adhésion de l'ensemble de ses destinataires et, plus particulièrement, des parties perdantes, qui auront ainsi le sentiment que le juge, en suite d'un travail sérieux, a examiné la totalité des éléments qui lui étaient soumis.

Un critère de cohérence

Un deuxième critère, essentiel au regard des règles qui gouvernent la matière du discours persuasif tel que le définit la Rhétorique, est le critère de cohérence : tout discours qui entend obtenir l'adhésion de son auditoire doit éviter, à un moment ou à un autre de ses développements, de laisser apparaître une contradiction ou une incompatibilité, si mineure soit-elle.

Appliqué à la décision de justice, ce critère de cohérence est très large : il caractérisera chacun des éléments de la décision judiciaire, pris individuellement, dans leur choix, leur définition, leur qualification, ainsi que les liaisons logiques qui sont posées entre eux, le raisonnement qui les lie, et l'ensemble qu'ils constituent.

En premier lieu, il est évident que le juge doit, dans sa décision, dire d'abord le Droit, et qu'il doit sélectionner la norme juridique devant être appliquée au corpus de faits qui lui sont soumis par les parties ; le choix de cette norme doit donc nécessairement s'opérer en cohérence avec les demandes de justice qui lui sont présentées et, surtout, avec les faits de l'espèce.

Le travail de sélection de normes juridiques, en vue d'opérer la qualification de ces faits, doit être conforme au texte lui-même, et au sens de ladite norme, ainsi qu'à la jurisprudence qui en précise les conditions d'applicabilité ; il suppose souvent une interprétation des éléments constitutifs de la norme, surtout si le juge se trouve amené à utiliser ce qu'il est convenu d'appeler une notion juridique à contenu variable – l'on pense aux notions de *bonnes mœurs* ou d'*ordre public* – dont la détermination du contenu a été confiée par de la jurisprudence au juge lui-même . Dans ce cas de figure, l'interprétation de la norme et de ses éléments constitutifs, doit être cohérente non seulement avec la lettre du texte lui-même, mais aussi et encore avec la jurisprudence

²⁰⁸ Cf. notamment Cour de cassation, chambre civile, 3 novembre 1897, *in Dalloz Périodique*, 1898.1, décision citée dans *La cassation en matière civile* (Jacques BORE et Louis BORE), Dalloz-Sirey, 2003, p. 284 et suiv.

antérieure (proche ou contraire), avec les Principes généraux du Droit, mais surtout avec les valeurs auxquelles les destinataires de la décision adhèrent, ou sont censés adhérer.

Au surplus, le juge dispose de plusieurs méthodes d'interprétation de la norme juridique : analyse de la lettre ou de l'esprit ; utilisation de critères logico rationnels, considération de l'intention des législateurs ; ou de la finalité de la loi ; ou, enfin - perspective systémique - il doit veiller à ce que les résultats de son interprétation, après recours à plusieurs de ces méthodes n'entrent pas en contradiction les uns avec les autres.

Ce critère de cohérence s'applique enfin à l'appréciation et au choix des faits opérés par la décision de justice, faits pertinents venant au soutien de la qualification juridique ; là encore, les codes (Nouveau Code de procédure civile, Code de procédure pénale... et la jurisprudence subséquente) fixent clairement le rôle respectif des juges et des parties quant à la détermination et au choix de la matière factuelle du litige : il y aurait incohérence de la décision de justice si celle-ci faisait apparaître que le juge a rempli son office contrairement aux règles juridiques qui en définissent l'exercice.

Si la cohérence de la décision s'entend de sa matière, ce critère doit, en deuxième lieu, permettre de caractériser la qualité des liaisons logiques et, plus généralement, du raisonnement suivi par le juge. Ce raisonnement doit, en effet, être exempt de toute contradiction de termes qui en vicierait les résultats : à l'évidence une décision reposant sur un paralogisme manifeste ne pourra pas susciter l'adhésion.

Selon les règles de la logique traditionnelle, il y a jugement lorsque, pour reprendre l'expression d'Aristote, *on affirme quelque chose de quelque chose* : bien souvent, une décision de justice consiste à mettre en relation deux ou plusieurs notions, un fait et une règle de droit, ou deux faits ensemble. Ces relations, d'après PERELMAN, peuvent être de nature quasi logiques lorsqu'elles empruntent leur formulation aux principes élémentaires de la logique traditionnelle, à savoir le principe d'identité ($A = A$) ou le principe de non-contradiction (A ne peut pas être non A , en même temps et sous le même rapport). De même, PERELMAN évoque les relations qu'il qualifie d'empiriques parce que tirées de l'expérience : relations de causalité, de succession, etc. Il est bien clair qu'une décision de justice doit respecter les règles internes gouvernant l'établissement de ce type de relation et que, par exemple, elle ne peut admettre comme identique ce qui, dans la réalité des faits, ne l'était pas, ou poser entre deux faits une relation de causalité alors que rien, dans le dossier, ne la justifierait.

Cette exigence de cohérence vaut, enfin, dans le raisonnement suivi par la décision de justice : la cohérence s'entend alors, non plus seulement de la conformité de la décision à un ordre juridique, ou aux données matérielles qui sont fournies au juge, mais comme la conformité aux règles gouvernant la rectitude logique intrinsèque des raisonnements.

A la suite d'ARISTOTE, on définit le raisonnement comme un discours tel que certaines choses étant posées, quelque autre chose en résulte par celles-là seules que les premières sont posées. A cette définition, on peut ajouter une référence à la dimension psychologique propre à la prise de décision en matière pratique. Ainsi, pour Pierre OLERON, « le raisonnement est une

combinaison de représentations, respectant des contraintes susceptibles d'être explicitées, combinaison conduite en fonction d'un but. »²⁰⁹.

Le raisonnement doit obéir au principe de cohérence en ce qu'il constitue une démarche dont la logique formelle rend compte, démarche d'autant plus rigoureuse que le raisonnement est plus complexe et qu'il ne se borne pas à combiner deux ou trois assertions, mais qu'il procède le plus souvent à une série d'opérations intellectuelles, réunion d'indices, interprétations, prises en compte de toute une série d'informations et leur rapprochement en faisceau.

Le raisonnement qui permet au magistrat d'aboutir à sa décision entraînera donc l'adhésion de ses destinataires, s'il est d'abord construit en cohérence avec les conditions formelles de validité de l'enchaînement des propositions les unes avec les autres, et des conclusions que l'on peut en tirer.

Le mode de raisonnement qu'ARISTOTE tenait pour le plus rigoureux était le raisonnement déductif qui se présentait sous la forme ternaire d'un syllogisme ; cette forme de raisonnement a pu être présentée comme le support de toute application générale du droit, les décisions judiciaires se présentant le plus souvent de façon syllogistique : la première proposition, la majeure, constituée par l'affirmation de la règle de droit ; la deuxième proposition, la mineure, comportant les faits que le juge rapportait à ladite règle ; enfin la conséquence - application aux faits de la règle de droit choisie - qui se formule dans le dispositif.

Ces phases du syllogisme déductif, qui donnent sa forme à l'opération de qualification par laquelle le juge subsume les faits du litige à la norme juridique, doivent être exclusives de toutes les erreurs qui caractérisent les raisonnements viciés, comme le sont par exemple les paralogismes ou les sophismes, ces pétitions de principe qui consistent à poser pour vrai ce qui est justement en question, c'est-à-dire à partir de la conclusion pour justifier le raisonnement lui-même. Dans une communication sur *La diversité des méthodes et manières de juger*²¹⁰, le Professeur Denys DE BECHILLON, s'amusait précisément de ces exemples de décisions de justice où le juge avait évidemment « bricolé » (ce sont ses termes) lui-même la majeure de son raisonnement par une œuvre d'interprétation trop constructive, ce pour parvenir à tout prix au résultat qu'il voulait atteindre, et ce malgré la plus grande vraisemblance d'une solution contraire.

Le critère de cohérence peut enfin rendre compte des revirements de jurisprudence, la décision de justice prenant alors en compte moins les exigences d'une jurisprudence passée que les évolutions de la société et l'apparition de valeurs nouvelles, auquel cas la décision de justice rétablit la cohérence du corpus juridique avec l'évolution sociale.

Ainsi, comme pour tout discours argumentatif, la décision de justice n'emportera l'adhésion que si elle présente tous les caractères d'une cohérence globale, juridique, logique, et en opportunité, tant au regard des règles de droit applicables qu'aux circonstances propres de l'espèce et, enfin et surtout, aux valeurs implicites ou explicites, en cause dans le litige.

Un critère d'ordre méthodique

²⁰⁹ P. OLERON, *Le raisonnement*, Paris, P.U.F., 1972, p. 10.

²¹⁰ Conférence prononcée devant la Grande Chambre de la Cour de Cassation le 29 novembre 2004.

La disposition (*dispositio*) constitue cette deuxième partie de l'enseignement rhétorique qui sensibilise l'orateur à la nécessité d'organiser les matériaux divers de son discours argumentatif dans un ordre convenable.

Si l'on considère la démarche du juge, celui-ci, après avoir trouvé dans le foisonnement de faits et de preuves, de raisonnements et de moyens, d'arguments et d'idées générales, ce qui lui a permis d'arrêter sa décision, doit en organiser la présentation selon des règles, et surtout selon un ordre qui en facilite la compréhension, condition supplémentaire de l'adhésion. De même que la question de l'ordre des parties ne se pose guère dans une démonstration purement formelle - notamment mathématique où il ne s'agit que de transférer au théorème la valeur de vérité attribuée par construction hypothétique au postulat - de même l'on pourrait penser que le juge n'ayant à charge, dans sa décision, que de proclamer la solution du litige, déduite sincèrement de principes admis et de constatations exactes, n'aurait pas à se soucier de donner à sa sentence une disposition qui ne serait pas le simple rappel des phases de son raisonnement. Notons d'ailleurs qu'une telle façon de procéder consiste déjà à adopter un ordre.

Mais, sauf dans les litiges simples ou banals, où le strict rappel de la norme juridique et de son application aux faits de l'espèce suffit, la décision dans des affaires complexes doit appréhender, relater, rendre compte d'une multiplicité de données de faits, de l'appréciation des arguments nombreux qui peuvent avoir été échangés dans le cadre du litige par les parties au procès ; dès lors, la question de l'ordre et de la distribution des parties de la décision judiciaire se pose.

Les rhéteurs anciens étaient unanimes à souligner que tout discours argumentatif devait être distribué en plusieurs parties : après l'introduction succédait la narration, puis l'exposé de la thèse, la réfutation de la thèse adverse et enfin la conclusion ; il s'agissait, pour eux, d'une évidence qui se passait de démonstration. Il est vrai que certains systèmes complexes, comme l'a souligné Michel FOUCAULT dans sa Leçon inaugurale au Collège de France en 1970²¹¹, ont besoin de rituels qui définissent le comportement de ceux qui y adhèrent, et facilitent la compréhension de ceux qui s'expriment ; le système judiciaire en serait un exemple parfait. Et Michel FOUCAULT de s'interroger sur la part de juridique, de rationnel ou de rituel que contiennent les principes traditionnels applicables à l'organisation et à la présentation de toute décision judiciaire.

Il est évident que la décision de justice ne saurait adopter totalement les partitions du discours judiciaire argumentatif, celles des conclusions ou des plaidoiries des avocats. Néanmoins, dans la mesure où elle répond à ces partitions, dans la mesure où elle les apprécie, les juge et les réfute, elle ne peut pas ne pas tenir compte de l'ordre du discours judiciaire argumentatif lui-même et se passer de narration, de l'exposé de la procédure et des arguments de chacune des parties, de l'énoncé de sa thèse et de la réfutation des arguments adverses. Dans ces conditions, le juge, dans sa décision, peut donc mettre à profit les recommandations empiriques de la Rhétorique quant aux qualités de chacune de ces parties qui la composent. Ainsi, et par exemple, la narration des faits se caractérise par la brièveté et l'objectivité par rapport aux preuves apportées par le dossier, la clarté narrative excluant, notamment à ce

²¹¹ Michel FOUCAULT, *L'ordre du discours. Leçon inaugurale du Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Gallimard, 1989, p. 10.

niveau, toute interprétation et/ou tout début d'argumentation explicite. Au rappel des faits et de la procédure succède logiquement dans la décision de justice l'appréciation des moyens en droit et en fait soulevés par les parties. L'appréciation de ces moyens suit l'ordre induit par la logique des raisonnements ci-dessus évoqués, notamment dans le cadre de l'opération de qualification : énoncé de la majeure, à savoir la norme juridique retenue par le magistrat, soit par une simple citation, soit par interprétation, auquel cas l'interprétation devrait être accompagnée de ses justifications ; énoncé de la proposition mineure, à savoir rappel des faits qui peuvent, le cas échéant, être subsumés par les éléments constitutifs de la norme juridique ci-dessus décrite. Et enfin, conclusion du raisonnement, repris dans le dispositif de la décision.

Pour faciliter la compréhension du justiciable, la structure adoptée par la décision de justice, dans l'énoncé de ses raisonnements, devra par ailleurs être conforme à la méthode de travail que les textes prévoient pour chacune des autorités judiciaires. Cette méthode de travail est étroitement tributaire de la nature particulière de la mission spécifique dévolue au tribunal et/ou à la Cour qui aura à statuer ; son respect correspondra ainsi aux attentes du justiciable et facilitera la compréhension de la décision.

On peut ainsi citer la structure particulière des arrêts de la Cour de cassation, structure étroitement formalisée dont, par exemple, les arrêts de rejet comportent trois paragraphes successifs et parfaitement repérables, ce qui facilite d'autant la compréhension, par les spécialistes, de ce type d'arrêts.

Un critère de clarté et d'intelligibilité

La qualité de l'expression (*elocutio*) doit être une préoccupation constante du rédacteur de la décision de justice. CICERON écrivait d'ailleurs, dans *L'Orateur*²¹² qu'un Homme sensé pouvait trouver certaines choses et les arranger mais que savoir les exprimer n'appartenait qu'à l'Homme de bien, c'est-à-dire au magistrat.

A cet égard, l'intelligibilité de l'expression est, à l'évidence, un critère essentiel de la communication persuasive. Elle doit donc caractériser la décision de justice. L'intelligibilité d'une décision de justice lui permet, en effet, et tout simplement, d'être comprise du justiciable, ce qui est la condition *sine qua non* de toute adhésion.

La détermination des conditions d'intelligibilité d'une décision de justice pose néanmoins toute une série de questions bien délicates :

- celle du maniement d'un langage technique ou l'emploi de concepts ou de normes complexes, non connus du justiciable, ou d'une langue étrangère à celle du justiciable ;

- celle du partage que la décision de justice doit faire entre ce qui doit être explicite et/ou ce qui peut rester implicite et/ou ce qu'il est même inconsciemment, telle une idéologie sous-jacente conditionnant les valeurs d'interprétation adoptées par le magistrat ;

- celle de l'exigence de motivation et sa contradiction avec la brièveté d'une décision émanant d'une autorité, telle la Cour de Cassation chargée de donner une interprétation officielle de la loi et qui est convaincue de n'avoir point à se justifier, en tout cas, pas plus que le législateur lui-même. Là encore, les

²¹² *De Oratore*, III, n°38.

critères rhétoriques préconisés pour assurer l'intelligibilité d'un discours argumentatif peuvent être transposés à la décision de justice.

Envisageons, notamment, deux critères : la correction, la clarté.

La base de toute communication, c'est bien sûr la langue : la correction consiste donc à ne se servir que des mots de la langue, à les employer dans leur véritable sens, et à observer les règles grammaticales communément admises dans la construction des phrases ; une telle correction suppose la maîtrise de la langue et de sa richesse, et permet de chasser l'ambiguïté inhérente à la langue naturelle. Ce critère de correction facilite en réalité ce que les linguistes appellent le *flux de lecture* et elle accentue l'adhésion du justiciable-lecteur à la décision elle-même.

CICERON regarde la clarté comme la première vertu de tout énoncé discursif²¹³. La clarté de l'expression est, à l'évidence, étroitement liée à celle de la pensée ; mais, si ce qui se conçoit clairement s'énonce simplement, encore faut-il savoir ce que l'exigence de clarté commande à la décision de justice d'énoncer. Au-delà de l'impératif purement linguistique, se pose, en effet, la question de la révélation par la décision, notamment au niveau de la motivation, des modalités du raisonnement du juge et ce à chacune de ces phases.

Revenons, pour finir, sur ces deux points.

La clarté dans l'expression linguistique ne pose aucune difficulté sauf à respecter l'exigence de style, dénuée de tout pathos. A cet égard, on peut s'interroger sur le fait de savoir si un magistrat peut, dans sa décision, utiliser toutes les figures du discours mises à sa disposition par la Rhétorique traditionnelle (figures de son, figures de rythme, jeux lexicaux, figures de sens ou tropes - la métaphore, la métonymie, la synecdoque – et, surtout, ces figures de pensées que sont notamment l'énumération, la répétition, l'anaphore, l'antithèse, le contraste ou le parallèle). Une réponse de bon sens s'impose. Si la décision de justice doit emprunter un style concis et direct, excluant par nature la recherche de l'effet oratoire, le juge, pour enrichir son propos, l'explicitier, le rendre plus compréhensible encore, pourra, à l'évidence, utiliser de telles figures, à condition, bien sûr, que cette utilisation n'alourdisse pas le texte de sa décision ou ne contribue, au contraire à l'obscurcir. Il est vrai que, parfois, l'utilisation d'une métaphore destinée à mieux faire comprendre la pensée du locuteur introduit une ambiguïté néfaste ; mais inversement, une métaphore vaut mieux, parfois, qu'un long développement.

En revanche, s'agissant des figures de pensées, la question n'a pas de sens puisque l'utilisation de ces figures de pensées est inhérente à la structuration même du langage. On voit mal qu'une décision de justice n'ait pas recours, par exemple, à l'énumération, ne serait-ce que lorsqu'elle énonce tous les détails d'une thèse ou qu'elle cite les éléments constitutifs d'une norme juridique ; il en va de même de l'analogie ou de l'identité puisque ces deux formes argumentatives sont à la base du travail de sélection de la norme juridique et de qualification d'un corpus de faits.

Plus délicate est la question de la mesure du contenu de la décision de justice au regard du critère de clarté. Il s'agit là du délicat problème de l'existence et de l'importance des motivations qui doivent figurer dans la décision de justice. Sur ce dernier point, les réponses qu'on peut apporter sont loin d'être univoques. Elles dépendent d'ailleurs autant de la tradition judiciaire

²¹³ *De Oratore*, III, n° 38.

et culturelle du pays que de la place que tient, dans la hiérarchie juridictionnelle, la juridiction qui rend la décision.

On sait que l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme oblige tous les tribunaux à motiver leurs décisions. Au regard du critère de clarté et donc d'intelligibilité, c'est seulement si le justiciable trouve, dans la décision de justice, les motivations qui lui permettent de s'assurer que son juge s'est bien déterminé en fonction des lois applicables au litige, en considération de la loi et/ou de l'équité et/ou de sa conscience, et qu'il a fait un examen attentif, rigoureux, impartial des faits au regard des valeurs éthiques ou sociales communément acceptées par la société civile, qu'il n'a commis aucune faute logique dans la construction de son raisonnement (méconnaissance des principes d'identité ou de non contradiction), qu'il reconnaîtra alors la décision rendue comme une décision de justice et qu'au-delà de sa force obligatoire, il lui donnera son assentiment. Encore, faut-il que l'effort de motivation ait porté sur chacun des éléments constitutifs de la décision ; si cela est nécessaire, la décision de justice doit expliciter, même brièvement, les valeurs qui conditionnent les choix interprétatifs effectués par la juridiction.

Le justiciable, de la sorte, sera à même de constater l'effort de rationalité effectué par la décision de justice, et l'effort de réduction *a minima* des préjugés, des maximes d'expérience, et autres inférences de la subjectivité, qui entrent nécessairement dans l'élaboration de toute décision humaine. Même si ce travail de motivation risque de donner aux décisions un caractère ampliatif auquel les praticiens habitués aux décisions de *common law* sont habitués, il constituera la trace de l'effort de rationalisation propre à toute décision de justice.

*

Ainsi, et en conclusion, l'on peut poser que le caractère exécutoire d'une décision de justice définitive n'est pas exclusif de la prise en considération de l'assentiment de ses destinataires, entendus au sens le plus large. Si la décision de justice dit le Droit et le Juste, elle le fait au travers et par la production d'un texte complexe, codifié et structuré, de nature spécifique. Son contenu juridique, son organisation logique et son expression textuelle peuvent ainsi être soumis aux critères que la Rhétorique propose quant à l'élaboration de tout discours argumentatif : cohérence, ordre méthodique, et intelligibilité. C'est l'une des voies par laquelle la décision de justice, devenue transparente aux yeux des citoyens, pourra être qualifiée de « bonne ».

DEUXIEME PARTIE

**LES PRE-REQUIS DE LA QUALITE
ET L'EXEMPLARITE DES JURIDICTIONS SUPERIEURES**

La formation du magistrat judiciaire
et la qualité des décisions de justice

Éric VEYSSIERE
Conseiller à la Cour d'appel de Bordeaux
Ancien Sous-directeur des études
à l'École nationale de la magistrature (E.N.M.)

1-1. L'idée de qualité de la justice est inscrite dans la genèse même de l'École nationale de la magistrature. C'est dans le souci de *professionnaliser la fonction de juger* que la *professionnalisation de la formation* a été instituée en 1958 par la création du Centre national d'études judiciaires qui deviendra l'École nationale de la magistrature en 1972. Le constat était fait, à l'époque, que la formation sur le tas - simple produit de l'activité professionnelle - était un facteur du discrédit dont souffrait la magistrature. Michel Debré le disait ainsi : « *notre justice n'a pas le crédit qu'elle mérite et notre magistrature ne constitue pas le corps prestigieux qu'elle devrait être. Tel est le sentiment que j'éprouve dès le début de mes études à la Faculté de droit. Je porte donc en moi depuis mes études le projet de restituer à la République une justice honorée. Dans une démocratie, le prestige de l'institution judiciaire et son autorité reposent sur des juges bien formés et compétents, conscients de leurs responsabilités à l'égard de la nation et de la société* ».

Cette exigence de compétence fondée sur le postulat que juger est un métier a été consacrée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 19 février 1998, à propos de l'ouverture de concours exceptionnels d'accès à la magistrature. Le Conseil constitutionnel y fait valoir qu'il « incombe au législateur organique, dans l'exercice de sa compétence relative au statut des magistrats, de se conformer aux règles et principes de valeur constitutionnelle ; qu'en particulier, doivent être respectés non seulement le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège, comme l'exige l'article 64 de la Constitution, mais également le principe de l'égal accès des citoyens aux places et emplois publics, proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, ils "sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leur vertu et de leurs talents" ; qu'il découle de ces dispositions, s'agissant du recrutement des magistrats, en premier lieu, qu'il ne soit tenu compte que des capacités, des vertus et des talents ; en deuxième lieu, que les capacités, vertus et talents ainsi pris en compte soient en relation avec les fonctions de magistrats et garantissent l'égalité des citoyens devant la justice ; qu'enfin, les magistrats soient traités de façon égale dans le déroulement de leur carrière »²¹⁴. Le Conseil

²¹⁴ Sur cette décision, voir : Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 1998-5, p. 20 ; A. QUINT, « La décision n° 98-396 DC sur le recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire : une jurisprudence à pas comptés », *La Semaine juridique (JCP)*, édition générale, 1998, II, 10104 ; J.-E. SCHOETTL, A.J.D.A., 1998, p. 305.

constitutionnel a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence lors de la mise en place de la juridiction de proximité²¹⁵.

1-2. A l'exception de l'Angleterre, où les juges sont issus de la société civile ou de la profession d'avocat, le modèle français de recrutement et de formation des juges s'est imposé dans toute l'Europe. L'école nationale de la magistrature a été, d'ailleurs, à l'origine de la création du « Réseau européen de formation judiciaire » qui rassemble les centres de formation de juges ou de procureurs de 25 pays européens. Préfigurant, sans doute, une instance européenne de formation judiciaire à l'instar du Collège européen de la police, ce réseau a été choisi par la Commission européenne pour développer les échanges de juges au sein de l'Union européenne.

1-3. Le recrutement sélectif des magistrats et la structuration de leur formation autour de l'École nationale de la magistrature ont contribué, de l'avis général, à rehausser le niveau général de la magistrature. En 2007, la quasi totalité des magistrats français était passée par l'École nationale de la magistrature. Les citoyens ont ainsi l'assurance d'être jugés sur l'ensemble du territoire national par des professionnels d'un niveau équivalent. Dans cette mesure, le principe d'égalité des citoyens devant la loi - que le Conseil constitutionnel a rappelé dans ses décisions précédemment citées - est respecté.

Cette unité du corps judiciaire - dont l'École nationale de la magistrature est la matrice - a favorisé aussi l'émergence d'une justice plus indépendante, certains diront plus corporatiste. Force est, en effet, de constater que ce sont des juges capables de maîtriser des affaires complexes qui, en matière économique et financière, ont été le fer de lance d'une justice émancipée du pouvoir politique et de groupes de pression.

1-4. Si la qualité de la formation des juges participe de la qualité des décisions de justice, l'on perçoit la responsabilité qui pèse sur l'École nationale de la magistrature pour être à la hauteur de cet enjeu. Cela signifie, très concrètement, que cette École qui bénéficie du monopole de la formation des magistrats soit, en permanence, attentive aux évolutions de l'institution judiciaire et à celles du corps social. L'existence même de l'École nationale de la magistrature est à ce prix, si l'on songe que l'Ordre des avocats au Barreau de Paris a demandé en 2006 la suppression de l'École nationale de la magistrature et que la Commission parlementaire relative à l'affaire dite d'Outreau n'a choisi de quitter l'Assemblée nationale que pour se rendre uniquement à l'École, manifestant ainsi sa préoccupation mais aussi son intérêt à l'égard de la formation des juges.

Quels sont les défis que doit relever l'École nationale de la magistrature à l'approche de son cinquantenaire ? Ces défis sont multiples et ils traversent l'ensemble des champs d'intervention de la formation judiciaire, c'est à dire le recrutement, la formation initiale et la formation continue des magistrats.

Le recrutement des magistrats

²¹⁵ Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005. Sur cette décision, voir : B. MATHIEU, « L'extension de la compétence des juges de proximité devant le Conseil constitutionnel : une tempête dans un verre d'eau », *Recueil Dalloz*, 2005 (7), p. 449 ; R. PIASTRA, « La réforme de la juridiction de proximité », *Gazette du palais*, 16 et 17 février 2005 (47-48), pp. 11-12 ; J.-E. SCHOETTL, « Les juges de proximité passent pour la troisième fois rue de Montpensier », *Les Petites Affiches*, 2 février 2005 (23), pp. 7-17.

2-1. Les modalités de recrutement des magistrats déterminent amplement le contenu et la durée de leur formation initiale. Cette formation initiale sera d'une durée de 31 mois pour les « auditeurs de justice » issus de l'Université ; elle ne sera que de 12 mois pour les magistrats intégrant directement le corps judiciaire au vu de leur expérience professionnelle. Elle sera même réduite à 6 mois s'agissant des concours exceptionnels ou complémentaires.

Au-delà de ces distinctions, dont la justification peut être discutée, je souhaiterais davantage évoquer deux sujets actuels de préoccupation liés à la qualité du recrutement : la diversité et le niveau de recrutement des magistrats.

2-2. La diversité du recrutement est largement engagée avec l'instauration de trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature dont chacun s'adresse à des candidats possédant des caractéristiques d'âge, de diplôme et d'expérience professionnelle différentes. Mais le législateur et le gouvernement n'ont cessé de multiplier les voies d'accès à la magistrature, dans le but de privilégier l'expérience par rapport au seul diplôme. Dans leur esprit, la qualité d'un magistrat ne se mesure pas uniquement à l'étendue de ses connaissances juridiques. D'autres critères doivent entrer en ligne de compte pour asseoir la légitimité des magistrats. « Il est nécessaire d'avoir une expérience de la vie avant de devenir magistrat », affirmait le Sénateur FAUCHON devant le Parlement, en février 2007.

Dans cette optique, des recrutements parallèles se sont développés au cours de ces dernières années : mise en place de quatre concours complémentaires entre 2002 et 2005 ; recrutement de juges de proximité ; flux régulier d'intégrations directes dans le corps judiciaire. En 2004, 46 % des recrutements dans la magistrature provenaient d'une autre filière que le premier concours, lequel est réservé aux étudiants. En dépit de ce résultat significatif, il est envisagé de renforcer cette tendance. Ainsi, la loi du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats dispose que les auditeurs de justice recrutés sur titre pourront représenter le tiers de l'effectif total de la promotion au lieu du cinquième du nombre d'auditeurs reçus aux concours d'accès à l'École nationale de la magistrature aujourd'hui. Il s'agit d'une évolution profonde du mode de recrutement des magistrats dans la mesure où cette réforme aboutit à doubler le nombre d'auditeurs de justice recrutés sur titre. Analyser l'impact de ces recrutements sur l'évolution de l'institution judiciaire serait prématuré. Mais l'intention du législateur est claire : la voie du concours est une garantie encore nécessaire mais plus suffisante de la qualité du recrutement des magistrats.

2-3. Le niveau du recrutement est un sujet tout aussi actuel. En l'état des textes, le diplôme exigé pour passer le 1^{er} ou le 2^{ème} concours d'accès à l'École nationale de la magistrature doit sanctionner quatre années d'études supérieures après le Baccalauréat. A terme, nous allons devoir nous prononcer sur le niveau universitaire exigible au regard de la réforme des études universitaires et de la mise en place du système Licence – Master - Doctorat (L.M.D).

Le ministre de la justice n'a pas encore tranché cette question qui se pose aussi pour les avocats. Deux impératifs devront guider notre réflexion :

- le maintien d'un haut niveau de qualification juridique ;
- le maintien de l'attractivité du concours d'accès à l'École nationale de la magistrature dans un contexte de recrutement massif dans la fonction publique dans les dix prochaines années.

Aujourd'hui, le taux de réussite au premier concours est de 10 % des candidats ayant passé les épreuves. 70 % des auditeurs de justice reçus possèdent un diplôme d'études supérieures. La qualité du recrutement demeure donc une réalité, laquelle n'est cependant pas intangible. Elle pourra perdurer à la double condition que le métier de magistrat constitue une vocation pour les jeunes juristes et que la formation proposée par l'École nationale de la magistrature vise à l'excellence.

La formation initiale des magistrats

3-1. Globalement, les cours et tribunaux considèrent que les auditeurs de justice sortant de l'École nationale de la magistrature sont bien formés. D'une durée de 31 mois (soit la durée de formation la plus longue de toutes les écoles de service public), la formation initiale des magistrats alterne les périodes de formation à l'école et les stages dans les tribunaux, les administrations, les associations, les professions juridiques, etc. Elle permet d'acquérir les compétences professionnelles dans l'exercice de toutes les fonctions de juge ou de magistrat du parquet au sein d'un tribunal d'instance ou de grande instance. A l'issue de leur scolarité, les auditeurs de justice savent analyser une situation, mener à bien une procédure, prendre une décision, en formaliser la motivation, veiller à son exécution, conduire un entretien ou présider une audience. Au-delà de la maîtrise de ces gestes professionnels – maîtrise sans laquelle la qualité des décisions judiciaires serait un vain mot - une partie importante de la formation a pour objectif de constituer une culture judiciaire ouverte aux réalités du monde contemporain dans les domaines de l'économie, du social, de la famille, de la communication, des relations internationales, de la coopération judiciaire européenne. Les sciences humaines sont également présentes dans cette formation, et en particulier la psychologie et la psychiatrie dont les enseignements ont été particulièrement renforcés en 2006.

3-2. Le caractère probatoire de la formation dispensée par l'École permet de repérer les défaillances, notamment sur le plan du comportement, qui pourraient compromettre le bon fonctionnement de la justice. L'École, comme le jury de sortie, sont particulièrement vigilants sur ce point. Les redoublements ou les exclusions ne sont pas rares (il y a eu une exclusion et dix redoublements lors de la dernière promotion). Le jury a également la faculté de recommander à l'autorité de nomination, les fonctions que l'auditeur paraît être le mieux à même d'exercer. Ces « recommandations » ont été remplacées par des « réserves » du jury par la loi du 5 mars 2007 relative à la formation et à la responsabilité des magistrats, et ces « réserves » seront désormais versées au dossier du magistrat²¹⁶.

Les critères d'évaluation de l'aptitude d'un auditeur de justice ne se limitent pas à la maîtrise des techniques professionnelles. L'auditeur de justice doit aussi démontrer sa capacité à mettre en œuvre les principes d'un procès équitable : l'impartialité, le respect du contradictoire, la célérité, la loyauté à l'égard des parties, etc. Ces valeurs fondent l'identité professionnelle et

²¹⁶ Article 21 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature modifiée par la loi n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

l'éthique d'un magistrat ; elles garantissent la qualité des décisions de justice. Un auditeur de justice dépourvu de ces qualités n'est pas digne de devenir juge ou procureur.

3-3. La Commission d'enquête parlementaire chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau n'a pas remis en cause le dispositif de formation initiale des magistrats. Toutefois, elle a considéré que la durée du stage des auditeurs de justice en cabinets d'avocats devait être allongée afin de favoriser une compréhension mutuelle des deux professions et de créer une culture professionnelle commune. Par voie d'amendement au projet de loi sur le recrutement, la formation et la responsabilité des magistrats, les députés ont donc introduit dans le statut de la magistrature, l'obligation pour les auditeurs de justice d'effectuer un stage en cabinet d'avocat d'une durée minimale de six mois²¹⁷. Cette réforme, applicable aux auditeurs de justice nommés en 2008, n'est pas neutre pour l'École. Elle va modifier le rythme de la scolarité et le contenu de la formation dès lors qu'il n'est pas envisagé d'augmenter la durée globale du cursus de formation.

Pour être complet sur ce sujet, il convient de rappeler que parallèlement, et ce depuis 2006, des élèves-avocats participent à Bordeaux à la scolarité des auditeurs de justice. L'École nationale de la magistrature avait ainsi anticipé les vœux de rapprochement des deux métiers formulés par le Parlement.

La formation continue des magistrats

4-1. Les polémiques visant l'École nationale de la magistrature se concentrent en priorité sur le recrutement et la formation initiale des magistrats, que nous venons d'évoquer. Pourtant, les enjeux sont encore plus cruciaux en ce qui concerne leur formation continue. En effet, la carrière des magistrats français est longue. De plus, ils ont vocation à occuper successivement des fonctions diversifiées dans un contexte législatif inflationniste et instable. La qualité de la décision de justice dépendra, pour une large part, de la faculté des magistrats à actualiser leurs connaissances, à mesurer les évolutions de la société, à intégrer de nouvelles méthodes de travail, à gérer efficacement les moyens mis à leur disposition.

4-2. L'École nationale de la magistrature a développé une offre importante de sessions de formation continue. Son catalogue propose, chaque année, plus de 600 actions de formation nationales et 300 actions déconcentrées dans les cours d'appel. En 2005, 4302 magistrats ont suivi une session ou un stage de formation continue, soit 56 % de l'effectif du corps judiciaire ce qui représente un nombre total de 37724 journées de formation.

Les domaines abordés couvrent l'ensemble du champ du droit (du droit de la presse au droit de la construction, en passant par la procédure pénale, le droit pénal économique et financier) et des pratiques professionnelles (l'audition du mineur, la présidence de la cour d'assises, la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances [LOLF], les nouvelles technologies,

²¹⁷ Article 19 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature modifiée par la loi n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

etc.). Une session de formation de 5 jours est systématiquement proposée aux magistrats changeant de fonction (500 en 2006).

L'École offre, en outre, la possibilité d'organiser des stages individuels dans des entreprises ou des administrations ayant un lien avec l'activité professionnelle du magistrat. Des journées d'information et de réflexion réunissent les magistrats et d'autres praticiens sur des grands sujets de société (la bioéthique, le développement durable, les étrangers, les religions et leur culture, etc.). Enfin, l'École a développé une activité européenne significative, sous la forme de sessions spécifiques ou de stages proposés auprès des institutions judiciaires des pays de l'Union européenne ou des juridictions internationales (Cour de justice des Communautés européennes, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Cour européenne des Droits de l'Homme, etc.).

Les besoins de formation sont repérés au terme d'un bilan national et local et de consultations auprès des divers services de la Chancellerie, des organisations professionnelles de magistrats, des représentants des chefs de cours et des professions juridiques. Les programmes sont discutés au sein d'une Commission pédagogique et soumis à l'approbation du Conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature.

4-3. Les sessions sont complétées par une documentation pédagogique mise à jour par les chargés de formation de l'École ou les directeurs de session. Ces documents sont mis en ligne sur le site intranet de l'École nationale de la magistrature, lequel est accessible à l'ensemble des juridictions. Les praticiens peuvent y trouver, classés par thèmes ou par fonctions, les textes applicables, des fascicules pédagogiques, des fiches pratiques, des listes de discussion sur les pratiques professionnelles.

Un magistrat diligent peut donc, depuis son bureau, bénéficier des apports des différentes sessions de formation et être tenu informé des pratiques judiciaires les plus innovantes en échangeant avec ses collègues.

Le savoir faire de l'École nationale de la magistrature en matière de formation est reconnu au sein de l'institution judiciaire. Il est aussi apprécié des autres écoles de service public et des centres de formation des autres professions juridiques, qui constituent des partenaires réguliers de l'École et avec lesquels elle co-organise de nombreuses formations.

4-4. Toutefois, la formation continue demeure encore une démarche individuelle, une initiative personnelle. De surcroît, elle s'inscrit encore trop rarement dans un parcours de formation correspondant à des choix d'évolution de carrière.

Si des formations d'adaptation sont systématiquement proposées aux magistrats qui changent de fonction, il est plus rare qu'un magistrat suive une formation dans la perspective de préparer une nouvelle orientation de sa vie professionnelle. Conscients de la nécessité d'accompagner les magistrats dans cette démarche, l'École a mis en place des formations qualifiantes en lien avec l'Université (« enfants et adolescents difficiles », « certificat de *common law* », etc.) ainsi que des cycles de spécialisation (analyse comptable et financière, lutte contre la grande criminalité, plan de formation des cadres, etc.).

Dans un rapport remis le 14 février 2007 au garde des sceaux, M. Guy CANIVET, premier président de la Cour de cassation, proposait d'aller plus loin dans l'articulation de la formation et de la carrière des magistrats. Il souhaitait que les chefs des juridictions les plus importantes - ou ceux qui aspirent à de

telles responsabilités - suivent un Master spécialisé nommé « Stratégie des politiques de la justice ». L'École nationale de la magistrature serait chargée de sa mise en œuvre en partenariat avec une Université ou une Grande école.

L'ambition affichée par le premier président de la Cour de cassation était de moderniser la gestion des juridictions et d'améliorer l'efficacité et la qualité de la justice en faisant émerger du corps judiciaire un potentiel de magistrats aptes à conduire le changement. Dans un proche avenir, la magistrature pourrait donc avoir son École de guerre !

4-5. La formation des magistrats est devenue l'un des axes forts d'une gestion modernisée des ressources humaines au sein de la justice. Le Parlement l'entend d'ailleurs de cette manière, puisqu'il vient de décider de rendre obligatoire la formation continue des juges et des procureurs²¹⁸. Celle-ci s'exerçait, jusqu'à présent, comme une faculté pour le magistrat²¹⁹. Le défi à relever pour l'École nationale de la magistrature est considérable. Il ne sera réussi qu'à la condition que l'offre de formation réponde au besoin professionnel de chaque magistrat.

La place centrale de la demande de justice dans les sociétés modernes a accru le niveau d'exigence à l'égard des juges. La qualité de la décision de justice et sa célérité dépendent, bien entendu, de l'organisation de l'institution judiciaire et des moyens qui lui sont alloués. Mais avant tout, ce sont les hommes et les femmes qui rendent la justice qui en sont les comptables. Il est normal, dans ces conditions, de veiller scrupuleusement à la qualité de leur recrutement et de leur formation.

²¹⁸ Article 14 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature modifiée par la loi n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

²¹⁹ Article 50 du décret n° 72-355 du 4 mai 1972 : « tout magistrat qui le demande bénéficie chaque année de cinq jours de formation au moins ».

La formation de l'avocat
et la qualité des décisions de justice

Michel BENICHOU
Ancien Bâtonnier du Barreau de Grenoble
Ancien Président de la Conférence des Bâtonniers
Président d'Honneur du Conseil national des Barreaux

En tant que « praticien » du droit, on peut, *a priori*, se dispenser d'une conceptualisation des normes de qualité. Aussi, je me contenterai d'exposer la « vision » qu'a le Barreau de cette démarche qualité et, d'autre part, l'influence que peuvent avoir les avocats sur la qualité des décisions de justice.

Cette demande de qualité n'est pas nouvelle dans son affirmation conceptuelle. Aujourd'hui, on emprunte un vocabulaire issu du monde industriel et commercial, qui fait de la « démarche qualité » un outil de compétitivité. Certes, on prétend que le marché du Droit est partout. Toutefois, il me semble qu'il faut rappeler, en permanence, que la qualité judiciaire obéit à un processus particulier, singulier, non-marchand et que la qualité résulte donc de la définition, relativement vague, de la Justice comme service public. Parallèlement, il ne faudrait pas que cette recherche de la « démarche qualité », cette accentuation de la réflexion sur la qualité, devienne un moyen de gérer les flux dans le cadre de la Loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF).

Il nous faut donc, tout en continuant de parler de qualité, dénoncer en permanence les difficultés matérielles de l'institution, le manque de moyens, l'insuffisance de personnel, les problèmes d'intendance qui sont, souvent, à l'origine de l'insatisfaction du justiciable, ce dernier étant exaspéré par la longueur des procès. Le justiciable constate par ailleurs que des moyens importants sont réservés à une justice « de luxe » qui prend du temps, du personnel, se complait dans les médias alors même que la justice « de masse » est toujours gérée dans la pénurie et qu'on lui propose, pour seul avenir, la standardisation, voire l'éloignement du justiciable par une réforme de la carte judiciaire.

Je constate également qu'on voit se développer études et colloques, souvent en liaison avec l'*analyse économique du droit*, consacrés à cette question de la qualité. Il ne faudrait pas que, comme pour d'autres innovations – je pense en particulier aux modes alternatifs de règlement des conflits - on s'enferme dans un cycle privilégiant formations et colloques (en France et à l'étranger) plutôt que des enjeux pratiques.

La justice s'intéresse donc à sa propre qualité. Pour les avocats, l'idée n'est pas neuve. Les Ordres professionnels des avocats ont initialement interdit la publicité personnelle, avant que cette interdiction ne soit entérinée par la Loi. Cette décision participait de l'économie de la modération et visait à éloigner la logique du marché capitaliste en restreignant la lutte concurrentielle. Toute recherche de clientèle, soit par des indications extérieures appelant l'attention sur le cabinet (plaques, annonces,...), soit par des sollicitations directes ou indirectes étaient interdites. Seule la confiance que le client apportait à son avocat était supportée. Cette confiance était soit collective (on avait confiance

en le Barreau et son organisation), soit individuelle. Elle excluait, préalablement, toute connaissance des prix et de la qualité. Les prix étaient fixés dans chaque cabinet et n'en sortaient pas. La recherche de la qualité était donc essentielle à la renommée.

La situation a changé - et changera encore - sous l'impulsion notamment de la Commission Européenne et de sa politique concurrentielle. Le droit, dit-on, est un marché et, dès lors, quasiment tous les modes de publicité doivent être admis. Seuls restent interdits le démarchage et la publicité comparative.

Avant 1990 et encore parfois aujourd'hui, il y avait donc la rumeur et celle-ci devait porter sur la capacité - réelle ou supposée - de l'avocat de défendre, sur sa spécialisation et, surtout, sur sa capacité à gagner les causes qui lui étaient confiées. Compte-tenu de l'asymétrie de l'information entre l'avocat et son client, l'évaluation de la prestation de l'avocat était difficile dans le cours de la relation et intervenait, parfois, *a posteriori*, au travers du résultat judiciaire. La décision de justice constituait ainsi un critère de la réputation de l'avocat (outre son humanité, son écoute, sa combativité, ... voire sa technique juridique). Dans cette mesure, relier la qualité de la décision de justice d'une part, la formation et le travail des avocats d'autre part, peut être un excellent réflexe. Ainsi, les avocats se sont lancés dans des démarches qualité avec pour objectif la certification ISO de leur qualité (9000, 9001, environnement, ...) ²²⁰ et la constitution de véritables réseaux assortis de certification. Mais cette certification n'a que de lointains rapports avec la qualité des décisions de justice. Elle ne concerne que le mode de fonctionnement des Cabinets.

La question posée est de savoir si la formation des avocats a pour objectif de conforter ou même d'améliorer la qualité des décisions de justice et si elle a une quelconque influence sur le magistrat lors de la rédaction de son jugement. En somme, le « bon juge » et la « juste décision » dépendent-ils du travail de l'avocat, même et, surtout, bien formé ?

On pourrait répondre en rappelant d'abord que le monopole d'intervention de l'avocat est assez limité. Le ministère de l'avocat n'est obligatoire que devant le Tribunal de Grande Instance (et seulement devant certaines chambres). Lorsque l'on évoque la représentation obligatoire par un avocat dans des matières telles que la tutelle, les Tribunaux de Commerce et en particulier les procédures collectives, le Ministre de la Justice répond en faisant référence au budget de l'aide juridictionnelle et aux économies nécessaires. Certains, à la Commission Européenne, envisagent même la suppression de toute représentation obligatoire des justiciables par les avocats au nom de la règle du marché (comme en Finlande).

Examinons, néanmoins, l'objectif de la formation des avocats par rapport au système judiciaire et l'influence prêtée aux avocats quant à la qualité de la décision.

I – De l'objectif de la formation des avocats et de la qualité des décisions de justice

²²⁰ Voir : Conseil national des Barreaux, *La certification Qualité à l'usage des cabinets d'avocats*, 2000 (http://www.cnb.avocat.fr/PDF/guide_certif_CNB.pdf). Voir également les articles 10.4 et 10.9 du Règlement Intérieur Harmonisé des Barreaux de France.

A. D'une formation uniquement vers le judiciaire...

La profession d'avocat s'est créée en fonction de la Justice et des juridictions.

Son organisation, aujourd'hui encore, autour des Ordres, prend appui sur les Tribunaux de Grande Instance (en l'état au nombre de 181). La profession d'avocat était donc en liaison, en fusion, avec la magistrature.

L'histoire des avocats a débuté par un travail commun avec les magistrats. Ils étaient des Avocats d'Etat, consultants des magistrats devenant eux-mêmes, au terme de leur carrière, juges. C'est François I^{er} qui, en instaurant la vénalité des charges pour financer ses guerres italiennes et ses châteaux, a mis fin à ce cursus permanent de l'avocature (le Barreau) vers la magistrature.

Certes, parallèlement, les conflits n'ont pas manqué. La profession a tenu à affirmer son indépendance, d'un part, à l'égard de l'État et, d'autre part, à l'égard des Parlements. Chacun connaît l'arrêt du Parlement de Paris du 11 mai 1602 qui va contraindre les avocats à signer leurs écritures et à mentionner leurs honoraires sur les documents qu'ils établissaient. Les avocats y ont vu une atteinte à leur indépendance. Leurs émoluments pouvaient être contrôlés par les magistrats. Ces émoluments étaient, d'ailleurs, depuis longtemps, limités à 30 livres. C'était un acte attentatoire à leur autonomie. Ils ont décidé de remettre leur démission au greffe, dépositaire du Tableau. Le 25 mai 1602, le Roi a cédé et fait céder le Parlement. Il confirmait l'arrêt du 11 mai 1602 mais restituait aux avocats rayés du Barreau leur droit d'exercer. L'arrêt sur la publicité des honoraires restera lettre morte.

Il existait des conflits mais également une union qui, à plusieurs reprises, soudera la communauté judiciaire. Les deux professions lutteront contre la monarchie absolue. Le plus bel hommage rendu à la profession ne fut-il pas le discours prononcé par le Chancelier D'AGUESSEAU sur l'indépendance des avocats.

Les avocats étaient, naturellement, tournés vers le judiciaire. Dès lors la formation était simple. On peut dire que pendant des siècles, les écrits de LOISEL demeurèrent la règle : « *Ce que je désire donc de mon avocat est qu'il apprenne à bien conduire un procès intenté ou à intenter, à adresser succinctement une demande et à libeller un exploit ; et lors qu'il faudra plaider, qu'il examine et ménage toutes les particularités et circonstances de sa cause, qu'il en prenne bien le point et s'y arrête et le représente en termes bien choisis et intelligibles ... qu'il précise les textes de droit, d'ordonnances, d'articles, de coutumes ou de décisions de docteurs sans obscurcir ou noyer d'allégations superflues ... la cause et quelque fois l'embellisse d'un trait d'humanité (...) voire de grec et de latin comme en passant ...* » (Antoine LOISEL, *Dialogue des avocats au Parlement de Paris*, 1603)²²¹.

L'enseignement était clair. La formation devait conduire l'avocat :

- à bien rédiger son acte introductif d'instance,
- à suivre sa cause,
- à bien plaider.

²²¹ Jean-Louis THIREAU, « Lumières et ombres de la profession d'avocat au tournant des XVI^e et XVII^e siècles d'après le Dialogue des avocats au Parlement de Paris d'Antoine Loisel », *Revue de la Société internationale d'Histoire de la profession d'avocat*, 1993, n° 5, pp. 51-67.

Sur ce dernier point, LOISEL insistait sur l'absence d'allégations superflues, de parades, le besoin de sobriété mais en rappelant que la cause devait être complètement exposée. Aujourd'hui, nous en sommes toujours là. Simplement la longueur des explications semble commencer après quelques minutes.

B. ... A une formation ayant le client au cœur de ses préoccupations

En 1990, la profession d'avocat a été fusionnée avec celle des conseils juridiques pour constituer une nouvelle profession. Dès lors, les préoccupations vont changer. Le souci de servir le système judiciaire ne constitue plus, aujourd'hui, dans la formation des avocats, le postulat permanent unique. Les rapports entre les magistrats et les avocats semblent distendus, individuellement et collectivement. Il existe, dans certains tribunaux, une absence totale de communication entre les professions. Cette situation est certainement amplifiée par la durée des mandats des Bâtonniers (2 années), leur constante rotation. Surtout, il n'existe aucun dialogue institutionnel prévu dans les textes. Dès lors, si un Bâtonnier décide de ne plus avoir de contact avec le Président du Tribunal de Grande Instance qui, lui-même, est « fâché » avec le Procureur de la République qui, de son côté, ignore totalement le Greffier en Chef, nous aurons une juridiction dans laquelle les principaux acteurs se côtoieront sans dialogue. Je n'évoque même pas les difficultés inhérentes à la dyarchie et au double système juridictionnel (judiciaire et administratif).

Il serait pourtant simple de prévoir des règles coutumières ou légales qui consisteraient :

- pour les avocats, à inviter, au moins une fois dans l'année, le Président du Tribunal de Grande Instance et le Procureur de la République à intervenir devant le Conseil de l'Ordre, ou devant l'Assemblée générale des avocats,
- et réciproquement.

Cela permettrait une compréhension plus importante.

Ajoutons que, parfois, individuellement, s'institue une méfiance permanente.

L'affaire d'Outreau n'a pas facilité les choses. Certains avocats en ont profité pour régler des comptes. Certains magistrats ont ouvertement mis en cause des avocats²²².

On espère que les formations communes pourraient permettre une nouvelle idylle. A l'École Nationale de la Magistrature, certains avocats interviennent déjà comme formateurs. Par ailleurs, l'École Nationale de la Magistrature accueillera des élèves-avocats qui suivront la même formation initiale que les « élèves-magistrats » (les auditeurs de justice)²²³. M. Michel DOBKINE – magistrat, ancien Directeur de l'École Nationale de la Magistrature – ne pouvait mieux le dire le 26 juin 2006 : « *Je voudrais que ces élèves (avocats) assistent in-vivo à cette incubation au terme de laquelle un juge naît, se développe puis croît* »

²²² Sur cette affaire, voir dans le présent ouvrage : Antoine VAUCHEZ, « Les jauges du juge. La justice aux prises avec la construction de sa légitimité (Réflexions post-Outreau) ». Voir également : Antoine GARAPON et Denis SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem*, Paris, Editions du Seuil, 2007.

²²³ Loi n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats. Sur cette question, voir dans le présent ouvrage d'Eric VEYSSIERE, « La formation du magistrat judiciaire et la qualité des décisions de justice ».

Pour compléter le tableau sur l'évolution des avocats, il convient de faire remarquer qu'on nous répète régulièrement que le recours à la justice est une véritable catastrophe naturelle, un « tsunami ». En effet, parmi les différents fléaux recensés dans ce pays, on trouve les obstacles à l'accès au juge en bonne place. On a l'impression que le contentieux serait un flot qu'il faudrait endiguer en créant filtres, irrecevabilités, processus d'exécution provisoire, examens discriminatoires des demandes juridictionnelles... tous moyens utiles pour décourager le justiciable de recourir à sa Justice. Une bonne réforme de la procédure civile, aujourd'hui, vise à accroître les obligations et les coûts pesant sur le justiciable par des méthodes diverses et à décourager les instances.

Les avocats ont donc intégré ces éléments. Ils ont réformé leur formation avec de nouveaux objectifs. La réforme de février 2004²²⁴, préparée depuis de longues années, a entraîné une modification :

- de la formation initiale,
- de la formation continue.

Pour la formation initiale, l'esprit dans lequel le Conseil National des Barreaux a pensé cette réforme vise à mettre le client au cœur des préoccupations de l'avocat. Il s'agit d'inciter les jeunes élèves avocats à se diriger vers le conseil aux particuliers, aux entreprises et aux collectivités locales, c'est-à-dire, prioritairement, hors des champs contentieux.

Cette réforme – dans son esprit et dans sa pratique – ne bouleversera pas la situation actuelle brutalement mais elle est éclairée par des chiffres significatifs. On constate le développement considérable du chiffre d'affaires des avocats appartenant au Barreau pratiquant le Droit des affaires (*Business Law*), dont l'activité principale est le conseil. Concomitamment, on déplore la paupérisation des « avocats du quotidien », des avocats qui assument la défense de proximité. L'écart entre les revenus s'accroît. Mais, au-delà des revenus, il s'agit du sentiment de reconnaissance, de la qualité de l'exercice professionnel, du « vécu » des avocats. Désormais, les « stars du barreau » sont les avocats d'affaires. Ce sont les modèles enviés par les jeunes.

Dans la période de 18 mois de formation initiale, désormais instituée, on incite les élèves-avocats – outre le stage de 6 mois dans un cabinet d'avocat - à faire un stage de 6 mois dans une entreprise, une association et quelque fois dans une juridiction. Puis s'y ajouteront 6 mois de formation théorique pour traiter des pratiques professionnelles, de la déontologie et de la méthodologie. Il ne s'agit donc plus de reprendre les enseignements que l'Université a dispensés, même en les mêlant d'éléments pratiques.

Nous avons conscience de ce que cela pourrait entraîner une diminution de la compétence des nouvelles générations d'avocats en matière de procédure. Cette compétence était solidement installée depuis de longues années. Les avoués, devant les Tribunaux de grande instance, avaient un savoir et un savoir-faire de technique procédurale. Certains disent que la qualité de la technique procédurale des avocats a baissé. Cette impression est amplifiée par la simplification de la procédure et le sentiment, parfois, que les règles de procédure ont moins d'importance pour les magistrats.

Délibérément, nous espérons amener nos futurs confrères vers la satisfaction d'autres besoins de droit que le contentieux.

²²⁴ Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires.

Il reste les avocats actuellement en exercice, habitués des juridictions. Le Conseil National des Barreaux, avec l'aide du Ministère de la Justice, a décidé d'imposer la formation continue obligatoire. Les avocats doivent justifier de 20 heures par an, qui s'évaluent sur une période de deux années. Tous les ans, les avocats adressent à leur Bâtonnier les justificatifs et preuves du suivi de formation continue à hauteur d'un minimum de 20 heures. Tous les deux ans, le Bâtonnier fait le point et constate si, effectivement, la formation a été suivie en quantité suffisante. A défaut, il s'agit d'un manquement déontologique, passible de sanctions disciplinaires.

Cette responsabilité déontologique liée à la formation continue pèse donc maintenant sur les Bâtonniers. Il est de leur devoir de faire respecter cette règle déontologique et d'engager les poursuites utiles à l'encontre des récalcitrants. Des délais pourront être accordés, ainsi que des sanctions disciplinaires assorties ou non d'un « sursis avec mise à l'épreuve » d'une formation continue rattrapée. Quoiqu'il en soit, il importe que les Barreaux exercent la police de cette formation.

Après les deux premières années d'application, on constate un suivi massif de la formation avec une offre considérable. Les « réfractaires » sont peu nombreux. Ainsi, dans un Barreau de 200 personnes, seuls deux avocats n'ont eu, en deux années, aucune heure de formation à leur actif.

Cette formation continue traite des questions de procédure et de contentieux. Mais il s'agit, surtout, de permettre aux avocats déjà inscrits, voire expérimentés, de trouver de nouveaux marchés compétitifs. La Commission Européenne nous a convaincu de ce que nous étions des entreprises soumises aux mêmes règles, aux dispositions concurrentielles des articles 81 et suivants du Traité de Rome. Nous tentons, en vain, de répéter que nous ne le sommes pas et que nous ne voulons pas devenir des « marchands de droit ». Nous considérons qu'il existe une singularité du rapport entre l'avocat et son client. Les avocats ne se considèrent pas comme étant dans l'*économie de marché*, mais dans une *économie des singularités* (Lucien KARPIK). Or les avocats sont, apparemment, seuls à le penser et ne disposent guère de soutiens dans ce combat pour la reconnaissance de leur singularité.

Au terme de ces premières observations, je suis donc tenté d'affirmer que la formation des avocats n'a pas pour objectif proclamé et premier d'améliorer la qualité des décisions de justice. Mais peut-être cette affirmation n'est-elle que le constat d'une impuissance.

II – L'avocat peut-il influencer sur la qualité des décisions de justice ?

Avant de répondre, il importe de savoir ce qui, pour un avocat et son client, est une « juste » décision de justice. La qualité d'une décision de justice dépend aussi de son lecteur. Quant à savoir si le juge peut être influencé par le travail de l'avocat, il est de fait que l'avocat n'a quasiment pas d'influence sur la qualité de la rédaction de la décision de justice ou sa motivation. Il pourra néanmoins avoir une certaine influence sur la qualité du processus judiciaire.

A. L'absence d'influence sur la qualité de la décision

Ne nous désintéressons pas de la décision de justice. Au contraire, nous attendons le jugement, qui est la réponse du juge à la demande des plaideurs (sauf en matière pénale). La lecture du résultat nous *passionne*.

Nous recherchons la clarté du dispositif permettant une exécution normale. Nous sommes comptables à l'égard de nos clients de cette qualité. Ceux-ci, oubliant de plus en plus que nous n'avons qu'une obligation de moyens, font peser sur nous une obligation de résultat, avec le soutien d'une jurisprudence qui retient, avec régularité et croissance, la responsabilité des avocats²²⁵.

A titre personnel, dans une décision je lis d'abord le dispositif. Une bonne décision sera-t-elle d'abord un jugement qui m'aura donc donné gain de cause ? Cela n'est pas neutre dans l'appréciation. En général, je trouve juste que l'on ait donné raison à mes clients. Au surplus, le jugement de qualité tiendra également dans la motivation. La clarté dans l'exposé favorisera l'adhésion des clients à la décision, quelle qu'elle soit. La rigueur du raisonnement, l'enchaînement logique des propositions concourront à l'intelligibilité de la décision et permettront de persuader le client, même s'il a perdu, de la justesse de la position adoptée par le ou les magistrats. Nous demandons donc des jugements convaincants et valorisant le bien-fondé de la thèse adoptée par la juridiction.

Naturellement, nous avons conscience de ce que l'argumentation n'est pas la démonstration. En 1998, une réforme envisageait une motivation « allégée ». Il paraît que cette réforme a été repoussée... Ce dont ne rend pas nécessairement compte la pratique des juridictions.

Or, la motivation constitue une garantie fondamentale, garantie contre le pouvoir discrétionnaire, contre l'argument d'autorité. La motivation doit porter sur chaque chef du dispositif. Elle doit s'appliquer à tous les moyens invoqués. Rien n'est pire que de dire le client revenir, après avoir lu le jugement et constater que le magistrat n'a pas répondu à certains moyens auxquels il tenait, le défaut de motivation étant inomique de la justice idéale. Il faut persuader et il faut pour cela une rhétorique. Sans préjudicier à la réflexion à venir sur « l'exemplarité des juridictions supérieures », l'on doit cependant parler ici de la question de l'admissibilité des pourvois et l'accès au juge de cassation. Aujourd'hui, passer le cap de l'admission semble une véritable prouesse. Il nous faut donc, régulièrement, expliquer à nos clients la « décision » de non-admission prise sans motivation, sans rapport annexe... Il faut leur expliquer qu'il n'existe aucun droit absolu au double examen d'une affaire en matière civile, pénale ou administrative puisque la Cour Européenne juge régulièrement que l'article 6 de la CESDH ne l'impose pas aux États contractants. Il faut leur expliquer que l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile permet au Premier Président de la Cour de Cassation de retirer une affaire du rôle de la Cour à la requête du défendeur au pourvoi, lorsque le demandeur, même s'il n'en a pas les moyens, ne peut justifier de l'exécution de la décision attaquée. Cette mesure est tellement bénéfique pour diminuer l'engorgement des juridictions qu'elle a été étendue aux Cours d'appel par la réforme procédurale de 2005²²⁶. Elle ne favorise certes pas l'égalité des citoyens et l'égalité des armes entre les parties.

Il a été également proposé d'instaurer l'exécution de droit de toutes les décisions de première instance de façon à « *re-crédibiliser ces décisions*, à

²²⁵ Voir : Patricia CASSUTO-TEYTAUD, « La responsabilité des professions juridiques devant la première chambre civile », in Cour de cassation, *Rapport 2002* (<http://www.courdecassation.fr/article6113.html>) ; Hadi SLIM, *La responsabilité professionnelle des avocats, avoués et conseils juridiques*, Paris, Litec, 2003.

²²⁶ Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 (art. 49 et 50) portant réforme du Nouveau code de procédure civile.

responsabiliser les justiciables et leurs conseils ». On cherche surtout ainsi à gérer les flux et non à améliorer la qualité des décisions, laquelle suppose un possible contrôle de la décision rendue en première instance.

Au travers de ces éléments, on constate donc l'absence d'influence des avocats sur la décision elle-même. On le voit, encore mieux, lorsque l'on s'intéresse aux revirements de jurisprudence. Ainsi, la Cour de Cassation a modifié sa jurisprudence concernant la contrepartie financière en matière de clause de non-concurrence dans les contrats de travail par des arrêts du 10 juillet 2002 (3 arrêts). Depuis des années, certains plaidaient, avec les mêmes arguments, pour dire que ces clauses devaient être restreintes et devaient s'accompagner d'une rémunération versée au salarié au nom de la liberté du travail. Pendant les mêmes années, la même Cour de Cassation, au vu des mêmes arguments, a considéré que les restrictions déjà instaurées (temps, espace et besoin de l'entreprise) suffisaient. Puis, brutalement, sans indicateur préalable, elle a changé de point de vue ... parce qu'elle l'a décidé, parce que le Président de la Chambre Sociale a changé ou parce que le contexte social a changé. Depuis des années, les avocats-conseils inséraient des clauses de non-concurrence sans prévoir de contrepartie financière dans les contrats de travail. Cela correspondait aux besoins de l'entreprise (services commerciaux, fichier clientèle, savoir-faire technique,...). Brutalement, toutes ces clauses ont été balayées, puisque la jurisprudence s'est appliquée immédiatement, y compris aux contrats en cours. Les conséquences en ont été importantes sur le plan de la responsabilité des conseils alors que dans le même temps, le Conseil d'État de son côté consacrait le « principe de sécurité juridique » comme Principe Général du Droit (C.E., 24 mars 2006, *Sté KPMG*). Pour notre profession, la sécurité juridique est importante et la décision de justice doit en tenir compte. Le justiciable ne peut avoir confiance en son avocat et au travers de celui-ci, en la Justice, si une « confiance légitime » ne s'instaure pas ou si elle est ébranlée par des décisions non-motivées, manifestant des retournements brutaux et incompréhensibles.

La décision restera donc largement dépendante de la personnalité du juge. Le Président Pierre DRAI disait, ainsi : « *A l'homme frustré de sa liberté d'aller et de venir, aux personnages publics violés dans le tréfonds de sa vie privée, aux démunis et aux sans-grades menacés dans ses droits et libertés fondamentaux, il convient de dire : cherchez un juge, saisissez le et exigez de lui qu'il rende justice. Ce n'est qu'ainsi que se consacre l'État de droit* ».

B. L'influence sur la qualité du processus

Le client et l'avocat considèreront comme liés à la qualité de la décision de justice le respect du contradictoire et l'égalité des armes. L'amélioration du rapport des citoyens à la chose publique passe par ce respect de chacun. On sait qu'un citoyen est souvent prêt à sacrifier sa liberté mais non l'égalité et notamment devant la Justice. Sur ce point, l'influence de l'avocat peut exister. Il peut faire respecter cet échange contradictoire.

De même, il est évident que nous allons vers une audition plus grande du justiciable et que les avocats la solliciteront. Dans le système québécois, l'audition du justiciable est la règle et constitue le point fort du dossier. La partie est entendue par le juge et le reconnaît même lorsque l'instance est perdue. Ce critère d'audition sera, progressivement, imposé par les juridictions européennes. Cette audition permettra la « juste solution » parce que les

parties auront été écoutées. Les justiciables, dans leur rapport avec les professionnels judiciaires, ne sont plus dans l' ancestrale posture de timidité, de référence ou de révérence. Les usagers du droit s'organisent de façon collective autour d'associations et s'intéresseront au fonctionnement de la justice. Ils demanderont peut être à y participer pour donner leur avis sur l'organisation et le système judiciaire. L'avocat peut également avoir une influence quant à cet accès au juge, ce droit au juge, cette procédure d'audition, ces moyens nouveaux, pour arriver à la « bonne décision ».

Il peut également participer à la garantie de l'impartialité du juge. Il faut, pour que cette impartialité soit complète – nécessairement – qu'il y ait une vigie, l'avocat. L'acte de juger se « contextualise » et une part de la décision revient à la personnalité du juge lui-même. L'avocat doit alors être le garant de l'impartialité, de la qualité du processus protecteur des droits des deux parties.

L'avocat doit rappeler le droit à la décision de justice qu'a le justiciable.

Enfin, le juge n'aura pas seulement un rôle technique. Il se voit assigner d'autres objectifs. Dans les problèmes familiaux, ne doit-il pas tenir compte de la nature du conflit et de la nécessité de mettre l'enfant hors de danger ? Dans les problèmes sociaux, ne doit-il pas examiner la possibilité de sauver des emplois ? Dans des problèmes pénaux, ne doit-il pas s'interroger sur la possibilité de réinsertion du prévenu même si celle-ci n'est plus au cœur de la politique du gouvernement ? Mais, chaque fois, n'y-a-t-il pas le risque d'être ressenti comme partial ?

Le juge est « validé par sa performance dans la réalité sociale et non plus, comme auparavant, par le stricte critère de légalité » (Antoine GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996). « *Il lui faut plus appliquer des principes mais rechercher les moyens les plus sûrs et les plus rapides pour parvenir à une fin donnée* ». Dès lors, le juge doit donner un sens concret aux principes de procédure comme de fond pour chaque situation.

Le juge qui participe à la décision de justice, doit avoir tous les rôles. Il applique la loi et assure le maintien de l'État de droit, il garde et protège les libertés fondamentales, il s'occupe de la misère du monde et même devient le « délégué aux victimes ». Nous demandons un juge indépendant, libre, impartial, un juge neutre qui ne préfère jamais une partie à l'autre ou l'avantage. Un juge qui respecte la dignité humaine, la présomption d'innocence. Évidemment, s'il est courtois et ponctuel nous l'idolâtrons.

Mais nous savons que face à ces exigences, il y a le défi quantitatif. Dès lors, quel rôle peut avoir l'avocat dans ce contexte, quelle influence peut-il avoir sur ce magistrat et sur sa décision ? Cette influence sera quasiment inexistante si l'avocat est seulement considéré comme porteur du « virus » de l'accès à la justice, dangereux par sa proportion à introduire des instances judiciaires, incapable de mener la procédure en tenant compte de la seule légalité. Il doit donc se résoudre à considérer qu'il est le témoin de la qualité de la décision de justice. Mais être témoin, n'est-ce pas encore tenter d'influencer le juge.

L'administration de la justice et la qualité des décisions de justice

Hélène PAULIAT

Professeur de droit public (Limoges, OMIJ – EA 3177)

Membre de l'Institut Universitaire de France

La qualité des décisions de justice suppose, comme préalable, une bonne organisation et un fonctionnement adapté du système judiciaire dans son ensemble. L'approche de la qualité ne se situe pas alors au niveau de la décision juridictionnelle elle-même, mais bien en amont, dans la manière dont le système judiciaire et les cours ou tribunaux vont être organisés et vont fonctionner : le postulat est donc qu'une décision juridictionnelle de qualité ne peut être rendue que lorsque l'environnement judiciaire s'y prête, qu'il permet au magistrat d'être efficace et d'effectuer correctement son travail. C'est en ce sens que l'on peut parler de l'administration de la justice comme pré-requis ou préalable à la qualité des décisions de justice ; et l'hypothèse formulée est donc qu'une administration de la justice de qualité (ou si l'on veut une « bonne administration de la justice²²⁷ ») ou qui présente certaines caractéristiques permettra à la justice de rendre des décisions de qualité.

Il faut donc tenter de déterminer les éléments permettant de disposer d'un système judiciaire de qualité quant à son organisation administrative et à son fonctionnement quotidien²²⁸. Un certain nombre de mesures peuvent être prises, qui se distinguent des classiques règles de procédure : pour qu'un service fonctionne correctement, il faut des mécanismes, des processus²²⁹ clairs, transparents, mais qui ne remettent pas en cause le déroulement de la procédure judiciaire et juridictionnelle. Pour que ces processus jouent un rôle utile, il faut non seulement les déterminer, ce qui pose la question de savoir quelle instance ou quel groupe peut disposer de la légitimité nécessaire pour ce faire, mais également surveiller leur mise en place et leur utilisation, tout en veillant à ne pas remettre en cause la séparation ni l'équilibre des pouvoirs. Cette mise en application conduit celui qui la mène à assurer un rôle d'administrateur et de gestionnaire.

Ce sont des mesures qu'il convient de prendre au sein du service ; cependant, qui est en mesure d'assurer un management judiciaire efficace ? Comment sélectionner ces nouveaux managers, sur quels critères, selon quelles modalités, par quelle instance ? Qui est amené à prendre les décisions importantes, à quel niveau, avec quelles compétences et quels moyens ?

²²⁷ Sur cette notion, J.-M. FAVRET, « La bonne administration de la justice administrative », *RFDA*, 2004, p. 943.

²²⁸ La justice, comme les autres services publics, commence à faire l'objet d'un palmarès des meilleurs cours et tribunaux... en se référant à des critères plus ou moins intéressants tels que les délais, le taux de classement sans suite par exemple. Voir : « L'inquiétant palmarès de la justice française », *Le Figaro*, 12 avril 2007 et Y. LAURIN, « La mesure des performances de nos juridictions », *Recueil Dalloz*, 2006, n° 35, « Le Point sur », p. 2412.

²²⁹ Cet article fait suite à une première étude sur ce thème et en reprend quelques éléments : « Processus, procédures : à la recherche de la qualité de la justice... », in *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?*, J. HOAREAU et P. TEXIER (dir.), Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, n° 13, PULIM, p. 305.

I- La détermination de processus pertinents : un préalable nécessaire à la qualité des décisions de justice

Les questions de procédure sont bien souvent au cœur des procès judiciaires ou administratifs. Cela ne signifie pas que le fond d'une affaire doit être ignoré, mais la plupart des interrogations quant à la légitimité de la solution d'un procès reposent souvent sur le respect en amont des règles de procédure ; l'affaire d'Outreau en constitue malheureusement un exemple révélateur. Les principes fondamentaux du procès équitable, rappelés régulièrement par la Cour européenne des Droits de l'Homme, en particulier sur le fondement de l'article 6 de la Convention, constituent autant de standards de qualité de la décision juridictionnelle ; ils sont d'ailleurs régulièrement invoqués pour remettre en cause telle ou telle décision. De telles exigences se distinguent des principes de fond, substantiels, des principes matériels, des règles méconnues. Cette distinction classique entre la forme et le fond semble devenir insuffisante pour définir une justice de qualité ; si les critères procéduraux se multiplient, les principes, qui pourraient se situer, dans la logique de ce colloque, dans la sphère du pré-requis de la qualité des décisions juridictionnelles, ne sont pas suffisamment précisés et définis. Il semble alors opportun d'évoquer l'amont de la procédure, ou ce qui se passe en marge d'elle, les *processus*. La doctrine s'accorde parfois à reconnaître que le système judiciaire aurait ainsi glissé du substantiel au procédural, puis du procédural au managérial. Peut-être ne serait-il pas inconcevable d'imaginer un stade intermédiaire avant un management judiciaire intégral, qui pourrait être qualifié de « processoral » ou de stade du *processus* judiciaire. Les enjeux de cette évolution ne sont pas purement théoriques, car ils doivent permettre d'assurer une certaine prévisibilité dans l'organisation et le fonctionnement du système judiciaire²³⁰, d'optimiser ces potentialités. Si cette distinction peut être utile au regard de l'administration de la justice (au sens de manière dont la juridiction est organisée pour que la décision juridictionnelle soit ensuite rendue), elle doit être clarifiée pour éviter toute ambiguïté dans sa mise en œuvre, au regard, en particulier, du principe de séparation des pouvoirs.

A- Une distinction entre processus et procédure utile à la lisibilité de l'administration de la justice

L'identification des processus n'est pas toujours aisée, car se pose la question de la nature précise de ces mesures, de leurs effets. Leur mise en œuvre soulève des difficultés, car la frontière entre *processus* et notions voisines est souvent ténue.

1. L'identification des processus judiciaires

La *procédure* est définie par des textes, qui s'inspirent, pour une partie, des standards européens. La définition du *processus* permettrait de dégager un certain nombre de principes qui toucheraient à la gestion des dossiers, à leur

²³⁰ C'est dans cette logique que se situent les conventions ou contrats signés entre Barreau et Magistrature, ou les calendriers de la mise en état. Sur l'ensemble de la question, voir : C. VIGOUR, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et Société*, 2006, p. 425..

éventuelle circulation en interne, à des méthodes de travail des magistrats, aux relations entre magistrats, greffiers et avocats sur un dossier déterminé...mettant ainsi l'accent sur le management et la communication judiciaires. Il ne s'agit pas alors de la même logique ni du même objectif. Si la procédure a pour objet de faire respecter les droits des justiciables, de veiller à ce que la justice soit rendue de manière transparente (publicité des débats, présomption d'innocence...), le *processus*, lui, requiert plutôt la mise en place de techniques d'administration et ne touche pas directement l'aspect juridictionnel du dossier. Il vise à mettre en place des mécanismes d'affectation et de bonne gestion des dossiers, pour éviter de très longs délais de jugement, des retards excessifs lors des audiences ; il se rapprocherait plus d'une mise en œuvre de critères de qualité de nature administrative ou statistique, inspirés de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances [LOLF], par exemple, donc en relation avec l'environnement de travail. Le *processus* est une sorte de guide, de directive générale, de cadre pour le déroulement de la procédure et du procès. Cela signifie que les processus sont susceptibles d'être normalisés, au moyen par exemple d'outils informatiques, alors que les procédures y seront largement réfractaires, même si certaines expériences existent²³¹.

Les *processus* étant extérieurs à un procès donné ou une affaire donnée, ils doivent pouvoir être déterminés préalablement, en dehors d'un contexte de crise ou d'urgence, avec l'ensemble des partenaires intéressés : magistrats et avocats, bien sûr, mais aussi fonctionnaires de greffe, représentants des justiciables éventuellement, sachant qu'il n'est jamais simple de disposer en ce domaine d'interlocuteurs précis. Le *processus* est avant tout tourné vers le service public de la justice, mais il se situe aussi à la frontière du juridictionnel ; il sert de guide utile à la compréhension des procédures, du procès, du circuit procédural, du travail de l'institution judiciaire dans son ensemble, du rôle de chacun dans le système judiciaire ; il doit être conçu comme un outil de transparence, de cohérence et de lisibilité. Ainsi pourrait-on dire que le processus est un outil tourné vers l'extérieur²³², alors que les procédures sont davantage tournées vers l'intérieur de la sphère judiciaire.

Pour être lisibles et accessibles, ces processus doivent être formalisés dans un document, sorte de protocole, présentant, par exemple, les modalités

²³¹ On peut ainsi penser à cette sorte de « code-modèle », forme de normalisation de la procédure, sur le fondement des projets de l'*American Law Institute* et de UNIDROIT. L'objectif était de rédiger « des règles de procédure civile transnationales applicables aux litiges du commerce international » de nature à garantir une certaine prévisibilité de la procédure et de son déroulement. Voir : F. FERRAND et T. MOUSSA, « Le projet de l'*American Law Institute* et d'UNIDROIT de Principes et Règles de procédure civile transnationale : vers une procédure civile mondiale modélisée ? » in *La procédure dans tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Montchrestien, 2004, p. 199. Voir également *The UNIDROIT Principles 2004, Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*, Reports of the ISDC Colloquium (8/9 June 2006), Vol. 56 / 2007.

²³² Le processus peut alors ne pas être totalement éloigné des mécanismes d'ensemble de la décision judiciaire ; ainsi, si les méthodes du juge évoluent, tendant par exemple à renforcer le rôle explicatif du magistrat et du juge, la transparence acquise empruntera à la fois au processus mis en place pour arriver à cette explication et à la méthode même d'argumentation du juge. Voir M. LASSER, « Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation ; le regard bienveillant mais inquiet d'un comparatiste nord-américain », *Rev. Trim. Droit civil*, 2006, pp. 691-706.

d'accès à la justice, la manière de s'adresser à elle, les délais moyens de traitement des affaires, la nature des recours ou contestations possibles, la manière de recueillir puis de présenter des preuves, plus spécifiquement le magistrat chargé du dossier, le délai prévisible de jugement discuté entre les parties prenantes, le rappel des procédures à suivre... Il s'agirait avant tout d'une sorte de recueil de bonnes pratiques (optimisation des délais, amélioration de l'efficacité...), permettant éventuellement d'aller au-delà, par exemple d'harmoniser les pratiques entre les chambres d'une même cour : cette approche pourrait également englober des mécanismes susceptibles de réduire les aléas en fonction de la chambre saisie par exemple, ce qui va au-delà du simple processus.

Un tel protocole ne serait pas nécessairement contraignant, ce qui permet de mieux le différencier des contraintes procédurales classiques ; sa valeur reste à définir. Mais il pourrait servir de référence pour l'édiction d'un certain nombre de mesures d'administration de la justice (affectation par le président de la cour ou du tribunal d'un dossier à telle chambre ou à tel magistrat, les mesures permettant l'enregistrement...). Si l'on admet que de telles mesures se rapportent à l'organisation du service public de la justice, elles seraient donc communicables ; en cas de refus, la Commission d'accès aux documents administratifs pourrait être amenée à se prononcer : ainsi est communicable l'ordonnance rendue par le président du tribunal portant sur l'organisation du tribunal et l'attribution des fonctions de ses magistrats²³³, ou l'ordonnance portant organisation du service, répartition des magistrats du siège, attributions et délégations²³⁴ ou encore le rapport annuel sur l'état et les délais d'exécution des peines²³⁵. La différence entre processus et procédure apparaît clairement ici, puisque la CADA rappelle régulièrement que les documents relatifs à une procédure juridictionnelle, qu'elle soit civile, pénale²³⁶ ou commerciale, ne présentent pas de caractère administratif et n'entrent donc pas dans le champ des documents librement communicables ; ce qui reste en amont de la procédure, les exemples précités le montrent, présente, à l'inverse, ces caractéristiques. La distinction permettrait peut-être alors d'améliorer la différence entre mesures d'administration de la justice (liées au processus²³⁷) et mesures d'administration judiciaire (liées aux procédures).

Une telle approche convient à une vision « publiciste » de la question, qui s'intéresse aux actes, aux mécanismes et remet ainsi en cause une vision unitaire et globale de la procédure. La division des actes entraîne inévitablement une redéfinition des décisions et des contentieux qui les concernent.

²³³ Avis du 19 septembre 2002, réf. n° 20023692.

²³⁴ Avis du 16 décembre 1999, réf. n° 19993973.

²³⁵ Avis du 3 novembre 2005, réf. n° 20054344, avis du 23 novembre 2006, réf. n° 20064989.

²³⁶ Avis du 23 novembre 2000, réf. n° 20004512.

²³⁷ Ou au contexte général de la juridiction : ainsi la Cour administrative d'appel de Versailles a-t-elle estimé (CAA Versailles, 27 mars 2005, req. 07VE00202) que la décision, prise par le chef de juridiction refusant à un maître de conférences l'autorisation d'assister au délibéré de la formation de jugement du Tribunal administratif de Versailles, constituait une mesure d'administration de la justice, insusceptible de faire l'objet d'un recours contentieux ; on ne voit pourtant pas en quoi cette mesure ne peut être contrôlée, à moins de la considérer comme une mesure d'ordre intérieur, ce qui serait plus satisfaisant.

2. La mise en œuvre des processus judiciaires

La distinction proposée entre processus et procédure peut être appliquée aux questions des dysfonctionnements de la justice. L'affaire dite d'Outreau en est sans doute un exemple convaincant. La Commission parlementaire évoquait une série de dysfonctionnements, « l'usage excessif de la détention provisoire, le manque de professionnalisme de ceux qui recueillent la parole des enfants dans les affaires de pédophilie, les difficultés du barreau à assurer correctement la défense des plus faibles, les méthodes suivies par le juge d'instruction en matière d'interrogatoires et d'expertises, la misère matérielle de tribunaux, les excès de la presse, les lacunes des contrôles prévus dans la procédure... ». L'ensemble de ces difficultés mêle les questions de procédure et les questions de processus. Certaines difficultés sont liées à des problèmes de procédure, aux contrôles judiciaires et juridictionnels, alors que d'autres ont trait aux processus et peuvent donc relever de questions plus administratives. Tel est le cas pour les difficultés rencontrées par le Barreau en matière de défense des personnes vulnérables ou défavorisées, la crise financière ou matérielle des tribunaux, les relations avec la presse ; ces éléments-là pouvaient être traités à part, dans la mesure où ils sont étrangers à une procédure ou à un dossier contentieux donné. De plus, certains membres de la Commission évoquaient le fait qu'il n'y avait peut-être pas eu faute, mais dysfonctionnements. La question de la faute étant très subjective, l'on peut penser que le dysfonctionnement affecte davantage les processus alors que la faute devrait être en lien avec des éléments disciplinaires par exemple, qui concernent la procédure. Une autre lecture est possible, faisant alors intervenir une troisième composante : soit c'est le système judiciaire qui a globalement mal fonctionné (absence de moyens, par exemple), il y aurait alors dysfonctionnement ; soit c'est à l'intérieur de la cour d'appel ou de la juridiction que des difficultés précises se sont produites, et il y aurait alors méconnaissance des processus ; soit c'est la décision juridictionnelle qui pose problème et l'on retrouve alors l'exercice des voies de recours traditionnelles.

Mais la mise en œuvre des processus peut aussi concerner les améliorations à apporter aux mécanismes de fonctionnement du système judiciaire. Ainsi a-t-on pu réfléchir à la « chaîne pénale », c'est-à-dire à ce qui se passe depuis la saisie du procès-verbal de police ou de gendarmerie jusqu'à la décision juridictionnelle. Une organisation fiable, permettant une vision claire du traitement des dossiers et des échanges entre police, gendarmerie et magistrats peut rendre les mécanismes plus transparents et faire gagner du temps.

Une fois que les processus sont élaborés, déterminés et qu'ils peuvent être mis en œuvre, il est indispensable de prévoir un mécanisme de contrôle spécifique, pour éviter un amalgame entre méconnaissance des processus et violation de règles de procédure.

B- Un contrôle des processus adapté à la spécificité du service public de la justice

Qui peut ou pourrait contrôler le respect des processus posés ? Les questions de procédure et les questions de fond relèvent d'instances judiciaires et juridictionnelles, soit par le mécanisme des voies de recours, soit d'instances

disciplinaires comme le Conseil supérieur de la magistrature pour la France. Le contrôle des processus lui ne touche pas au fond ni à la procédure ; il n'a donc pas vocation à être sous le contrôle d'instances judiciaires mais davantage d'instances à caractère plus administratif, comme l'Inspection des services judiciaires ou éventuellement politiques, comme les commissions d'enquête. En réalité, l'on pouvait envisager l'intervention du Médiateur de la République ; cette possibilité a été exploitée par le garde des Sceaux. Mais alors que l'on pouvait effectivement attendre une intervention du Médiateur de la République sur les plaintes des justiciables à propos d'un dysfonctionnement, au sens défini ci-dessus, il est clair qu'il ne peut connaître de procédures ou de fautes.

A la suite de l'affaire dite d'Outreau, le ministre de la justice avait envisagé plusieurs réformes, dont l'une, adoptée par le Parlement²³⁸ prévoyait une modification de l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature ; elle introduisait un article 48-2, aux termes duquel « toute personne physique ou morale qui estime, à l'occasion d'une affaire la concernant, que le comportement d'un magistrat est susceptible de constituer une faute disciplinaire, peut saisir directement le Médiateur de la République d'une réclamation » ; le Médiateur pourrait solliciter tous éléments d'information utiles des premiers présidents de cours d'appel et des procureurs généraux près lesdites cours, ou des présidents de tribunaux ou procureurs de la République. Même s'il ne pouvait porter une appréciation sur les actes juridictionnels des magistrats, il était prévu que le Médiateur puisse transmettre la réclamation au Garde des Sceaux aux fins de saisine du Conseil supérieur de la magistrature, s'il estimait qu'elle était susceptible de recevoir une qualification disciplinaire, et lorsque cette réclamation n'avait pas donné lieu à saisine du Conseil supérieur de la magistrature par le chef de cour ou de juridiction. Or, la qualification même de faute disciplinaire pose problème.

Saisi du projet, le Conseil d'Etat, dans un avis de la Section de l'intérieur du 19 octobre 2006, soulignait que, en qualifiant de faute disciplinaire « la violation délibérée des principes directeurs de la procédure civile ou pénale », le projet de loi organique ne clarifiait pas la notion de faute ; au contraire, il « introduisait un risque de confusion entre l'office des juges d'appel et de cassation et celui du juge disciplinaire ». Selon l'avis du Conseil d'État, « l'appréciation du comportement du magistrat ne serait en effet pas dissociable de celle du bien-fondé des recours portés, dans la même affaire, devant le juge d'appel ou de cassation ». Devant le Conseil constitutionnel, la question de la qualification de la faute professionnelle se posa de nouveau : la faute est définie comme étant « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité » ; mais, constitue un manquement aux devoirs de son état, « la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties commise dans le cadre d'une instance close par une décision de justice devenue définitive ». Le Conseil constitutionnel²³⁹ a décelé une contrariété à la Constitution, en ce que la violation grave et délibérée d'une règle de procédure

²³⁸ Devenue loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

²³⁹ Décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, Droit pénal, avril 2007, n° 4, Alerte 15, « Outreau : une réforme touchée mais pas coulée » ; D. LUDET et A. MARTINEL, « Les demi-vérités du Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1401.

doit être constatée par une décision de justice devenue définitive²⁴⁰. Selon le Conseil constitutionnel, le texte accuse encore le risque de confusion et par là-même, le risque d'atteinte aux principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire.

Cette décision conforte la distinction proposée, puisque la méconnaissance de règles de procédure ou de fond ne peut être établie que par des instances juridictionnelles et non par une autre instance. De plus, l'interprétation des articles cités souligne que le Médiateur de la République peut être saisi de réclamations portant sur le comportement d'un magistrat qui est susceptible de constituer une faute disciplinaire, donc pouvant s'analyser en une violation grave et délibérée d'une règle de procédure ; or, le Médiateur, autorité administrative indépendante, ne peut porter une appréciation sur les actes juridictionnels. Mais tel que le texte est présenté, indirectement, le Médiateur serait amené à connaître de telles situations. Compte tenu des nombreux autres pouvoirs que le texte reconnaît à cette autorité (demande d'informations, transmission de la plainte...), le Conseil constitutionnel estima que le législateur organique avait méconnu les principes constitutionnels.

La distinction *processus/procédure* prolongée par la distinction dysfonctionnement/faute aurait permis d'éviter un amalgame général et surtout une atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Il n'est pas inconcevable de faire intervenir le Médiateur au sujet de réclamations ou de plaintes, mais concernant soit le service public de la justice, soit le magistrat, en tant qu'autorité gestionnaire ou administrative et non en tant qu'autorité judiciaire ou juridictionnelle. Mais savoir si tel accusé a pu bénéficier d'un avocat, s'il a bénéficié d'un temps utile pour présenter sa défense, s'il a pu présenter des éléments de preuve, si la faiblesse de certains crédits budgétaires a affecté le fonctionnement quotidien du tribunal, si l'expertise demandée a été effectuée ou non, si elle a été correctement rémunérée, si une durée prévisible du procès a été fixée, si les magistrats ont laissé les accusés s'exprimer, si les membres du tribunal ou de la cour devaient s'exprimer devant la presse et de quelle façon... sont autant d'éléments qui peuvent être intégrés dans un processus, lié au fonctionnement administratif du service public de la justice et des tribunaux. A l'inverse, savoir si un magistrat a correctement appliqué les règles de procédure, s'il a respecté la présomption d'innocence, s'il a effectué les

²⁴⁰ Précision d'ailleurs apportée par le Conseil d'Etat dans son avis : « si le Conseil supérieur de la magistrature statuant en matière disciplinaire et le Conseil d'Etat statuant au contentieux ont déjà admis que pouvaient être de nature à justifier une sanction disciplinaire les manquements graves et réitérés aux devoirs de son état que constituaient les violations par un magistrat des règles de compétence et de saisine de sa juridiction, c'est après avoir constaté que les faits ainsi reprochés avaient été établis dans des décisions juridictionnelles devenues définitives ». Il faut noter que l'objet du texte était de permettre de poursuivre des magistrats au-delà des limites qu'imposait la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature qui écarte les actes juridictionnels du contrôle disciplinaire ; si cette jurisprudence ne laisse pas en dehors de la responsabilité disciplinaire l'activité juridictionnelle dans sa globalité (carences et omissions peuvent donner lieu à poursuite), le Conseil supérieur de la magistrature s'interdit en principe « d'apprécier la démarche intellectuelle du juge d'instruction dans le traitement des procédures qui lui ont été confiées » (voir : décision S 55 du 27 juin 1991, Recueil des décisions disciplinaires, p. 286). Sur cette question, D. LUDET, « Formation et responsabilité des magistrats : quelles réformes ? », in *La justice, réformes et enjeux*, Les cahiers français, La documentation française, 2006, n° 334, p. 77, spécialement p. 83.

interrogatoires et contre-interrogatoires correctement, sont des éléments qui ressortent de la procédure et ne peuvent faire l'objet que d'un contrôle juridictionnel ou éventuellement, d'un examen du comportement du magistrat devant le Conseil supérieur de la magistrature.

Le rôle du Médiateur de la République et celui du Conseil supérieur de la magistrature ne peuvent être superposés et il est impératif de veiller aux modalités et aux champs d'intervention de chacun. Étendre une responsabilité disciplinaire du magistrat est un choix politique, qui doit respecter les principes posés par la Constitution ; prévoir une responsabilité administrative pour dysfonctionnement d'un service en est une autre, qui peut relever, au moins au départ, d'une autorité administrative indépendante. Dans cette construction générale, il ne faut sans doute pas oublier le rôle que pourrait jouer l'Inspection des services judiciaires. Ainsi serait-il intéressant de redéfinir le champ de compétences et d'intervention de chaque acteur²⁴¹.

De manière plus générale, rien n'interdit, sur une question de processus, de réfléchir à une amélioration du système pour accélérer le traitement de dossiers mais aussi pour économiser du temps et des moyens (en personnel, en envois postaux... si l'on reprend l'exemple de la chaîne pénale). Ainsi a-t-on réfléchi à une dématérialisation de la chaîne pénale, qui fait aujourd'hui l'objet d'un audit dans le cadre de la modernisation de l'État²⁴². Ces éléments permettent de mettre en évidence des processus, qui peuvent ainsi être contrôlés par des instances non judiciaires ou non-juridictionnelles.

Une fois qu'il semble acquis que les processus doivent être clairement définis, reste à déterminer les acteurs compétents non seulement pour les établir, mais aussi pour les imposer au sein des cours et des juridictions. Il est en effet important de définir les autorités en charge de ce que l'on a pu appeler le management judiciaire.

II- L'identification d'acteurs compétents : une condition indispensable à la qualité du management judiciaire

Le discours politique actuel est de disposer d'une justice de qualité, efficace et performante. Il est cependant difficile de trouver des éléments permettant d'identifier clairement les moyens d'y parvenir. Si les processus mis en place peuvent y contribuer, encore faut-il savoir qui fait quoi dans le système judiciaire et dans quels buts ; mais il faut également tenter de fixer les modalités de sélection des personnes considérées comme indispensables dans le fonctionnement de ce système judiciaire ainsi défini. Des rapports récents fournissent des indications utiles.

²⁴¹ La Belgique a tenté, en 2006, un travail de cette nature, en insistant sur la redéfinition du rôle de plusieurs institutions en termes de développement et de management des compétences : ainsi était-il précisé que la définition des compétences devait relever de l'organisation judiciaire, l'évaluation des compétences du Conseil supérieur de la justice et de l'organisation judiciaire, le développement des compétences de l'Institut pour la formation des magistrats, enfin le management des compétences de l'organisation judiciaire (voir sur ces points, Conseil supérieur de la justice, *Considérations sur la sélection, la carrière et la formation des magistrats*, Rapport approuvé par l'assemblée générale le 31 mai 2006).

²⁴² Mission d'audit de modernisation, novembre 2006 - avec des représentants de l'Inspection générale de l'administration et de l'Inspection des services judiciaires.

A. Un système judiciaire gouverné par la qualité

La qualité des décisions juridictionnelles requiert, en amont, un système judiciaire qui fonctionne correctement, grâce à un certain nombre de mécanismes ou de guides, considérés comme des processus. Mais la décision du Conseil constitutionnel du 1^{er} mars 2007 souligne combien il est utile de définir et de clarifier le rôle de chacun, au niveau national, mais aussi de définir les objectifs pour lesquels l'organisation est constituée.

1. Un rôle des acteurs nationaux à clarifier

L'organisation et la gestion du système judiciaire doivent être clarifiées. Le législateur vote des textes, qui peuvent être des textes de procédure ou de fond, éventuellement des dispositions en lien avec des processus. Et l'on rappellera que seule la loi organique est à même de régir le statut des magistrats et leur responsabilité. Mais le législateur est en lui-même porteur de perturbations des processus ; la production législative est telle et d'une qualité si moyenne que les magistrats passent beaucoup de temps à tenter de déterminer les textes applicables, leur sens... et qu'ils pourraient consacrer leur énergie à autre chose, en particulier au fond même des dossiers. L'inflation législative, les malfaçons législatives conduisent ainsi à une insécurité « processorale ». Le Ministre de la justice ne dispose que d'un rôle résiduel ; il ne peut empiéter sur l'indépendance de l'autorité judiciaire, mais il a vocation à fixer un certain nombre d'objectifs, essentiellement dans le domaine budgétaire. C'est sur le Conseil supérieur de la magistrature que l'effort peut porter. Il apparaît actuellement comme l'organe disciplinaire principal des magistrats du siège, plus secondaire pour les magistrats du parquet. Il ne dispose pas aujourd'hui d'une vision globale du système judiciaire, en tout cas pas de moyens lui permettant d'agir sur le système. C'est à lui pourtant que devrait revenir la définition des processus, car lui seul est en mesure de pouvoir les articuler correctement avec les procédures et les en distinguer soigneusement. Son rôle serait donc de prévoir ces guides, ces éléments de bonne conduite, tout en laissant une marge de manœuvre aux cours, chargées alors de les appliquer au niveau d'un règlement intérieur ou d'un plan de juridiction.

La reconnaissance d'une telle compétence aboutirait à une modification assez fondamentale du Conseil supérieur de la magistrature, un peu à l'image de certains de ses homologues, espagnol ou hongrois, plus que néerlandais²⁴³. La fixation de processus pourrait permettre au Conseil supérieur de la magistrature de recevoir les règlements intérieurs des cours, de les examiner, et s'il disposait de compétences budgétaires et de gestion, de répartir les fonds en fonction des objectifs fixés en lien avec la mise en place des processus. Les chefs de cour devraient être pleinement associés à ces nouveaux mécanismes. L'on voit que l'introduction d'éléments de management judiciaire risque de bouleverser les institutions judiciaires, et surtout la place du Conseil supérieur de la magistrature. Le rôle du Ministre de la justice en serait diminué, en valorisant l'indépendance mais aussi la responsabilité du système judiciaire.

²⁴³ Sur les évolutions possibles, D. SALAS, « Justice et Démocratie en France : un État de droit inachevé », in *La justice, réformes et enjeux*, Les Cahiers français, La documentation française, 2006, n° 334, p. 3 et spécialement p. 5.

2. Une définition des objectifs qualitatifs à préciser

Cette reconnaissance de compétences au profit du Conseil supérieur de la magistrature doit s'accompagner de la définition d'objectifs précis, en lien avec la fixation des processus. Si certains d'entre eux peuvent se fonder sur les critères ou indicateurs fixés par la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances [LOLF], ils peuvent être retenus. Mais cette approche serait réductrice et il est indispensable, dans un souci de modernisation de la justice, de prévoir d'autres critères, pas simplement quantitatifs ou statistiques, mais aussi économiques. Il est impensable de fonder des indicateurs sur le nombre de décisions rendues, soit globalement par la juridiction, soit par magistrat ; un tel chiffre ne représente que peu de choses dans l'absolu s'il n'est pas rapporté à d'autres éléments. Les objectifs en lien avec les processus doivent refléter une amélioration dans le fonctionnement de la juridiction ; c'est la raison pour laquelle l'instauration de primes de rendement pour les magistrats constitue un non-sens en termes d'approche managériale²⁴⁴ ; alors que le système ne peut fonctionner qu'en faisant participer tous les acteurs de la cour ou du tribunal, le mécanisme des primes aboutit à l'exact contraire, en isolant le travail de chaque magistrat, sans tenir compte de son environnement de travail (greffier absent, ou moins rapide qu'un autre, dossiers plus difficiles ou plus longs à traiter...). Valoriser l'individualisme est contraire au management judiciaire qui veut que chacun trouve sa place dans le projet de juridiction²⁴⁵. Il faut donc tout revoir dans l'approche, en « récompensant » les efforts collectifs du service, de la cour, par exemple par des moyens supplémentaires, en termes de personnels ou en termes financiers²⁴⁶. De plus, il faudrait disposer d'indicateurs très précis quant à la charge de travail des magistrats²⁴⁷, la même étude portant sur le travail des greffiers.

Les objectifs peuvent être divers : améliorer les processus d'accueil, limiter les durées d'attente dans le rendu des décisions, s'assurer de la disponibilité des avocats pour une audience... La liste n'est pas limitative mais élargit le champ des partenaires. Elle force surtout les juridictions à prévoir les moyens nécessaires à la mise en place de ces processus.

²⁴⁴ Voir : CE, 4 février 2005, *Syndicat de la magistrature et M. Robin*, Rec., p. 33 ; *AJDA*, 2005, p. 1519, note P. PLANCHET ; *Dalloz*, 2005, JP, p. 2717, note J.-P. JEAN et H. PAULIAT. La procédure peut être détournée : CE, 8 juillet 2005, *de Montgolfier*. Alors même que l'instauration de cette prime et surtout son taux sont de nature à remettre en cause l'indépendance des magistrats, le juge administratif reste très conciliant quant à l'autorité compétente pour intervenir (CE, 24 janvier 2007, *Mme Gisèle A...*, req. n° 291224).

²⁴⁵ V. K. GERARD et R. BOONE, « Les chefs de corps des cours et tribunaux : un management à inventer », *Revue de la Faculté de droit de Liège*, 2000, p. 55, spécialement p. 70 : l'évaluation doit être bilatérale (le magistrat doit pouvoir évaluer les moyens qui étaient mis à sa disposition pour atteindre l'objectif demandé) ; l'évaluation a également un but collectif, améliorer le travail de l'équipe dans son ensemble.

²⁴⁶ La méthode des contrats d'objectifs peut refléter cette démarche.

²⁴⁷ Pour une étude belge, voir C. LEFEBVRE, « Est-il possible de manager la justice et de définir des critères de productivité du travail du magistrat assis ? », *Revue de la Faculté de droit de Liège*, 2000, p. 77. Les critères pour mesurer la productivité concernaient le nombre d'heures d'audience, le nombre de décisions rendues, la confirmation ou la révocation de la décision rendue, la qualité de la motivation...

Une fois que les principes d'une gouvernance par la qualité sont posés, il faut identifier les acteurs chargés de les mettre en œuvre au niveau local ; ce sont en principe les chefs de cour ou de juridiction.

B. Une carrière judiciaire déterminée par la qualité

Le management judiciaire doit permettre d'améliorer l'efficacité des juridictions ou des cours ; il doit surtout permettre de placer les « bonnes personnes aux bons emplois ». Les chefs de cours ou de juridictions ont des missions d'organisation et de gestion fondamentales, qui requièrent de leur part des qualités spécifiques. Si l'on souhaite que les juridictions soient efficacement pilotées et gérées, dans l'optique d'améliorer la qualité finale du système judiciaire - donc des décisions juridictionnelles également - il est indispensable de découvrir les personnes les plus capables, le plus tôt possible ; cela implique également que soient revus les mécanismes actuels d'évaluation. Le postulat initial est toujours qu'un management de qualité constitue bien un pré-requis de la qualité de la décision juridictionnelle.

1. Les « managers des juridictions » : des qualités à découvrir

Pour que processus et procédures aillent de pair et permettent, pour les premiers surtout, d'aboutir à une amélioration de la qualité du système judiciaire, il est nécessaire d'avoir, à la tête des juridictions et des cours, un ou des managers, en tout cas des personnes capables de porter un projet de juridiction. Plusieurs questions sont alors susceptibles de se poser.

Les magistrats sont-ils les personnes adéquates pour gérer et organiser leurs juridictions en établissant des processus, en rationalisant les mécanismes de fonctionnement quotidien ? En France, c'est la solution retenue actuellement, les chefs de cour (en dyarchie) s'appuyant sur les Services Administratifs Régionaux (SAR) judiciaires, enfin consacrés dans le Code de l'organisation judiciaire par le décret du 14 mars 2007²⁴⁸. Les SAR sont chargés d'assister le premier président et le procureur général dans l'exercice de leurs attributions en matière d'administration des services judiciaires dans le ressort de la Cour d'appel dans les domaines de la gestion administrative de l'ensemble du personnel, de la formation du personnel, à l'exception de celle des magistrats, de la préparation et de l'exécution des budgets opérationnels de programme ainsi que de la passation des marchés, de la gestion des équipements en matière de systèmes d'information, de la gestion du patrimoine immobilier et du suivi des opérations d'investissement dans leur ressort. Son rôle est particulièrement important, puisque, comme le soulignait l'Inspection des services judiciaires²⁴⁹, « l'organisation et le fonctionnement des SAR devront évoluer pour prendre en compte la nécessité d'orienter la budgétisation et la gestion vers les résultats, la maîtrise des dépenses publiques et la responsabilisation accrue des gestionnaires publics », souhaite

²⁴⁸ Décret n° 2007-352 du 14 mars 2007, relatif aux services administratifs régionaux judiciaires. Le décret crée un article R. 213-29-1 du Code de l'organisation judiciaire et un article R. 213-31. Les missions sont définies à l'article R. 241-1, l'organisation et le fonctionnement aux articles R. 242-1 à R. 242-7. Le discours du garde des sceaux du 14 septembre 2005 devant les chefs de cour insistait sur cette reconnaissance par décret.

²⁴⁹ Rapport de la mission d'évaluation des services administratifs, septembre 2003, p. 4.

qu'il faut mettre en relation avec le décret n° 2004-435 du 24 mai 2004, qui transfère des préfets aux chefs des cours d'appel - premiers présidents et procureurs généraux - les responsabilités d'ordonnateur secondaire des dépenses des juridictions, à l'exception des crédits d'investissement. Ce service administratif régional est dirigé par un directeur délégué à l'administration régionale judiciaire, magistrat (rarement) ou greffier en chef. Un tel choix n'est pas celui qui a été effectué par certains pays, qui ont parfois abandonné les responsabilités d'administration et de gestion à un corps spécifique d'administrateurs, ou par les pays du Nord, en particulier les Pays-Bas, qui conçoivent les cours comme un service, avec un bureau à leur tête et un directeur administratif²⁵⁰, les magistrats faisant partie du bureau. Une telle solution ne paraît pas transposable en France²⁵¹ ; si l'on reprend la distinction processus/procédure, on se rend compte que le lien entre les deux est étroit, et qu'il est peut-être préférable que les magistrats s'occupent des deux, pour les articuler correctement et non diviser ces deux aspects. D'autres solutions sont envisageables.

Si l'on admet donc que les chefs de cours ou de juridictions doivent être les personnes aptes à manager leur cour²⁵², il faut impérativement savoir comment les recruter, comment déceler leurs capacités pour assumer de telles fonctions. La Belgique a mis au point un système de mandat de chef de corps à temps²⁵³, le magistrat devant faire preuve de compétences dans le domaine de la gestion et du management. Mais les difficultés sont nombreuses en ce domaine et les textes ont fait l'objet de plusieurs avis du Conseil supérieur de la justice²⁵⁴. Le dossier de candidature doit comporter en particulier un plan de gestion du candidat, c'est-à-dire un exposé des objectifs qu'il tentera d'atteindre au cours de son mandat et la façon dont il entend procéder pour réaliser ces objectifs ; la fonction de chef de corps est véritablement conçue comme une fonction de management ; le président est chargé de l'organisation

²⁵⁰ Les Pays-Bas sont partisans du mécanisme dit du management intégral ; ils proposent un professionnel du management externe au pouvoir judiciaire. Certains magistrats répondent à cette approche en indiquant que jamais la jurisprudence ne pourra être considérée comme un produit fabriqué par une entreprise parce qu'il s'agit d'une fonction, qui ne peut être standardisée, d'un État démocratique organisé (E. MARIQUE, « La gestion des cours et tribunaux évolue-t-elle du management directorial vers le management participatif ? », *Revue de la Faculté de droit de Liège*, 2000, p. 9).

²⁵¹ Selon le rapport sur la sélection et la formation des chefs de juridiction et de parquet (rapport CANIVET) de février 2007, la solution d'administrateurs de justice autonomes a été écartée pour des raisons tenant aux spécificités de l'administration judiciaire et à l'indépendance de la justice supposant la maîtrise des moyens de son exercice (p. 29).

²⁵² Sur le débat en France, C. RAYSSEQUIER, « Le contrôle fonctionnel de gestion », *Colloque Rendre compte de la qualité de la justice*, novembre 2003. Texte disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

²⁵³ Sur l'ancienne procédure, voir M. CASTIN, « Procédure de nomination et de désignation aux mandats de chefs de corps », *Revue de la Faculté de droit de Liège*, 2001, p. 62.

²⁵⁴ Avis d'office rendu par l'assemblée générale le 28 juin 2006 sur les dispositions relatives au mandat et à l'évaluation des chefs de corps contenues dans le projet de loi modifiant diverses dispositions du Code judiciaire concernant l'évaluation des magistrats et les mandats de chef de corps et modifiant la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

des activités et de la répartition des affaires²⁵⁵. Pour recruter la personne compétente, il va donc falloir dresser un profil, c'est le Conseil supérieur de la Belgique qui l'établit ; ces critères, qui doivent demeurer objectifs, portent sur les aptitudes organisationnelles, les qualités en matière de communication, de contact social..., tout en sachant que le profil requis diffèrera en fonction du niveau de responsabilité envisagée (taille de la cour, niveau hiérarchique...). La tâche de recrutement ou de sélection est difficile car la Belgique s'est rendu compte que les bons juges ne devenaient pas nécessairement de bons chefs de corps parce qu'ils n'avaient notamment pas les talents d'organiseurs requis ni la connaissance nécessaire pour traiter des dysfonctionnements qui se présentaient dans leur juridiction. Il ne faut pas oublier non plus que le chef de corps sera amené à traiter des plaintes, soit dans le domaine disciplinaire, soit au titre des dysfonctionnements du service. Il peut également s'avérer que le chef de corps retenu n'est pas à la hauteur de sa tâche, en termes de management. Il sera utile de prévoir des mécanismes permettant de l'écarter de sa tâche, sans pour autant remettre en cause son indépendance juridictionnelle²⁵⁶ ; on le voit, il est alors possible de jouer sur la distinction entre le judiciaire ou le juridictionnel et l'administratif.

Mais ce management judiciaire²⁵⁷ connaît des limites évidentes ; comme managers, les chefs de corps des cours et tribunaux en Belgique²⁵⁸ sont liés par de nombreuses contraintes extérieures : ils ne contrôlent pas le mode de recrutement des personnes soumises à leur direction et dont ils doivent respecter l'indépendance juridictionnelle, ni le budget permettant de faire fonctionner la juridiction dont ils ont la charge, ni les demandes qui lui sont faites, ni la production législative qui sert de fondement à toutes ces demandes...

Des questions semblables se posent en France. Les chefs de cour ou de juridiction sont sélectionnés par le Conseil supérieur de la magistrature pour les magistrats du siège, après avis de ce même Conseil pour les procureurs généraux. Mais depuis quelques mois, des interrogations se font jour sur la capacité et les méthodes de sélection des personnes amenées à remplir ces fonctions²⁵⁹. Les personnes reçues au concours d'entrée à l'École nationale de la magistrature (ENM) ont souvent un profil juridique, très rarement un profil de gestionnaire. La formation à l'École réserve une place modeste à la gestion et très peu au management. Cette place est plus importante lors de la formation continue, qui reste pourtant insuffisamment valorisée. Le *Rapport du Luart* avait déjà souligné les enjeux du management sur l'institution judiciaire : « les

²⁵⁵ Comme l'indique un rapport du Conseil supérieur de la justice, « le rôle managérial des chefs de corps doit être renforcé. Outre une responsabilité d'organisation de la juridiction, ils doivent disposer des outils nécessaires à un management efficace. Leur mise en place doit passer par une sélection basée sur l'évaluation des compétences managériales et des aptitudes spécifiques à la fonction » (*Considérations sur la sélection, la carrière et la formation des magistrats, op cit.*).

²⁵⁶ Voir : E. MARIQUE, *op. cit.*, p. 56 et s. ; l'auteur insiste sur le fait que la fonction de chef de corps n'est plus un mandat honorifique, mais une véritable fonction de management.

²⁵⁷ Voir : Colloque de Luxembourg, « CAF et justice : le développement de la qualité dans le domaine de la justice » (avril 2007).

²⁵⁸ Voir : K. GERARD et R. BOONE, *op. cit.*, p. 55.

²⁵⁹ Voir le rapport d'information du Sénat sur la formation des magistrats et des greffiers en chef à la gestion (Rapport du Luart, session 2006-2007, n° 4, du 4 octobre 2006).

juridictions n'ont plus seulement besoin de bons gestionnaires, elles attendent aussi de bons managers. La seule maîtrise des outils (tableaux de bord, connaissance des procédures...) n'est pas suffisante, et elle doit nécessairement s'accompagner d'une faculté à mener des équipes, à définir des projets de service, à gérer les conflits comme le changement (...) Passer de la gestion au management, telle doit être la nouvelle ambition pour la collectivité humaine que représente toute juridiction²⁶⁰ ». Dans la perspective ouverte par le rapport, le Ministre de la justice Pascal CLEMENT a demandé au Premier président de la Cour de cassation, Guy CANIVET, de lui proposer un dispositif visant à préparer les magistrats de l'ordre judiciaire à l'exercice des fonctions de chef de juridiction et de chef de parquet. Le Premier président CANIVET²⁶¹ insistait sur le fait que les responsabilités des chefs de juridiction s'étaient considérablement accrues, sur le plan de la gestion, en particulier avec la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances [LOLF], mais que « la justice est confrontée à un environnement social et institutionnel sensiblement plus exigeant du point de vue de la qualité du service public judiciaire et dans l'efficience dans l'utilisation des moyens qui lui sont attribués. Il en résulte une nécessité de changement qui ne peut être conduit que par des responsables dotés d'une vision générale et stratégique de l'institution judiciaire et d'une culture du management ». Le Premier président proposait donc des mécanismes permettant de découvrir les futurs managers de demain capables d'administrer les juridictions de manière dynamique et de développer une vraie politique de qualité : une phase de découverte de ceux qui sont aptes à conduire le changement, qui devrait être effectuée dès les premières années d'exercice effectif des fonctions judiciaires ; avant leur nomination aux fonctions d'encadrement, phase d'acquisition de connaissances, « mettant l'accent sur une vision stratégique de la justice et les principes généraux de conduite des politiques judiciaires », ce qui reviendrait à élargir le champ des processus. Au lieu d'envisager des postes à profil, le dispositif proposé prévoit une détection des managers en amont, et une formation adaptée ; reste qu'il n'est pas facile d'opérer cette détection car il faudrait que les chefs de cour et de juridiction en poste actuellement disposent des compétences requises pour ce faire, en termes de management en particulier. Mais il s'agit d'un premier pas vers un recrutement spécifique, qui serait plus en phase avec les défis de la justice actuellement et qui met ainsi l'accent sur l'administration de la justice et l'administration judiciaire. Une fois découvertes et identifiées, ces personnes pourraient devenir chefs de cour, leur désignation n'étant pas liée nécessairement au suivi de la formation. Mais elles devraient suivre, après leur désignation, une formation spécifique.

Ce sont donc ces magistrats qui seront amenés à préciser et appliquer les processus avec un objectif d'amélioration de la qualité de la justice et avec un regard tourné vers l'Europe. Le Conseil supérieur de la magistrature devrait être plus largement partie prenante de cette évolution. Le rapport laisse

²⁶⁰ Rapport d'information fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, sur la formation des magistrats et des greffiers en chef à la gestion (Rapport du Luart), p. 55.

²⁶¹ Le rapport final souligne que « depuis une vingtaine d'années, l'administration des juridictions a subi des évolutions qui ont profondément modifié le contenu des fonctions de chef de juridiction et de parquet, de sorte qu'il n'est pas excessif de parler d'une mutation culturelle vers un management judiciaire » (p. 10) ; voir G. CANIVET, « Synthèse du Rapport », *Gazette du Palais*, n° 49, 18 février 2007, p. 16.

pourtant planer un doute sur le positionnement même du chef de cour, considéré comme un manager : selon ses termes, « l'accueil dans les juridictions, les renseignements donnés aux justiciables, la rapidité et la ponctualité du prononcé des décisions, l'adéquation de la réponse pénale relèvent de techniques de management adaptées à la spécificité judiciaire²⁶² ». Il sera utile de préciser ce qui relève précisément de méthodes de management d'administration de la justice et de management judiciaire, pour reprendre la distinction initiale. Ces mesures doivent s'accompagner d'une vraie politique de gestion des ressources humaines au sein des juridictions.

2. Les managers des juridictions : une évaluation et des responsabilités à revoir

Le chef de cour ou de juridiction n'est pas seul ; il doit faire fonctionner une cour ou un tribunal avec les magistrats du siège et du parquet qui y sont nommés. Mais il n'existe pas toujours de véritable politique de gestion des ressources humaines au sein de la juridiction. Le mécanisme de l'évaluation n'est pas nécessairement adapté.

Les magistrats sont normalement évalués par les chefs de cour, et, pour éviter toute difficulté, il serait utile de rappeler que l'évaluation n'a pas de connotation disciplinaire. Mais se pose la question de l'évaluation du chef de cour²⁶³, qui se divise elle-même en deux aspects : qui l'évalue dans ses fonctions juridictionnelles, qui l'évalue ou le contrôle dans ses fonctions de gestionnaire et d'administrateur²⁶⁴ ? Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature pourrait être double et envisager globalement les deux aspects, ce qui imposerait une modification de sa composition. Le rapport CANIVET proposait la rénovation de l'évaluation, en créant une rubrique spéciale pour les candidats aux fonctions de chef de juridiction : des critères spécifiques pourraient être élaborés par la Direction des services judiciaires en concertation avec les organisations professionnelles, l'ensemble étant validé par le Conseil supérieur de la magistrature.

Un autre problème réside dans le moment de l'évaluation : il est certes difficile de prévoir une évaluation préalable du magistrat, lors de son arrivée dans le tribunal ou la cour ; pourtant, un entretien et une approche générale permettraient peut-être de le placer au meilleur poste²⁶⁵. L'évaluation se fait en principe au bout de deux ans, et ne permet plus nécessairement de changer le

²⁶² Rapport CANIVET, *op. cit.*, p. 15.

²⁶³ On peut noter que la question de l'évaluation des personnes titulaires d'un mandat de chef de corps se pose en Belgique de manière importante (Voir l'avis adopté par le Conseil supérieur de la justice de Belgique le 27 septembre 2006 sur les dispositions relatives à l'évaluation des magistrats contenues dans le projet de loi modifiant diverses dispositions du Code judiciaire concernant l'évaluation des magistrats et les mandats de chef de corps et modifiant la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ; voir également l'avis d'office émis le 28 juin 2006 sur les dispositions relatives au mandat et à l'évaluation des chefs de corps).

²⁶⁴ P. LEMAIRE, « Le contrôle fonctionnel de gestion », in *Rendre compte de la qualité de la justice*, Colloque de novembre 2003. Texte disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

²⁶⁵ Sur la difficulté de l'exercice des pouvoirs des chefs de cour et des chefs de juridiction pour placer le magistrat à la meilleure place en fonction de ses capacités, voir D. COMMARET, « Le contrôle interne », Colloque *Rendre compte de la qualité de la justice*. Texte disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

magistrat de poste, au risque de créer des problèmes. Quant au chef de cour, l'évaluation se fait en amont, car logiquement il doit faire preuve de ses capacités pour être nommé à ce poste, et l'évaluation se fait ensuite pendant ou à la fin de son mandat, avec une obligation de respecter des garanties pour ne pas mélanger les aspects administratifs et juridictionnels. L'évaluation peut porter sur la manière dont le chef de cour a rempli sa mission, s'il a atteint ses objectifs, sur les processus qu'il a initiés et développés... Cela peut revenir au Conseil supérieur de la magistrature dès lors que ses missions seraient renouvelées. Mais l'évaluation peut aussi porter sur le fonctionnement de la cour dans son ensemble, sur son organisation, sur l'évolution du degré de satisfaction des justiciables... Les principes posés par le Rapport CANIVET du 14 février 2007 pourraient servir de guide à l'établissement de mécanismes d'évaluation spécifiques.

La dernière question n'est pas la plus simple : quelle est la responsabilité encourue par un chef de cour en cas de dysfonctionnement ou d'erreur lié(e) à sa fonction managériale ? Elle ne pourrait être, *a priori*, que de nature administrative, et non disciplinaire, sauf cas particulier se rapportant à la définition spécifique donnée par l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature.

La distinction entre les *processus* et les *procédures* permettrait de différencier ce qui relève de l'indépendance de la justice, essentiellement sur le plan juridictionnel, et ce qui n'en relève pas, c'est-à-dire les éléments d'administration de la justice ou de gestion. La distinction n'est pas aisée à établir puisqu'elle conduit à distinguer clairement autorité judiciaire constitutionnelle et service public de la justice. Mais c'est probablement une piste pour parvenir à une certaine qualité de la justice ; la qualité des décisions juridictionnelles suppose un environnement global permettant de rendre des décisions dans des conditions matérielles et intellectuelles sereines. Une gestion sereine, cohérente et lisible d'une juridiction permet d'organiser de manière adaptée le travail qui s'y effectue. Le management judiciaire paraît donc bien constituer un pré-requis de la qualité de la décision juridictionnelle.

L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel

Guy CARCASSONNE

Professeur de droit public à l'Université de Paris X

Le Conseil constitutionnel ne rend pas à proprement parler des décisions de justice ; il n'est pas, à proprement parler, une juridiction ; il n'y a pas, à proprement parler, un « procès constitutionnel » comme il peut y en avoir dans bien d'autres juridictions - y compris constitutionnelles - à commencer par la Cour suprême des États-Unis, avec un demandeur et un défenseur. Devant le Conseil constitutionnel, il n'y a pas de demandeur, il y a des « saisissants ». Il n'y a pas de défenseur, il y a le Secrétariat général du gouvernement qui présente des observations, y compris sur les textes dont, par définition, il n'est pas l'auteur puisque c'est le Parlement qui a voté la loi ; parfois même sur des textes que le gouvernement désapprouve, ou en tout cas avec lesquels il a quelques distances, mais sur lesquels le Secrétariat général du Gouvernement se fait néanmoins un devoir de présenter des observations en faveur de leur conformité à la Constitution. Donc, le Conseil constitutionnel, au regard du thème de la « qualité décisions de justice », se trouve dans une situation objectivement particulière. Cette situation objectivement particulière se trouve enserrée dans un certain nombre de contraintes dont la première est banale, la deuxième délicate et la troisième unique.

La contrainte banale. C'est la contrainte argumentative. A partir du moment où le Conseil constitutionnel se pique d'essayer de faire du Droit, et c'est plutôt satisfaisant et rassurant, bien naturellement il est conduit à suivre un certain nombre de canons de l'argumentation que l'on retrouve dans les décisions de maintes juridictions et auxquelles, assez précocement, il s'est plié - même s'il lui a fallu un certain temps pour en faire l'apprentissage et finalement les maîtriser. Ainsi, le Conseil commence par rappeler brièvement les griefs qui sont invoqués par les saisissants - lorsqu'il y a des griefs invoqués, ce qui n'est pas toujours le cas, car les saisissants peuvent déférer la loi au Conseil constitutionnel sans la moindre argumentation et cela s'est déjà produit. De fait, la qualité des saisines influe directement sur la qualité des décisions, or cette qualité des saisines est extraordinairement inégale. Cela va du remarquable à l'indigent. Il va de soi que lorsque le Conseil est confronté à une saisine indigente, il lui faut d'abord passer du temps à essayer de comprendre ce qu'elle peut signifier, à lui attribuer un sens, ensuite une compétence et en faire finalement quelques chose qui ressemblerait à un moyen de constitutionnalité. L'on découvre alors le rappel de ce qui figure dans la saisine, la mention insistante des principes constitutionnels à la lumière desquels le cas va être jugé et finalement la solution qui se déduit logiquement du rappel de ces données. En soi, cette façon de procéder est assez banale. D'une manière ou d'une autre, l'on retrouve ce type de structuration dans les décisions de justice, quelle que soit la juridiction qui les rend et le Conseil constitutionnel, à cet égard, n'a fait pour l'essentiel que de rallier le droit commun, si l'on ose dire, sans se distinguer davantage.

La contrainte délicate, en ce qui le concerne, renvoie à l'intitulé même de cette intervention - « L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel » - car voilà une juridiction qui doit ainsi se plier à la règle qu'elle a elle-même

formulée. C'est, de fait, le Conseil constitutionnel qui, après avoir longtemps parlé de la clarté de la loi, de la précision de la loi, a fini par sauter le pas, dans sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, en élevant au rang constitutionnel le *principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*²⁶⁶. Il va de soi que l'intelligibilité de la loi porte en elle l'intelligibilité du contrôle sur la loi. Ainsi, en même temps qu'il faisait peser une contrainte sur le législateur, le Conseil fatalement s'imposait la même contrainte pour ses propres décisions. C'est d'ailleurs peut être ce qui explique, en partie, pourquoi le Conseil constitutionnel se montre très circonspect dans l'utilisation de ce moyen : il n'est pas d'une féroce sévérité avec le législateur en matière d'intelligibilité de la loi, peut-être parce qu'il redoute qu'en retour on lui fasse des reproches équivalents. Sans doute est-ce ce qui explique que, finalement, le Conseil constitutionnel n'a été jusqu'ici conduit à censurer au titre de l'inintelligibilité de la loi que des dispositions législatives qui étaient effectivement à ce point mal rédigées qu'elles étaient parfaitement incompréhensibles. Au vrai, elles étaient parfaitement idiotes. Par conséquent, ce n'est que passé le stade de l'idiotie absolue que le Conseil constitutionnel considère qu'il y a atteinte à l'intelligibilité de la loi. Force est alors de constater qu'il a été, jusqu'ici, plutôt porté à une forme de mansuétude.

Le Conseil, enfin, est soumis à *une contrainte unique*. Celle-là est véritablement singulière. Elle n'existe pour aucune autre juridiction au monde, à ma connaissance : elle consiste dans l'obligation pour le Conseil constitutionnel de statuer dans un délai d'un mois. Cette contrainte est évidemment extraordinairement redoutable. Bien sûr, le Conseil anticipe. Bien sûr il subodore sur quel texte il va être saisi et, par voie de conséquence, il suit l'évolution de la procédure législative, tente de deviner ce que pourraient être les griefs, que le moment venu, les saisissants lui adresseront. Il n'en demeure pas moins que ce n'est qu'à l'instant où il reçoit la saisine qu'il découvre la réalité des arguments qui lui sont soumis. Et entre ce moment et sa décision, le délai maximum est d'un mois. Ce délai, de surcroît, peut être réduit à huit jours si le gouvernement le demande pour cause d'urgence. Le gouvernement a, heureusement, le bon goût de s'en abstenir. Toutefois, il arrive très fréquemment, y compris lorsque l'urgence n'a pas été invoquée, que ce délai d'un mois soit en fait beaucoup plus court pour toutes sortes de circonstances : lorsque la loi de finances est déférée, dès après son adoption aux alentours du 20 décembre, et alors que la continuité de l'État exige évidemment qu'elle soit promulguée avant le 31 décembre, cela signifie qu'en vérité le Conseil n'a que dix jours pour rendre sa décision sur un document épais, volumineux, abscons, compliqué. Dans un tel laps de temps, sur un tel document, parvenir à rendre une décision qui soit raisonnablement compréhensible est évidemment autrement plus difficile que s'il pouvait disposer de toute la durée qu'il estimerait utile afin de fonder sa décision de manière indubitable, d'exprimer sa pensée de manière parfaitement accessible. Bref cette contrainte temporelle est effectivement un élément dont on ne doit jamais ni oublier, ni sous-estimer l'importance. Accessoirement d'autres circonstances peuvent aussi faire que le Conseil doive aller plus vite. Après tout, juste à la veille de son récent renouvellement d'un tiers, le 23 février 2007, le Conseil constitutionnel a tenu à rendre, dans son ancienne composition, toutes les décisions sur les saisines

²⁶⁶ Voir notamment : W. BARANES et M.-A. FRISON-ROCHE, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Recueil Dalloz*, 2000, chronique, p. 361.

qu'il venait de recevoir pour des raisons très pragmatiques. En effet, ces saisines portaient sur des lois qui : avaient été examinées, sous forme de projet, par le Conseil d'État à l'époque où son vice-président était Renaud DENOIX DE SAINT MARC ; avaient été adoptées par l'Assemblée nationale au moment où celle-ci était présidée par Jean-Louis DEBRE ; et, pour la plus importante d'entre elles, il s'agissait d'une loi organique concernant les magistrats, corps auquel appartenait Guy CANIVET, premier président de la Cour de cassation jusqu'à sa nomination au Conseil constitutionnel. Donc à l'évidence, sauf à organiser une première séance plénière avec six membres au lieu de neuf et en évinçant les trois nouveaux nommés qu'étaient justement Jean-Louis DEBRE, RENAUD DENOIX DE SAINT MARC et Guy CANIVET, il a fallu au Conseil faire l'effort d'être en mesure de statuer avant que le renouvellement ne soit rendu effectif, moyennant quoi il ne s'est donné que moins d'une semaine pour examiner tous ces textes.

Donc véritablement, l'on ne comprend pas ce que sont les exigences qui pèsent sur le Conseil constitutionnel si l'on n'a pas d'abord et avant tout en tête cette contrainte de temps. L'on doit être plus compréhensif à l'égard d'une juridiction ou d'une autorité qui doit statuer extrêmement vite qu'on est droit de l'être à l'égard d'une juridiction qui a la maîtrise de son propre calendrier.

Au bénéfice de ces observations, et du rappel de ces diverses contraintes, je serais porté à me montrer effectivement assez indulgent en considérant que l'intelligibilité - heureusement pour moi, je n'ai pas été interrogé sur la qualité des décisions du Conseil constitutionnel, seulement et plus restrictivement sur leur *intelligibilité* - est globalement satisfaisante. Cela dit, elle reste évidemment perfectible.

Pour essayer de l'illustrer, l'on s'attachera à ces deux dimensions de l'intelligibilité des décisions que l'on peut appeler *l'intelligibilité intrinsèque* - celle contenue dans la décision elle-même - par opposition à *l'intelligibilité extrinsèque* - c'est-à-dire l'environnement qui permet de favoriser cette intelligibilité.

I- L'intelligibilité intrinsèque

Cette intelligibilité est celle qui, par sa seule vertu, éclaire complètement sur le sens que la décision du Conseil constitutionnel est susceptible de produire, sur la portée qu'elle peut avoir. Ici l'on fera trois remarques. La première pour observer que pour des raisons assez aisément compréhensibles le tâtonnement est fréquent. La deuxième pour souligner que la maladresse est occasionnelle et la troisième enfin pour déplorer que l'archaïsme soit constant.

a) *Le tâtonnement fréquent.* Le Conseil constitutionnel, notamment pour les raisons qui viennent d'être rappelées, ne trouve pas tout de suite la bonne formulation, ni même nécessairement le bon fondement à ce dont il éprouve le besoin de l'exprimer. Après tout rien ne démontre que, lorsque Archimède poussa son célèbre Euréka, c'était la première fois de sa vie qu'il prenait un bain ! Il faut s'y reprendre à plusieurs fois avant que jaillisse la lumière, sans doute même Newton avait-il déjà vu des pommes tomber sans pour autant avoir découvert instantanément les lois de la gravitation. Pour le Conseil constitutionnel, il y a quelque chose d'un petit peu équivalent. Oui, il lui faut en permanence chercher, dans des conditions assez difficiles et cela se retrouve à la fois dans des fondements mouvants et des formulations évolutives.

Les fondements mouvants, cela peut se produire dans les domaines les plus variés. Le principe de la liberté contractuelle en offre un excellent exemple. Le Conseil commença par observer qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne la garantissait²⁶⁷, puis il évolua assez rapidement pour faire de la liberté contractuelle l'une des nombreuses filles de la liberté elle-même²⁶⁸, avant, enfin, d'évoquer le respect de la liberté contractuelle comme résultant de la garantie des droits visées à l'article 16 de la Déclaration de 1789 ainsi que du préambule de 1946²⁶⁹. Plus récemment, nous avons vu, à propos de l'obligation de transposition des directives qui résulte de l'article 88-1 de la Constitution, qu'elle ne pourrait s'incliner, nous dit le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 juillet 2004²⁷⁰, que devant « une disposition expresse contraire de la Constitution ». Moyennant quoi certains ont aussitôt fait remarquer que la seule disposition expresse contraire de la Constitution à laquelle le Conseil pouvait ici songer était la laïcité. En dehors de celle-ci, on ne voit pas véritablement quelle disposition expresse pourrait être en cause. En outre, si par exemple, et bien que ce soit peu probable, une directive portait gravement atteinte à la liberté d'association, la France serait quand même dans l'obligation de la transposer nonobstant tout obstacle constitutionnel, faute pour ce dernier de résulter d'une « disposition expresse de la Constitution ». Le Conseil constitutionnel a été sensible à ces critiques. Aussi bien a-t-il, un an plus tard, à l'occasion de sa décision sur la loi relative aux droits d'auteur, changé de formulation en libellant la réserve comme visant les cas qui iraient « à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »²⁷¹. La notion de « règle ou de principe inhérent à l'identité constitutionnelle » de la France, sans être illimitée, est un petit peu plus large que la « disposition expresse contraire ».

Mais il faut comprendre que, d'une manière générale, l'objectif qui est toujours poursuivi par le Conseil est de parvenir - sur la quasi totalité des principes et des règles dont il a à connaître - à l'énoncé d'un considérant de principe qui, une fois jugé satisfaisant, sera systématiquement reproduit ensuite, chaque fois que nécessaire. Or cette quête permanente du considérant de principe est en elle-même une quête permanente de l'intelligibilité, au moins autant qu'une quête permanente de la sécurité. Assez naturellement, il faut, comme à n'importe quel artiste après des ébauches, après des retouches, avec des repentirs, procéder pas à pas pour finalement parvenir à quelque chose qui lui paraisse suffisamment clair et rigoureux pour lui faire subir l'épreuve du feu, en l'inscrivant dans le bronze. Dans le bronze du « considérant de principe », qui ensuite ne bougera plus. Très fréquemment, très naturellement, existent ainsi toutes sortes de tâtonnements avant que le Conseil ne parvienne à la formulation qu'il estime adéquate. Ceci ne va pas, au passage, sans quelques maladresses occasionnelles.

b) *La maladresse occasionnelle*. L'accident menace toujours. On pourrait en citer un certain nombre d'exemples, mais le plus spectaculaire, et relativement récent, est évidemment celui du calamiteux « au surplus » contenu dans la décision du 22 janvier 1999²⁷². Le Conseil constitutionnel,

²⁶⁷ Décision 94-348 DC du 3 août 1994, considérant n° 9.

²⁶⁸ Décision 99-416 DC du 23 juillet 1999, considérant n° 19.

²⁶⁹ Décision 2003-465 DC du 13 janvier 2003, considérant n° 4.

²⁷⁰ Décision 2004-498 DC du 29 juillet 2004, considérant n° 4.

²⁷¹ Décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, considérant n° 19.

²⁷² Décision 98-408 DC, considérant n° 16.

ayant à statuer sur la compatibilité avec la Constitution du Traité instituant la Cour pénale internationale, explique que, techniquement, le Traité est incompatible avec l'immunité présidentielle telle qu'elle résulte de l'article 68 de la Constitution ; puis, au lieu de dire « en outre » ou « par ailleurs », le Conseil ajoute « qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale [celle du président de la République] ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de justice ». Cela réglait la question dans un certain sens - qui personnellement me satisfaisait, puisque c'était l'interprétation que j'avais soutenue depuis fort longtemps - mais cela se faisait au profit d'un « au surplus » qui donnait à penser que c'était une espèce de considération de surabondance, un *obiter dictum*, une remarque en passant. Celle-ci, évidemment, n'a pas manqué d'être relevée ensuite par la Cour de cassation, lorsqu'elle a eu à connaître du même problème ; la Cour de cassation qui, du coup, a pu écarter tout à fait la décision du Conseil constitutionnel²⁷³. « Au surplus », cela prouve bien que ce n'était pas déterminant pour la décision du Conseil. Cette partie-là du considérant n'était pas le soutien nécessaire de la décision. Par conséquent, la Cour de cassation n'était pas du tout tenue - malgré l'article 63 de la Constitution sur la force obligatoire des décisions du Conseil constitutionnel - de le respecter, de l'appliquer, de le développer. Elle s'en est donc arrangée. Et ce « au surplus » était effectivement une maladresse, ce qui, dans n'importe quelle copie d'étudiant en droit appellerait en marge l'annotation « grosse bévue ». Oui, même le Conseil constitutionnel peut parfois commettre des bévues. Heureusement celle-ci n'a pas été très lourde de conséquences, mais il a fallu quand même réviser la Constitution pour clarifier la question²⁷⁴.

c) *L'archaïsme constant*, enfin, vise tout simplement - et ce grief n'est pas dirigé contre le seul Conseil constitutionnel - la syntaxe en « considérants ».

En 2007, il serait peut être temps d'y renoncer. Cela n'a aucun sens, ne sert qu'à fabriquer de l'opacité pour les citoyens. Ceux-ci ne sont pas forcément très nombreux à avoir la curiosité de lire une décision du Conseil constitutionnel, mais cette méthode les dérouterait à coup sûr. Cette syntaxe en considérants ne rime plus à rien. Il existe aujourd'hui toutes sortes de juridictions, surtout supranationales, qui travaillent dans une langue normale, avec des points et pas seulement des points-virgules, et il ne serait pas malséant que le Conseil constitutionnel s'en inspire.

Je m'étais d'ailleurs amusé, une fois, à prendre une décision du Conseil et à « la mettre en français ». C'est extraordinairement facile, même sans changer un mot. Il suffit de ne modifier que la ponctuation et de supprimer tous les « considérants ». Or, puisque l'on a eu l'idée - ce qui à mes yeux était une ineptie, mais peu importe - d'inscrire dans la Constitution que « la langue de la République est le français », au moins la République doit-elle respecter le français des Français et ce n'est pas un effort abusif que celui qui consiste à ne pas dresser un barrage parfaitement artificiel à la compréhension, avec cette syntaxe en « considérants » qui, aujourd'hui, ne correspond plus à aucune espèce de nécessité.

La vérité oblige à voir là un excès de prudence. Je ne pense pas trahir un secret en révélant avoir eu l'occasion d'en parler avec des membres du

²⁷³ Cour de cassation, Assemblée plénière, 10 octobre 2001, *M. Breisacher*.

²⁷⁴ Loi constitutionnelle du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution.

Conseil constitutionnel, lesquels disent : « Oui, mais si l'on renonçait à cela [la syntaxe en « considérants »], on risquerait de se laisser aller à en dire trop ». A cela, l'on peut objecter : premièrement, que ce n'est généralement pas un drame d'en dire plus, et que « plus » ce n'est pas nécessairement « trop » ; deuxièmement, que le Conseil doit pouvoir résister aux pulsions, ne pas en dire davantage, mais le dire plus clairement. « Oui », rétorque-t-on encore, « mais quand même, on risque de vouloir raffiner et si on raffine ce sera dangereux ! », argument auquel s'ajoute un autre qui, pour le coup, est tout à fait recevable et qui consiste à dire « vous comprenez, nous, nous avons en plus un problème supplémentaire par rapport aux autres juridictions, qui est que nos décisions s'imposent à tous, donc y compris à nous-mêmes, et que le statut des revirements de jurisprudence pour le Conseil constitutionnel est plus délicat encore que pour les autres juridictions. Donc soyons prudents ». Et ce souci de prudence est sans doute pour beaucoup dans le fait que le Conseil continue à mettre en œuvre cette pratique pour le moins désolante de la syntaxe en « considérants ».

II – L'intelligibilité extrinsèque

De ce point de vue, le Conseil constitutionnel travaille bien. Il a très tôt - assez sobrement, mais très tôt, exactement depuis une quinzaine d'années - fait en sorte, assez discrètement mais efficacement, de livrer des instruments à l'usage de ceux qui ont plus de difficultés à comprendre spontanément la décision du Conseil et c'est extrêmement utile.

La base documentaire qui figure sur le site internet du Conseil constitutionnel fait apparaître les saisines et, évidemment, l'on comprend mieux les décisions une fois que l'on a lu les saisines, y compris parfois dans ce qu'elles ont de consternant. Cette base reproduit également l'ensemble des textes de référence, rappelle toute la jurisprudence pertinente et cela est extrêmement commode.

Ensuite, il y a le communiqué de presse, lequel est désormais systématique, et qui est extrêmement bref parce que le Conseil est suffisamment expérimenté pour savoir que souvent seul ce communiqué de presse sera repris par les médias. Mais au moins, justement parce qu'il a vocation à être repris par la presse, le communiqué de presse du Conseil constitutionnel fait-il clairement apparaître l'essentiel de la décision.

Enfin, existent évidemment les compléments autorisés et il faut songer ici, en particulier, aux commentaires des décisions du Conseil aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, commentaires qui apparaissent d'ailleurs maintenant sur le site internet du Conseil en même temps que la décision elle-même. Ces commentaires aux *Cahiers* faits par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel - actuellement J. Eric SCHOETTL - répondent en vérité à un cahier des charges extrêmement précis, qui a même fait l'objet d'une séance plénière du Conseil constitutionnel qui n'a pas donné lieu à une décision formelle publique, mais qui en tout cas, fait peser sur le Secrétaire général du Conseil constitutionnel des contraintes extrêmement précises ; de sorte que lorsque l'on lit ce commentaire aux *Cahiers*, l'on comprend extrêmement bien, et en tout cas beaucoup mieux s'il y a le moindre doute, tout ce qui figure dans la décision. Si le Secrétaire général dit « voilà ce qu'à décidé le Conseil, Certes on aurait pu aussi considérer que... » cela ne signifie pas que le Secrétaire général considère que l'on aurait pu considérer. Cela signifie très clairement -

il suffit de décoder, mais le décodage est tout bonnement assez simple : « Le Conseil constitutionnel s'est posé la question. Le délibéré a porté notamment sur cette question et voici les raisons pour lesquelles il a été tranché dans ce sens ».

De sorte que, lorsque l'on met l'ensemble de ces éléments bout à bout - des décisions qui malgré leur désastreuse syntaxe en considérants sont globalement écrites dans une langue à peu près compréhensible et le Conseil faisant de véritables efforts pour essayer de décortiquer y compris parfois sur des sujets qui sont extrêmement techniques toutes les considérations qu'il lui faut prendre en charge - ces véritables efforts d'intelligibilité intrinsèque, et que l'on ajoute cette intelligibilité extrinsèque, la marge de progrès existe toujours car tout est toujours perfectible. Mais le niveau atteint, me paraît en termes d'intelligibilité, raisonnablement satisfaisant.

La qualité des arrêts de la Cour de cassation

Pierre-Yves GAUTIER
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

Pour *impressionner*, avoir force obligatoire comme des textes de loi, des articles de la Constitution, un simple arrêt ou quelques décisions de la Cour de cassation doivent avoir beaucoup d'autorité et être d'une grande qualité. Ce qui est le plus souvent le cas. On évoquera quelques points autour de deux axes traditionnels quand on désigne la Cour de cassation et qu'on y applique la notion de qualité. La Cour de cassation est à la fois la gardienne de notre tradition juridique du droit privé (I). Mais c'est aussi une championne de l'innovation (II).

I - Tradition.

La tradition en droit - en tout cas en droit privé - est une bonne chose. Le droit est, par essence, de tradition puisqu'il s'appuie sur l'expérience du passé. Cela a des effets très bénéfiques (A), mais aussi quelques effets négatifs (B).

A. Aspects bénéfiques

On en prendra trois.

1. Le premier est sans doute celui qui caractérise le mieux la Cour de cassation, tant en France qu'à l'étranger. Il s'agit de la concision de ses arrêts.

Brièveté qui ne suppose pas, bien sûr, qu'il n'y ait aucune motivation. Les arrêts de la Cour de cassation sont brefs et motivés. C'est une tradition, qui a quand même un certain temps, mais qui n'est cependant pas aussi ancienne que cela : il faut ainsi se référer à un arrêt rendu par le Tribunal de cassation le 28 septembre 1792 : c'est MALEVILLE, un des futurs rédacteurs du Code civil, qui en était le rapporteur ; il s'agissait d'une question d'assurance de marchandises. Tout d'un coup, l'on voit apparaître une motivation – un paragraphe unique, mais clair et argumenté²⁷⁵. Ce qui sera entériné dans un décret de Germinal an II, rendant la motivation obligatoire devant la Cour de cassation, dans le sillage de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire²⁷⁶.

En 1792, c'était une petite révolution, puisqu'on avait vécu pendant très longtemps sur le simple « dispositif ». Ce qui est intéressant à noter c'est que

²⁷⁵ Sirey chronol., 1791-an XII, p. 10. L'Ancien Droit n'y était d'ailleurs pas hostile, BEAUMANOIR par exemple le prônait. L'arrêt de 1792 est à comparer avec le premier arrêt publié par le Sirey Chronol., p. 1 : Tribunal de Cassation, 26 août 1791 (Le Tribunal de cassation avait été créé en décembre 1790). Le Tribunal devait connaître d'un pourvoi contre un arrêt du Parlement de Paris d'avril 1789, pour violation d'un arrêt du Conseil de 1724 concernant les ventes en Bourse (actions de la Compagnie des Indes). En une ligne, l'arrêt est cassé, sans motifs et par un seul dispositif « sec ».

²⁷⁶ V. E. FAYE, *La Cour de cassation : Traité de ses attributions, de sa compétence, de la procédure observée en matière civile suivi du Code des lois, décrets, ordonnances et règlements*, Paris, Duchemin, 1903, p. 5.

la Cour de cassation a été créée fin 1790 et qu'il a fallu quand même attendre fin 1792 pour qu'elle commence à motiver.

Tel est le modèle de la décision de justice : faits, procédure, moyens des parties, solution en quelques lignes, placées différemment, selon qu'il y a rejet ou cassation.

C'est aussi l'acte fondateur de la jurisprudence : celle-ci, en tant que contribuant à former le droit, suppose la motivation. La jurisprudence, c'est un raisonnement, la répétition d'un syllogisme dans des situations analogues.

La brièveté est une qualité parce que cela permet d'aller droit au point important, surtout dans notre époque où nous sommes des gens pressés, avons beaucoup de choses à faire et, surtout, beaucoup de choses à lire ! La concision permet de ramasser la pensée et donc d'exprimer clairement un raisonnement ; on peut voir le contraste avec les décisions d'autres juridictions comme la Cour de justice des communautés ou la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui sont prolixes, très argumentées et longues²⁷⁷. Leurs arrêts, au demeurant très intéressants, ne deviennent réellement clairs que dans les paragraphes finaux et le dispositif.

C'est très bien, mais le problème c'est leur aspect didactique, qui finit parfois par l'emporter sur l'aspect de *jurisdictio* propre à la décision juridictionnelle. Il faut savoir si une décision de justice doit être un exercice pédagogique, scientifique, qui va permettre d'alimenter nos recherches et nos réflexions ou bien si dans un contentieux donné, il s'agit de dire le droit. La démonstration peut être concentrée, faute de quoi il y a risque d'éparpillement et d'indécision du lecteur, dans l'interprétation de l'arrêt, ce qui n'est pas bon pour la sécurité juridique.

Cependant, la brièveté ne suppose pas une absence de motivation. Tout dépend du point de rupture que l'on met entre ces deux paramètres. Il ne faut pas être trop bref car la pensée devient elliptique et l'ellipse n'est pas compréhensible, de sorte que c'est au magistrat et singulièrement au conseiller rapporteur, qui rédige les projets d'arrêts et les arrêts, de faire l'effort de conserver cette brièveté formidable, tout en permettant à tous, aux justiciables, aux deux parties intéressées, de comprendre l'arrêt – l'une des parties étant heureuse (celle qui a gagné), l'autre étant malheureuse mais pouvant, au moins, comprendre pourquoi elle a perdu.

La motivation s'adresse également aux autres juridictions, ainsi qu'aux commentateurs, afin de connaître le raisonnement syllogistique, qui est à la base de l'activité juridictionnelle.

2. Le deuxième point bénéfique de l'activité de la Cour de cassation et de la qualité de ses arrêts, est l'encadrement des évolutions sociales. Il ne faut pas se presser, mais accompagner les évolutions considérables que nous connaissons à tous points de vue, sociales, technologiques, économiques ; tout est en train de bouger, donc il est bon que dans ce monde assez incertain, qu'il y ait une juridiction unique en haut de la pyramide - presque en haut si on ne tient pas compte des juridictions supranationales, qui encadrent désormais notre ordre juridique.

On peut ainsi évoquer, quelques arrêts récents, tels ceux qu'a rendus la Cour de cassation le 20 février 2007 pour refuser l'adoption homosexuelle, malgré un système argumentatif assez complexe, mis en place par

²⁷⁷ Rapp. Ph. MALAURIE, « Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la CEDH », *Defrénois*, 2007, p. 350.

d'intelligents avocats d'un couple homosexuel, afin pour l'un(e) d'adopter l'enfant de l'autre et de conserver tous deux l'autorité parentale. La Cour de cassation a dit non²⁷⁸. Peut être viendrons-nous, cependant, à l'adoption homosexuelle, à l'occasion d'un nouvel arrêt de la Cour de cassation, d'un arrêt de la Cour de Strasbourg, ou d'une loi.

La réponse de la Cour de cassation fut néanmoins de même nature pour le mariage homosexuel : la 1^{re} Chambre civile a également dit non²⁷⁹. Le juge est là pour guider et orienter les citoyens dans l'évolution des mœurs. Il ne faut pas que ce soit fait de façon excessive.

Parfois cependant, dans le passé, la Cour de cassation a eu des arrêts assez « réactionnaires », notamment sur les fameuses questions de libéralités entre concubins. Mais, aujourd'hui, elle a changé et elle a une position beaucoup plus moderne sur les questions sociales et les questions de mœurs.

« Il ne faut pas aller trop vite », tel est en somme son message.

3. Le troisième point bénéfique de la tradition est l'affinement des concepts juridiques. C'est-à-dire qu'inlassablement, année après année, presque siècle après siècle, la Cour de cassation peaufine un certain nombre de questions dans des matières qui entrent dans sa compétence. Il y a de très nombreux cas, notamment les sujets de droit des obligations (en matière contractuelle et en matière délictuelle), où elle affine en permanence. Par exemple, le 27 février 2007, la Cour a rendu un arrêt assez novateur sur la question - qui semblait pourtant convenue - de l'erreur sur les qualités substantielles, à propos de l'authenticité des tableaux²⁸⁰. Elle a donné une extension nouvelle à la notion juridique d'authenticité (non pas en référence à l'auteur, mais par rapport à l'époque de l'œuvre d'art).

B. Aspects négatifs

On n'en prendra qu'un, mais il est de poids. C'est ce qu'on peut appeler *l'affirmation normative*. C'est-à-dire qu'il arrive à la Cour de cassation, de plus en plus souvent, de procéder à une affirmation dans un arrêt bref - ou moins bref. Mais il s'agit d'une affirmation, puisqu'il n'y a pas eu – sinon peu - de démonstration.

Les avocats auprès des juridictions inférieures, puis les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ont, pour leur part, essayé de faire une démonstration, chacun pour la partie qu'il défend. Mais la réponse de la Cour de cassation est une simple affirmation qui permet, incidemment, à une des parties de gagner le procès ; une affirmation assez péremptoire, qui devient une sorte de norme.

De sorte que l'on touche à l'ambivalence de la Cour de cassation. Depuis sa fondation en 1790, elle est la gardienne de l'unité du droit dans l'application et l'interprétation du droit, mais petit à petit elle a glissé vers une activité normative de création du droit au point que, traditionnellement, nous enseignons de plus en plus souvent à nos étudiants de première année, qu'elle est devenue une véritable source du droit.

²⁷⁸ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 20 février 2007 (2 espèces), *Recueil Dalloz*, 2007, p. 721, note de C. DELAPORTE-CARRE.

²⁷⁹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 13 mars 2007, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1389, Rapport de G. PLUYETTE, note d'E. AGOSTINI.

²⁸⁰ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 27 févr. 2007, *Recueil Dalloz*, 2007.1632, note P.-Y. GAUTIER.

Par exemple, il y a un très vieil adage qui remonte au Moyen-âge et permet à une partie, alors que son action en justice, si elle était en demande, serait prescrite et de ce fait irrecevable, à partir du moment où elle est en défense et qu'elle se trouve attaquée par une autre partie, à être en droit de soulever une nullité : « *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipendum* ». L'exception de nullité est perpétuelle.

Depuis une dizaine d'années, la Cour de cassation a décidé avec une petite formule de deux lignes assez affirmative, en visant l'article 1304 du Code civil qui ne dit absolument pas cela, que cette exception n'est plus perpétuelle si la partie qui invoque la nullité a commencé d'exécuter le contrat. Cela a débuté avec le prêt au consommateur et se poursuit par exemple avec des arrêts de février 2007, au sujet de contrats de service²⁸¹. En premier lieu, la Cour de cassation a créé cette règle de toutes pièces. De fait, une création jurisprudentielle, cela peut être bien et nous rapproche des juridictions de *Common Law* ; mais, et en deuxième lieu, la Cour ne justifie pas cette création, elle se contente de l'affirmer²⁸². Or le droit, c'est une dialectique. Et qui s'exerce à l'Université aussi bien que dans les salles d'audience. Argumenter la règle cela semble être le minimum.

Il faut prendre garde : ce n'est pas la brièveté qui est en soi préoccupante - on peut motiver en quelques lignes - c'est le fait de ne pas motiver, de ne pas justifier son raisonnement. Personne n'est au-dessus du raisonnement, de la démonstration juridique. Ni la doctrine, ni les avocats, ni les magistrats.

II- Innovation

Le moins que l'on puisse dire c'est que l'innovation est devenue omniprésente, c'est presque une obsession chez les juges ; ce qui est très bien mais qui peut donner lieu à excès. La Cour de cassation, sous l'impulsion des Premiers présidents successifs de ces dernières années, ainsi que des Présidents de chambres, s'y est adonnée sans réserve. La doctrine y a sa part de responsabilité, en poussant souvent la Cour à rendre des arrêts de principe. L'on distinguera également les aspects bénéfiques (A) des aspects négatifs (B) de cette inclination à l'innovation.

A. Aspects bénéfiques

C'est évidemment le fait de compléter le corpus normatif écrit, lorsqu'il est incomplet ; aussi de l'interpréter lorsqu'il existe, mais qu'il n'est pas clair. De ce point de vue, constitutionnalistes et privatistes se tiennent la main, parce que la norme écrite est de moins en moins claire.

Les aspects bénéfiques, c'est aussi une certaine transversalité qu'on peut déceler dans les arrêts qui sont rendus, par exemple des décisions de la chambre sociale qui peuvent toucher des aspects importants de droit processuel ou de droit des obligations et ont une valeur qui dépasse la matière même de la compétence de la Chambre. On citera ainsi toute la matière de la transaction ; ou encore un arrêt rendu par la Chambre sociale le 20 décembre 2006, qui a fait beaucoup de bruit, concernant le chanteur Johnny HALLYDAY, :

²⁸¹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 13 février 2007, *La Semaine juridique*, 2007.IV. 1600.

²⁸² Sur ce point, voir notre critique, *in RDC*, 2004. 849.

le musicien avait rompu, résilié amiablement son contrat avec sa maison de disques ; il y avait des points de droit social importants, mais aussi de droit des obligations, puisque c'est un arrêt fondamental sur la résiliation amiable du contrat - article 1134 al. 2 du Code civil - et ses effets rétroactifs ou non, qui n'avait quasiment jamais été appliqué depuis 1804, en tout cas dans cette ampleur²⁸³.

L'on peut encore citer un arrêt « TAPIE » rendu en Assemblée Plénière le 9 octobre 2006 et relatif à des banques chargées de vendre les titres d'un homme d'affaires aux abois, qui achètent par personne interposée et revendent aussitôt à un tiers (en le finançant) avec un gros bénéfice. La Cour de cassation statue sur : la cession de droits sociaux/vente ; la contrepartie dans le mandat et les incapacités ; le mandat apparent ; et enfin, le prêt !²⁸⁴

B. Aspects négatifs

On se concentrera sur le cas de « l'arrêt doctrinal ». Le juge, y compris le juge suprême, le juge du droit, rend des décisions qui peuvent avoir une portée non pas normative, puisque les « arrêts de règlements » sont interdits (article 5 Code civil), mais d'autorité.

Cependant, depuis quelques années, la Cour de cassation a tendance à rendre des *arrêts doctrinaux*, c'est-à-dire des décisions qui sont annoncées sur son site (la communication et l'internet ont une grande influence) et présentées comme autant de tournants dans l'avancement du droit. La Cour annonce des arrêts de principe, quitte à ce que ces « arrêts de principe » n'aient pas toujours une portée fondamentale.

Pour prendre un exemple, il y a eu un arrêt de chambre mixte du 26 mai 2006 rendu au sujet de l'exécution forcée du pacte de préférence - c'est un morceau de bravoure en matière de droit des obligations et du droit des contrats. La Cour de cassation a, semble-t-il, évolué et a rendu un bel arrêt extrêmement motivé et au surplus, s'est emparée de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, rédigé sous l'impulsion du Professeur Pierre CATALA²⁸⁵. Donc un arrêt extrêmement doctrinal, dont la portée est pourtant réduite (preuve de la connaissance par le tiers complice de la violation du pacte, de l'intention d'acquiescer de la part du bénéficiaire). Cet arrêt n'a en effet eu pratiquement aucune conséquence sur ceux qu'il est censé aider, c'est-à-dire les bénéficiaires d'un contrat qui a été violé²⁸⁶.

Il faut réfléchir à cette notion d'arrêts doctrinaux et sans doute aussi faire notre autocritique. Aujourd'hui, à peine un arrêt est-il rendu que quinze jours

²⁸³ *Recueil Dalloz*, 2007.555, note G. BLANC-JOUVAN, *RTD civ.*, 2007. 117, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²⁸⁴ Cour de cassation, Assemblée plénière, 9 octobre 2006, Bull. civ. AP n° 11, *Recueil Dalloz*, 2006, AJ 2525, note de X. DELPECH et 2933, note de D. HOUTCIEFF, *La Semaine juridique* (édition générale), 2006.II.10175, note de Th. BONNEAU, *RTD civ.*, 2007.145, observations de P.-Y. GAUTIER.

²⁸⁵ Cour de cassation, Chambre mixte, 26 mai 2006, *Recueil Dalloz*, 2006, Jur. 1861, n. P.-Y. GAUTIER et D. MAINGUY ; *La Semaine juridique* (édition générale), 2006.II.10142, note de L. LEVENEUR ; *Defrenois*, 2006.1206, observations d'E. SAVAUX, *RTD civ.*, 2006.550, observations de J. MESTRE et B. FAGES ; *Droit et Patrimoine*, octobre 2006, p. 93, chronique de Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Revue des contrats*, 2006. 1080, observations de D. MAZEAUD ; *Revue des contrats*, 2006.1131, observations de F. COLLART DUTILLEUL.

²⁸⁶ Voir P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2007. 366.

après il y a, dans les revues juridiques, des notes qui le commentent sans beaucoup de distance, « à chaud ».

Autre exemple : la cassation sans renvoi, technique qui permet de casser un arrêt et plutôt que de renvoyer l'affaire à une deuxième Cour d'appel, de statuer directement, par économie de moyens (art. 627 al. 2 du Nouveau Code de procédure civile). Ici, la Cour de cassation est aux antipodes du Droit révolutionnaire et de MALEVILLE. L'on peut citer, par exemple, l'arrêt rendu par la 1^{re} Chambre civile le 31 janvier 2006 : la Cour de cassation prononce elle-même l'exequatur d'un jugement étranger ! L'on peut encore citer l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 8 février 2006 : elle y « interdit » à un producteur de disques d'exploiter les enregistrements d'un artiste et le « condamne » à diverses mesure d'exécution forcée. Est-ce bien son rôle ? ²⁸⁷.

Dernière illustration, avec le non moins fameux arrêt rendu en Assemblée plénière le 6 octobre 2006 à propos de l'opposabilité du contrat par le tiers : il s'agissait encore d'une question très doctrinale, un sujet également abordé par l'avant-projet CATALA. Le locataire-gérant d'un fonds de commerce peut agir contre le propriétaire de l'immeuble qui a laissé des *squatters* dégrader les parties communes, en se fondant sur sa faute à l'égard du locataire, son propre bailleur²⁸⁸. Pourtant, le locataire-gérant n'est pas un tiers : réclamant l'entretien de la chose, il se présente en réalité comme un sous-contractant. Or, en l'espèce, dans le contrat avec le bailleur, y avait une clause limitative de responsabilité, qui aurait dû de ce fait lui être opposée et changer le cours du procès.

Était-il bien utile de s'enflammer pour tout cela ? ²⁸⁹.

La Cour de cassation à sa création en décembre 1790 ne s'appelait pas ainsi, mais seulement « Tribunal » de cassation. C'est GARSONNET qui nous explique pourquoi. C'est volontairement que les auteurs qui ont créé cette juridiction n'ont pas employé le terme « Cour » et voilà ce que souligne GARSONNET : « *il s'agissait d'éviter qu'un titre plus élevé ne lui inspirât des pensées trop ambitieuses* »²⁹⁰. Puis Napoléon est arrivé et en l'an XII, « Tribunal » fut supprimé et le mot « Cour » rétabli²⁹¹. C'était mieux pour la majesté, mais l'aspect socratique (« *souviens-toi que tu es un homme...* ») n'était pas à négliger.

²⁸⁷ Voir F. LUXEMBOURG, *Recueil Dalloz*, 2006, Doctrine, p. 2538.

²⁸⁸ *Revue des contrats*, 2007.558, observations de P.-Y. GAUTIER.

²⁸⁹ Voir les contributions publiées dans la livraison de la *Revue des contrats* citée note ci-dessus.

²⁹⁰ E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Tome 1, 2^{ème} édition, § 85.

²⁹¹ E. FAYE, *op. cit.*, p. 7.

La qualité des décisions du Conseil d'État.

Frédéric ROLIN
Professeur à l'Université de Paris X Nanterre
(Centre de recherche en droit public).

Les communications présentées tout au long de ce colloque ont permis de constater combien, appliqué aux décisions de Justice, le concept de « qualité » faisait appel à des ressources variées et était complexe à mettre en œuvre. Ces communications ont, en particulier, permis de souligner que la qualité de la décision de Justice, même si elle était une composante de la qualité de la Justice, était très loin d'en épuiser la substance.

Si l'on veut en outre réfléchir de manière spécifique sur la qualité des décisions d'une juridiction suprême de la nature du Conseil d'État, il convient, nous semble-t-il, de ne pas confondre deux questions : la *qualité de la jurisprudence* issue de ces décisions – une question qui renverrait, en réalité, à une réflexion générale sur le pouvoir jurisprudentiel en droit administratif ; la *qualité formelle et matérielle des décisions rendues* – une qui renvoie à l'idée qu'il existe des standards d'une bonne décision de Justice.

Or, ce que constatent précisément tous les analystes, c'est que ces standards ne sont que rarement définis ou, plus exactement, qu'ils sont rarement définis de manière explicite. Aussi bien l'objet de la présente étude sera-t-il d'essayer d'identifier ces standards, ou du moins les principaux d'entre eux, dans l'esprit du Conseil d'État, pour tenter de montrer ensuite comment et sous le poids de quelles contraintes ils évoluent.

Il conviendra naturellement, dans le cadre de cette analyse, de s'appuyer le résultat de ces recherches. Toutefois, et c'est l'hypothèse de travail à partir de laquelle nous souhaiterions organiser notre étude, il nous semble que le Conseil d'État a développé, presque depuis ses origines, une **conception autonome de la qualité de ces décisions**, mettant en œuvre des **méthodes spécifiques** au profit d'**objectifs également spécifiques**. Et, d'ailleurs, on verra que c'est en analysant ces méthodes que l'on peut prendre la mesure des objectifs que s'assigne le Conseil d'État en la matière.

I- Les standards de la qualité des décisions du Conseil d'État

Comme nous l'avons dit, l'hypothèse de travail à partir de laquelle nous souhaiterions organiser notre étude, tient à ce qu'il nous semble que le Conseil d'État a développé presque depuis ses origines une conception autonome de la qualité de ces décisions, mettant en œuvre des méthodes spécifiques au profit d'objectifs également spécifiques.

Si les méthodes sont relativement bien connues, les objectifs sont plus rarement explicités. Aussi, nous procéderons à l'analyse de ces méthodes, pour tenter d'en déduire les objectifs qui guident leur mise en œuvre.

A. Les méthodes visant à assurer la qualité des décisions du Conseil d'État

Pour décrire ces méthodes, il est possible d'user du vocabulaire propre au contrôle de légalité, pour souligner qu'elles sont relatives aussi bien à la procédure d'élaboration de ces décisions, qu'à leur forme.

1. La procédure d'élaboration : la contradiction et la collégialité comme modèles.

a) La contradiction

Si la jurisprudence du Conseil d'État a fait du respect du contradictoire à l'égard des parties, un Principe général du droit, le Conseil s'applique à lui-même - sur le fondement de règles qu'il a d'ailleurs largement façonnées - une mise en œuvre sans doute plus exigeante encore de la contradiction.

Qu'on y songe : un dossier « ordinaire » va, au Conseil d'État²⁹², faire l'objet d'au moins sept examens contradictoires, avant que l'arrêt ne soit rendu :

- l'examen du président de la Sous-section d'instruction pour l'admission du pourvoi²⁹³ ;
- l'examen du rapporteur ;
- l'examen du réviseur ;
- l'examen de la formation de sous-section d'instruction ;
- l'examen du commissaire du gouvernement ;
- l'examen de la formation de jugement ;
- l'examen de la « troïka »²⁹⁴.

La contradiction qui s'opère ainsi présente deux caractéristiques essentielles.

En premier lieu, cette contradiction s'opère sur la base de documents écrits, dont le plus important est le projet d'arrêt. Élaboré par le rapporteur, le projet d'arrêt sera à la fois le support de toutes les discussions contradictoires et le réceptacle de toutes les modifications ou inflexions que pourra connaître la solution préconisée. Ce projet d'arrêt est parfois mal compris des justiciables, qui ont le sentiment que leur affaire est « préjugée » - pour reprendre une expression parfois entendue - alors que, dans la logique du Conseil d'État, le projet d'arrêt constitue au contraire le support de toute discussion et, par suite, la matrice de l'ouverture de la juridiction à des solutions alternatives.

D'autre part, à la différence de la contradiction entre les parties, la contradiction intra-juridictionnelle repose sur une logique « hélicoïdale » : chaque degré de la contradiction remplit, en effet, des fonctions différentes. On n'en donnera ici que des illustrations limitées, mais qui sont néanmoins significatives de l'ensemble du processus. Entre le rapporteur et le réviseur, la contradiction qui s'opère porte aussi bien sur les questions de fait du dossier que sur la manière d'appréhender juridiquement ces faits pour leur apporter une solution juridique. Au stade de la formation de jugement, en revanche, la structuration factuelle du dossier est acquise et ne sera généralement pas remise en cause. Cela se voit notamment au fait que les conclusions du commissaire du gouvernement présentent généralement les faits sous forme d'une énonciation purement affirmative et que les membres de la formation de

²⁹² L'on envisage ici un pourvoi en cassation formé contre un arrêt de Cour administrative d'appel, lorsque ce pourvoi a fait l'objet d'une admission en cassation et est jugé en sous-sections réunies.

²⁹³ Auxquels peuvent s'ajouter ceux d'un rapporteur, d'un réviseur, et d'un commissaire du gouvernement, mais essentiellement dans le cas où le pourvoi a vocation à ne pas être admis.

²⁹⁴ C'est-à-dire de la structure informelle constituée par le Président de la Section du contentieux et les trois Présidents adjoints.

jugement ne se voient pas communiquer les pièces du dossier qui leur permettraient d'appréhender le litige sous un autre angle que celui envisagé au cours de l'instruction.

Ainsi, la contradiction fonctionne par « épuration » : du *fait* vers le *droit* et, au sein du droit, de l'*application particulière d'une règle* à l'*identification de « questions » de droit* qu'il conviendra de trancher.

b) La collégialité

Outre le fait qu'il est contradictoire, l'examen de l'affaire au sein du Conseil d'État présente un caractère collégial profondément marqué.

Cette collégialité se traduit tout d'abord par la multiplicité des intervenants, que nous avons déjà soulignée. Elle se traduit encore par le fait que tout dossier « ordinaire », bénéficiera d'au moins trois examens collégiaux : la sous-section d'instruction, les sous-sections réunies de la formation de jugement, la « troïka ».

L'exercice de cette collégialité se traduit, à chacun de ces stades, par des votes acquis à la majorité²⁹⁵, ce qui signifie qu'une décision ne peut être obtenue que si elle a bénéficié, à chacun des stades de son élaboration, d'un consensus important.

On soulignera d'ailleurs que cette collégialité est toujours marquée par le souci d'apporter des regards nouveaux par rapport aux étapes antérieures : les membres de la sous-section qui n'ont pas eu à connaître du dossier, au sein de la formation d'instruction, les membres d'une autre sous-section (et un membre issu des formations administratives) au moment du jugement, les présidents-adjoints de la section qui n'ont pas présidé l'audience, au stade de la troïka.

On ajoutera, sans commettre d'indiscrétion mais en reprenant les informations données par des membres du Conseil d'État, qu'à tous les niveaux, il semble que la liberté de ton dans la discussion soit de mise²⁹⁶, de telle sorte que cette collégialité, quoique organisée dans le respect des règles inhérentes à l'ordre du Tableau d'avancement au sein du Conseil d'État, est un lieu de discussion réel et non formel.

2. La forme des décisions, entre standardisation et culte du précédent.

Si la procédure d'élaboration des décisions est marquée par la préoccupation d'en assurer la qualité, il en va de même s'agissant de la forme de ces décisions, en usant toutefois d'instruments différents.

a) La décision du Conseil d'État, mode d'assemblage de « briques élémentaires »

La métaphore empruntée à la chimie des atomes ou à la biologie moléculaire peut paraître forcée. Pourtant, l'analyse détaillée d'une décision du

²⁹⁵ D'après les indications fournies par le Président LABETOULLE, il n'y a pas de procédure de vote formalisée au sein de la troïka.

²⁹⁶ Voir notamment P. LAROQUE, *Au service de l'Homme et du Droit*, Paris, éd. Comité d'Histoire de la Sécurité sociale et Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, La documentation française (diffusion), 1993 : « le caractère collectif de toutes les décisions est... une grande sécurité, une garantie contre les erreurs » (p. 92).

Conseil d'État révèle que celle-ci est le plus souvent constituée par des « modules élémentaires » qui, une fois assemblés et adaptés au cas d'espèce, forment un continuum cohérent.

Ceux-ci ont deux sources essentielles. Il s'agit, en premier lieu, du « guide du rapporteur », qui est un document interne remis à tous les membres du Conseil d'État et qui codifie strictement la manière de répondre aux moyens les plus usuels et les techniques de rédaction de ces réponses. Il s'agit, en second lieu, des précédents portant sur la même question et qui sont reproduits le plus fidèlement possible, sauf à ce que l'adaptation aux faits de l'espèce requièrent des modifications spécifiques.

Cette formalisation est poussée à l'extrême dans les affaires les plus simples, et il n'est pas exagéré de considérer que, citation des textes et des faits mises à part, il arrive fréquemment que des décisions soient exclusivement constituées de « briques élémentaires », issues de décisions antérieures. En revanche, plus les affaires sont complexes et/ou plus les solutions sont nouvelles, plus l'écart avec la *norme de rédaction* peut-être important.

Il est difficile, de l'extérieur du Conseil d'État, de mesurer à quel point cette standardisation de la rédaction des décisions est conçue comme un élément indispensable de la qualité des décisions rendues. On en trouvera toutefois une notation significative dans un fascicule du Jurisclasseur « Justice administrative », rédigé par un membre éminent du Conseil d'État : « Ainsi les jeunes membres de la juridiction administrative apprennent-ils vite, grâce à la lecture des précédents, l'apprentissage du "guide du rapporteur" et la pratique des séances d'instruction et de jugement, à perpétuer, tout en le rajeunissant, un "style" qui reste propre à celle-ci, à couler leurs projets dans un "moule" transmis de génération en génération » ; ainsi, « la principale vertu du "moule" imposé aux membres de la juridiction administrative est d'obliger le rédacteur, en partant des données de droit avant de les appliquer à la situation qui lui est soumise pour admettre ou écarter une critique faite à un acte, à prendre un parti clair qui ne peut admettre l'imprécision ou l'incertitude »²⁹⁷.

On mesure à la lecture de ce texte que la rédaction des décisions est conçue comme une forme d'artisanat, un métier dont le respect et la pénétration intime des règles atteste de la qualité.

b) Le contenu décisionnel des décisions du Conseil d'État

Il s'agit ici de mettre en évidence un phénomène aussi massif que peu étudié. Toutes les décisions du Conseil d'État reposent sur la mise en œuvre du principe dit de l'économie de moyens. Ce principe, dont la valeur juridique n'a jamais été énoncée, si tant est qu'il en ait une, s'applique cependant avec beaucoup de force aux décisions du Conseil d'État²⁹⁸. Il exige tout particulièrement qu'une décision ne contienne que des motifs utiles pour parvenir au dispositif qu'elle pose. Ainsi, si une décision est illégale sur le fondement de deux moyens, le juge n'en retiendra cependant qu'un seul

²⁹⁷ B. LASSERRE, « Jugement », Jurisclasseur Justice administrative, fasc 70-14, n° 17 et s.

²⁹⁸ Voir également, pour la Cour de cassation : A. PERDRIAU, « Le pragmatisme de la Cour de cassation », La Semaine juridique (JCP), édition générale, 2001.I.364.

comme motif d'annulation. De même, le juge s'interdira tout *obiter dictum* ou toute considération digressive « pour faire reste de droit ».

Ainsi, la décision est tout entière tendue vers l'exécution de sa seule finalité : trancher un litige particulier ; elle s'interdit donc, en principe, de faire œuvre doctrinale ou explicative. Ceci vaut même dans le cas où la décision aura une portée jurisprudentielle : l'énoncé de la règle générale n'est formulé qu'à raison de son utilité pour trancher le litige.

Essayer de déterminer les origines, la valeur juridique, et les tempéraments que reçoit ce principe de l'économie de moyens est une œuvre qui s'étend bien au delà des questions étudiées dans la présente communication. Il convient toutefois de souligner que cette règle constitue incontestablement un des modes d'auto-contrôle du Conseil d'État, qui s'interdit ainsi de juger au-delà du litige et qui évite d'engager l'avenir de sa jurisprudence lorsque cela n'est pas nécessaire.

II- Les objectifs du contrôle de la qualité des décisions du Conseil d'État

A. La mise en place d'un système d'auto-contrôle

Par définition, les décisions que rend une juridiction suprême ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel, de sorte que l'éventuelle méconnaissance des règles de procédure ou de fond par cette Cour elle-même ne pourra faire l'objet d'aucun contrôle par une juridiction supérieure. Il existe sans doute, s'agissant du Conseil d'État, quelques tempéraments à ce principe, notamment par la mise en œuvre du recours en rectification d'erreur matérielle ou du recours en révision, mais ceux-ci demeurent d'une efficacité limitée. Il reste que toute juridiction suprême est conduite fonctionnellement à la mise en œuvre d'un système d'auto-contrôle. Et l'ensemble des dispositifs que nous venons de présenter concourent, de près ou de loin, à assurer cette fonction d'auto-contrôle.

1. L'auto-contrôle par la mise en œuvre de la collégialité et de la contradiction.

En règle générale, la collégialité et la contradiction dans l'élaboration des décisions de Justice sont regardées comme une garantie offerte au justiciable, tenant à ce que le litige soumis à la juridiction fera l'objet d'un examen pluriel de sorte que la décision sera mieux assurée.

Toutefois, ces dispositifs ne s'adressent pas uniquement aux justiciables, ils ont d'abord une fonction organique d'auto-contrôle de la production des décisions. On notera à cet égard que lorsque Pierre LAROQUE souligne dans ses Mémoires, l'importance de la collégialité, il mentionne d'abord que cela permet « d'éviter les erreurs »²⁹⁹.

De même, les débats récents autour de l'institution du commissaire du gouvernement attestent de la profondeur de l'attachement du Conseil d'État à cette préoccupation organique. Ainsi, dans l'un des plus vibrants plaidoyers en

²⁹⁹ « Le caractère collectif de toutes les décisions est... une grande sécurité, une garantie contre les erreurs » (*loc. cit.*).

faveur de cette institution³⁰⁰, RONNY ABRAHAM et Jean-Claude BONICHOT soulignent corrélativement que l'intervention de la sous-section et du commissaire du gouvernement « garantissent à eux deux l'examen le plus parfait possible de l'affaire » et que « en modifier une partie³⁰¹ conduirait à modifier l'institution elle-même ».

Ces deux citations montrent clairement que la construction des décisions répond d'abord à une préoccupation organique d'auto-contrôle même si, évidemment, elle n'est pas exempte de considérations liées aux garanties offertes au justiciable.

2. L'auto-contrôle par la technique de formalisation des décisions

De la même manière, la forme très stricte donnée aux décisions se rattache à cette même problématique. Dans le texte déjà cité de Bruno LASSERRE, la justification du caractère très formel des décisions - de ce « moule », pour reprendre son expression - est ainsi donnée : « la principale vertu du "moule" imposé aux membres de la juridiction administrative est d'obliger le rédacteur, en partant des données de droit avant de les appliquer à la situation qui lui est soumise pour admettre ou écarter une critique faite à un acte, à prendre un parti clair qui ne peut admettre l'imprécision ou l'incertitude »³⁰².

Ainsi, la technique de rédaction formalisée permet de détecter si la solution envisagée « tranche » véritablement la question posée, si elle le fait de manière conforme aux faits de l'espèce, et conforme aux précédents jurisprudentiels. Elle est ainsi, dans le cours de l'élaboration de la décision un véritable test de sa cohérence et de sa pertinence.

B. La volonté de préserver une cohérence du droit administratif jurisprudentiel

Les méthodes mises en œuvre pour permettre de garantir la construction de décision juridictionnelles de qualité n'ont pas seulement pour objet la construction d'une décision donnée. Elles ont également pour but, et peut-être même surtout, de permettre la construction permanente de l'ensemble constitué par toute la production juridictionnelle du Conseil d'État.

On sait, en effet, que la source juridictionnelle a dans la construction du droit administratif un rôle important. Elle s'exprime notamment au travers de la création de normes jurisprudentielles, ou d'interprétations jurisprudentielles de normes d'autres origines. Mais plus largement, quoique de manière plus diffuse, elle s'exprime également au travers d'un système très exigeant du « précédent », qui suppose que toute question tranchée dans une décision antérieure, sera reprise dans les décisions ultérieures, sauf justification particulière. Il peut s'agir de questions de pur droit, relatives par exemple à l'étendue des pouvoirs du juge, mais aussi de questions amalgamant des considérations de fait : quel type de sanction est justifié par quel type de faute d'un fonctionnaire ? qu'est-ce qu'un « espace proche du rivage » au sens de la

³⁰⁰ R. ABRAHAM et J.-C. BONICHOT « Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention européenne des Droits de l'Homme », *La Semaine juridique*, édition générale, 1998, I, 176.

³⁰¹ En l'occurrence le rôle du commissaire du gouvernement.

³⁰² B. LASSERRE, *op cit.*, n° 18.

« Loi littoral » ? Ce sont autant de questions qui ne seront pas tranchées de manière abstraite mais par rapport à un ensemble de décisions antérieurement rendues.

Dans ce contexte, le très haut degré de formalisation des décisions permet d'assurer la mise en œuvre de ce système des précédents : l'étendue des pouvoirs du juge sera repérée par des expressions pratiquement toujours identiques, les critères de l'espace proche du rivage seront repris de décision en décision, pour être appliqués à des espèces particulières.

Ainsi, aussi bien la collégialité contradictoire que la formalisation stricte des décisions s'inscrivent dans le processus de maintien de la lisibilité de cet ensemble. Et de fait, il est généralement admis que la cohérence de la jurisprudence administrative est une des mieux assurées qui soit.

III- L'adaptation au contexte contemporain des standards de qualité des décisions de Conseil d'État.

Les outils et les méthodes que nous venons de décrire, correspondent à une forme d'idéal classique, pour user d'un langage architectural. Ils sont le Parthénon ou la Maison Carrée du contentieux administratif. Il leur a cependant été reproché, parfois de longue date - mais plus encore aujourd'hui - de ne plus répondre aux exigences contemporaines de qualité d'une décision de Justice.

Ces critiques visent à la fois la brièveté de la motivation, et son caractère strictement syllogistique, l'absence d'opinions dissidentes, un langage et une formalisation parfois hermétiques, etc. Pour faire simple, et caricatural, on dira qu'il est reproché aux décisions du Conseil d'État de traduire une vision cybernétique de la Justice et de refuser d'entrer dans une démarche plus pluraliste, qui se traduirait par la prise en considération de l'argumentation des parties, des lignes ouvertes sur l'avenir, des tempéraments, dans le raisonnement. Bref, alors qu'on attend aujourd'hui d'une décision de Justice qu'elle soit en nuances de gris, le Conseil d'État n'offrirait que des noirs et des blancs très contrastés. Plus récemment, une autre critique est apparue, fondée en particulier sur la réduction des exigences de la collégialité, au profit de juges uniques, une réduction qui affecterait la qualité des décisions rendues.

Au total, la question se pose de la manière dont s'opère l'adaptation des standards de qualité des décisions du Conseil d'État au contexte de la Justice contemporaine.

De ce point de vue, il convient de relever trois points : en premier lieu, l'autorégulation du Conseil d'État a conduit à des évolutions, significatives sans emporter de bouleversements ; en second lieu, la loi a parfois suppléé à des évolutions refusées par la jurisprudence, sans toutefois, là encore, emporter de conséquences considérables ; en troisième lieu, enfin, les évolutions les plus massives sont venues de la restructuration de l'ordre juridictionnel administratif, et elles emportent des conséquences paradoxales sur la qualité des décisions du Conseil d'État.

A. Les adaptations à la marge issue de la jurisprudence du Conseil d'État

Face à ces critiques, et les anticipant même quelquefois, le Conseil d'État a, depuis quelques années, incontestablement fait évoluer certaines de ses méthodes juridictionnelles et certains des standards de qualité qui les justifient.

Deux exemples assez nets de ces évolutions peuvent en être donnés. Le premier concerne la brièveté et l'hermétisme de certaines motivations. Sous l'influence, semble-t-il, de l'ancien Président de la Section du contentieux, Daniel LABETOULLE, le Conseil d'État a de toute évidence fait de grands efforts pour développer des motivations moins brèves que par le passé. Il n'est qu'à citer, parmi les décisions récentes, l'arrêt « Ville d'Aix en Provence » du 6 avril 2007 qui contient une série de « considérants de principe », constituée de plus de trois mille signes typographiques et qui détaille, à coups d'hypothèses et de nuances, les possibilités pour des collectivités publiques de créer des personnes morales de droit privé pour gérer certaines activités administratives. Il y a de toute évidence dans cette décision, comme dans d'autres qui l'on précédées, une volonté de fournir aux justiciables et à l'Administration, non seulement un principe jurisprudentiel ou une décision juridictionnelle, mais presque une sorte de « guide pratique » des comportements juridiquement sécurisés que l'Administration peut avoir en la matière.

Le second exemple tient à ce que le Conseil d'État a, depuis quelques années, plus largement ouvert les recours visant à corriger la qualité de ses propres décisions. Tout particulièrement, le « recours en rectification d'erreur matérielle » a connu un élargissement notable de ses cas d'ouverture³⁰³.

Force est néanmoins de constater que si ces évolutions sont significatives, elles ne sont pas pour autant décisives. Il est indéniable que le Conseil d'État, dans son activité auto-régulatrice, a pour l'essentiel maintenu sa tradition.

Qu'il s'agisse des questions de vocabulaire, de la structure des décisions ou de la prise en compte du pluralisme juridique, force est de constater que non seulement les évolutions n'ont pas eu lieu, mais qu'elles ne paraissent pas être en voie d'aboutir.

B. Des évolutions législatives et réglementaires marginales

Ni la loi, ni le pouvoir réglementaire n'ont apporté d'impulsion significative sur ces questions. Cela résulte, nous semble-t-il, de deux raisons essentielles.

La première tient à ce que le Conseil d'État dispose d'une position institutionnelle à ce point centrale, qu'il n'est pas envisageable qu'une réforme réglementaire relative à la forme de ses décisions puisse aboutir sans qu'il ne l'ait accepté, voire qu'il ne l'ait décidée. On sait en effet que toutes les réformes récentes du contentieux administratif ont été pour l'essentiel produites par des groupes de travail formés au sein du Conseil d'État. Et si d'aventure une autorité gouvernementale s'avisait de pénétrer dans ce domaine réservé, nul doute qu'au stade de la discussion interministérielle, de la consultation obligatoire sur les projets de décret en Conseil d'État et du contrôle contentieux de la légalité des mêmes décrets, la Haute Juridiction disposerait des moyens d'entraver toute proposition qui ne recueillerait pas son agrément.

La seconde raison tient à ce que législateur lui-même est d'une grande timidité, considérant sans doute que la qualité des décisions de Justice relève des problématiques propres à chaque ordre juridictionnel, sous réserve qu'elles ne portent pas sur des questions qui pourraient affecter l'opinion publique. Cette timidité du législateur peut en outre être expliquée par le fait que ses rares interventions sont soumises à une vive réticence de la part des

³⁰³ Voir notamment D. POUYAUD, « Le recours en rectification d'erreur matérielle devant les juridictions administratives », RFDA, 1993, p. 721.

magistrats administratifs. On peut en fournir un exemple probant, à l'occasion d'une réforme récente du contentieux de l'urbanisme.

Jusqu'à présent, et conformément au principe de « l'économie de moyens » analysé plus haut, le juge administratif, lorsqu'il annulait une autorisation d'urbanisme (et notamment un permis de construire), ne s'appuyait que sur un seul motif ; il écartait par prétériorité tous les autres moyens soulevés, quand bien même auraient-ils également été de nature à conduire à l'annulation de la décision attaquée. Il en résultait que lorsque l'Administration, après l'annulation de la décision, statuait de nouveau sur la demande d'autorisation, elle ne pouvait purger que le vice ayant conduit à l'annulation, mais demeurait dans l'incertitude en ce qui concerne les autres points. C'est pour remédier à cette situation que la loi a récemment ajouté au Code de l'urbanisme un article L. 600-4-1 ainsi rédigé : « lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ..., la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptible de fonder l'annulation ... ».

Le principe de l'économie de moyens se trouve ainsi directement remis en cause. Or, on constate que cette avancée, somme toute modeste, a conduit à de vives réactions de la part de membres du Conseil d'État, des réactions qui contiennent en filigrane une contestation de la prétention de la loi à s'aventurer sur le terrain de l'autorégulation juridictionnelle³⁰⁴.

Au travers de cet exemple on mesure donc à quel point la maîtrise de la qualité de sa production juridictionnelle constitue pour le Conseil d'État un enjeu important, voire un « domaine réservé ». Dans ces conditions, il va de soi que les solutions imposées « de l'extérieur » auront beaucoup de difficultés à être acclimatées.

C. Les évolutions essentielles liées à la restructuration de l'ordre juridictionnel administratif

De toute évidence, les évolutions les plus importantes qui se sont produites sur cette question depuis une vingtaine d'années, sont le produit, direct ou indirect, de la profonde réorganisation de l'ordre juridictionnel administratif.

1. Les évolutions paradoxales liées au développement du contrôle de cassation

La première de ces évolutions, d'un point de vue chronologique, tient à la création en 1987 des Cours administratives d'appel, lesquelles ont été progressivement dotées de l'essentiel de la compétence d'appel du Conseil d'État – ce dernier se voyant conférer un rôle de juge de cassation sur les arrêts rendus par ces cours.

La transformation du Conseil d'État de juge d'appel en juge de cassation répondait à un objectif qualitatif indéniable : réduire la durée des procédures

³⁰⁴ D. CHABANOL, « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », AJDA, 2001, p. 216, AJDA 2001, p. 652, chronique de M. GUYOMAR et P. COLLIN.

pendantes devant lui, laquelle devenait exagérément longue, compte-tenu de l'engorgement du Conseil d'État³⁰⁵.

Mais cette réforme a également été l'occasion pour le Conseil d'État de se prémunir contre les engorgements futurs, en créant une procédure d'admission des pourvois en cassation extrêmement rigoureuse. Sont en effet désormais rejetés, sans faire l'objet d'aucune procédure contradictoire, et avec une motivation des plus sommaires, non seulement les pourvois en cassation irrecevables, mais également ceux qui ne contiennent pas de « moyen sérieux » (art. L. 822-1 du Code Justice administrative).

A l'époque où cette procédure de rejet était centralisée au sein d'une « commission d'admission des pourvois en cassation », plus de 60 % des pourvois en cassation étaient réglés par cette procédure³⁰⁶. Désormais, l'admission des pourvois étant décentralisée au sein de toutes les formations juridictionnelles du Conseil d'État, et celui-ci ne fournissant plus de données statistiques sur cette question³⁰⁷, il n'est pas possible d'aboutir à des décomptes fiables. Toutefois, il semble bien que ce niveau de rejet se soit globalement maintenu.

Ainsi, cette réforme a eu des effets contradictoires. Si d'un côté, en restreignant le nombre d'affaires à juger, elle a permis au Conseil d'Etat de se repositionner comme une véritable juridiction suprême – en lui permettant un approfondissement des questions à traiter et, partant, une amélioration de la qualité des décisions rendues – d'un autre côté elle a conduit, pour plus de la moitié des pourvois, à la mise en place d'une Justice expéditive, conduisant indéniablement à la réduction de la qualité des décisions rendues.

2. La tentation du recours au juge unique

Cette première évolution s'est encore accentuée du fait du développement massif, au sein de l'ordre juridictionnel administratif, des procédures dites à juge unique.

Celles-ci se sont particulièrement concentrées dans certains contentieux de masse (et notamment le droit des étrangers), devant les juridictions du fond. Mais elles ont également atteint le Conseil d'Etat. Ainsi, les statistiques laissent apparaître³⁰⁸ qu'environ la moitié de l'activité juridictionnelle s'opérait en 2005 sous la forme d'ordonnances, par définitions rendues à juge unique. Il est vrai que des techniques usuelles (donné acte des désistements, irrecevabilités manifestes...) sont comptées dans cette catégorie, mais il ne reste pas moins que par rapport à la situation prévalant il y a quinze ans³⁰⁹, la proportion des décisions rendues de cette manière a plus que doublé.

La réponse du Conseil d'Etat à cette évolution a été double. D'abord, le Conseil a fait procéder à une modification du Code de Justice administrative pour que désormais certains contentieux de masse ne lui soient plus soumis,

³⁰⁵ L'année de la réforme le stock des affaires en instance s'établissait à 27800, pour une capacité de jugement d'environ 10000 requêtes par an.

³⁰⁶ Voir par exemple : Conseil d'État, *Rapport public 1998*, La documentation française, 1999, p. 51, tableaux n° 4 et 5.

³⁰⁷ Voir par exemple : Conseil d'État, *Rapport public 2007*, La documentation française, 2007, p. 19 et s.

³⁰⁸ *Ibid.*, spec. p. 24, tableau 5.

³⁰⁹ Voir par exemple : Conseil d'Etat, *Rapport public 1989*, La documentation française, 1990, p. 67, tableau 9.

sauf par la voie du recours en cassation. C'est notamment le cas pour le contentieux des étrangers. Il n'en résulte par conséquent aucune amélioration ou détérioration de la qualité des décisions rendues mais plus simplement un effet d'éviction au profit des Cours administratives d'appel. Ensuite, il a rationalisé les règles relatives à la recevabilité des requêtes déposées devant lui, permettant ainsi qu'un nombre croissant de requêtes puisse être rejeté par ordonnance.

Au total, confronté à la « massification » de certains contentieux, le Conseil d'Etat a répondu par des mesures qui tendanciellement, concentrent les moyens juridictionnels sur les affaires importantes et conduisent à une Justice simplifiée pour les autres.

Il est ainsi possible d'estimer que, de ce point de vue, si les affaires privilégiées ont vu leurs modalités de traitement maintenues, voire améliorées, c'est au prix d'une réduction de la qualité sur celles qui sont entrées dans les « circuits rapides ».

3. Les incidences du développement des procédures de référé

Au sein de l'ensemble des réformes qui sont intervenues dans l'ordre juridictionnel administratif au cours de ces vingt dernières années, il en est une qui a emporté des conséquences essentielles sur les méthodes de travail du juge administratif, et qui a conduit à reconsidérer les questions touchant à la qualité des décisions rendues : il s'agit de la réforme relative aux référés administratifs.

En effet, la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives n'a pas seulement profondément amendé le droit des procédures d'urgences devant le juge administratif, elle a aussi imposé une réforme des méthodes de travail du juge.

Parmi les évolutions les plus notables, on soulignera notamment deux points. En premier lieu, le juge des référés statue à l'issue d'une procédure qui fait une large place à l'oralité, conférant ainsi à l'audience un rôle profondément renouvelé par rapport aux procédures classiques. Et il faut à cet égard souligner, en ce qui concerne le Conseil d'Etat que les magistrats chargés de ces audiences ont « joué le jeu » de la procédure orale, n'hésitant pas à interroger chacune des parties pour éclaircir les points demeurés obscurs du débat, pour exiger la production de documents ou même pour accueillir de nouveaux moyens présentés à l'audience. Il s'est ainsi construit, dans le cadre des procédures de référé, une culture de l'instruction approfondie des affaires qui conduit à permettre une meilleure adéquation des décisions rendues aux faits sur lesquels elles s'appuient.

En second lieu, le Conseil d'Etat a estimé que pour garder aux référés leur caractère de procédure d'urgence visant à ne trancher des questions que de manière provisoire, il convenait d'établir un certain nombre de filtres et de restrictions. La première contrainte tient à ce que les requêtes à fin de référé ne sont recevables que si la condition de l'urgence est remplie, condition que le Conseil d'Etat a interprété comme lui conférant une très grande latitude d'interprétation³¹⁰. La seconde contrainte tient à ce que l'office du juge des référés est moins étendu que celui du juge du fond. En particulier, s'agissant

³¹⁰CE Section, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, RFDA, 2001, p. 378.

du contrôle de la conventionalité des décisions administratives, le Conseil d'Etat a jugé que les moyens tirés de la méconnaissance d'une norme de droit international n'étaient pas invocables devant le juge du référé, sauf si une décision rendue par le juge du fond avait déjà tranché la question³¹¹.

Ainsi, les nouvelles procédures de référé ont conduit le Conseil d'Etat à opérer ici aussi une double évolution : un indéniable renforcement de la qualité des décisions rendues –lorsque celles-ci ont passé avec succès tous les filtres préalables, avec notamment des évolutions très notables sur la nature et la profondeur de l'instruction - corrélativement, la mise en œuvre d'une série de barrières visant à concentrer les moyens sur un nombre d'affaires restreint, et régulé par le juge lui-même.

Il en va ainsi du référé comme des autres évolutions qui ont été soulignées : elles se caractérisent par une technique de jugement qui cherche à cibler les affaires importantes qui justifient que soient mis en œuvre des moyens importants mais, en contrepartie, les justiciables qui échappent à ces dispositifs se voient offrir une Justice d'une qualité réduite, marquée par une collégialité restreinte, une instruction réduite ou supprimée et des voies de recours elles-mêmes limitées.

*

La qualité des décisions rendues par le Conseil d'Etat demeure aujourd'hui encore exemplaire, sur le fondement d'une auto-régulation qui s'est construite de longue date et qui conserve une forte prégnance. Toutefois, le Conseil d'Etat a été conduit, dans un contexte plus contemporain, à renoncer à ne plus faire bénéficier toutes les décisions qu'il rend de la plénitude de ces garanties et de ces techniques car à la massification du contentieux il a répondu par une sélectivité croissante de la réponse juridictionnelle.

Il est dès lors permis de se projeter dans l'avenir pour esquisser deux perspectives. Si le Conseil d'Etat poursuit dans la voie de cette évolution, à moyen ou long terme, il se trouvera confronté à un choix stratégique essentiel : concentrer son activité sur un nombre restreint de décisions, sur le modèle de la Cour suprême des Etats-Unis, ou bien courir le risque de continuer dans la voie de la réduction progressive des conditions d'instruction et de jugement des décisions qu'il rend. Si le Conseil d'Etat maintient les méthodes de structuration traditionnelle de ses décisions il court le risque, dans le concert international des juridictions suprêmes, de voir son influence se réduire, à raison d'un formalisme archaïsant et peu accessible. Il serait donc important de mener aujourd'hui une réflexion sur les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat pourrait s'adapter aux standards internationaux de ces juridictions.

³¹¹ Voir par exemple : CE, ordonnance, 9 déc. 2005, n° 287777, *M. Allouache et autres*.

Le dialogue des juges, facteur de qualité des décisions
de la Cour de justice des Communautés européennes ?

François HERVOUËT
Professeur à l'Université de Poitiers
Directeur de l'Institut de droit public (E.A. 2623)
Doyen honoraire de la Faculté de droit

Le droit du Traité instituant la Communauté européenne organise le dialogue entre la Cour de justice et les juges nationaux par le moyen de la question préjudicielle (article 234). Mais cet échange prend beaucoup d'autres voies moins formalisées, au point que les occasions qu'ont les juridictions de se répondre engendrent une jurisprudence abondante. L'interrogation ici posée amène à examiner si ce dialogue a entraîné une amélioration de la qualité des décisions de la Cour de justice. Cette interrogation se limitera cependant aux relations entre cette dernière et les juridictions que je qualifierai de « *suprêmes* » par simplification ; en effet il faudrait mieux dire les juridictions « *dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* », pour reprendre l'expression de l'article 234 du Traité. En outre, l'on s'en tiendra aux juridictions françaises, même si éventuellement, des allusions au droit étranger seront envisagées.

Ce même article du Traité autorise ou oblige, selon les cas – je n'entre pas ici dans cette querelle – le juge national à surseoir à statuer pour poser une question à la Cour de justice des Communautés européennes lorsque cette juridiction nationale s'interroge soit sur le sens d'une disposition du droit communautaire - droit communautaire originaire ou droit communautaire dérivé, soit même sur la validité de l'acte communautaire et, dans ce cas, il s'agira de l'acte communautaire dérivé. Cette procédure a différentes raisons et la principale réside dans la volonté d'assurer une application uniforme du droit communautaire sur l'ensemble du territoire des États membres des Communautés à l'origine, de l'Union désormais. Mais si tel était l'objectif principal poursuivi par les auteurs du Traité, il y avait tout de même un certain nombre d'autres objectifs secondaires qui devaient aboutir, par le biais de ce dialogue, à une amélioration des décisions rendues aussi bien par la Cour de justice elle-même que par les différentes juridictions nationales.

En définitive et pour ce qui m'intéresse dans les limites de ce sujet, on attendait notamment qu'à partir de la discussion qui s'engagerait selon la procédure organisée par le Traité, on pourrait éventuellement parvenir à une meilleure compréhension entre les juges d'abord, donc à une meilleure harmonisation de leurs décisions et par là à une meilleure qualité de celles-ci.

La partie n'était pas gagnée d'avance. Certes la procédure existe depuis 1957 ; elle était même prévue sous une forme un peu différente dans le Traité CECA. Si elle est de plus en plus utilisée, elle l'était peu à l'origine car au début, les juridictions nationales, surtout les juridictions « *suprêmes* », étaient réticentes à poser la question à la Cour de justice des Communautés européennes. Leur circonspection reposait certainement sur un état d'esprit qui les amenait à regarder de haut cette nouvelle juridiction et, dans le meilleur des cas, à attendre qu'elle fasse ses preuves : comment accepter facilement qu'une juridiction qui vient d'apparaître prétende dire la façon dont il faut interpréter la règle juridique, ou même apprécier sa validité, alors que c'est une

activité à laquelle se livrent les juges nationaux constamment depuis des années, des dizaines, des centaines d'années ? Elles ont le sentiment d'être des juges confirmés et de ce fait en mesure d'interpréter la règle de droit, voire d'apprécier sa validité. Cependant si cette saisine a été assez peu utilisée dans un premier temps, elle s'est développée au cours des années. L'évolution jurisprudentielle du Conseil d'État français est caractéristique de cette nouvelle manière d'appréhender les relations entre juridictions. La différence d'attitude est considérable entre l'arrêt *Shell-Berre*³¹² de 1964 par lequel le juge administratif met en œuvre la méthode de « *l'acte clair* » en considérant que les dispositions du Traité en cause dans l'affaire ne réclament aucune interprétation particulière de la part de la Cour de justice et l'arrêt *Société Arcelor*³¹³ où le même Conseil d'État pose une question préjudicielle de première importance, puisqu'elle aboutit à conditionner un contrôle de constitutionnalité d'un acte administratif de transposition d'une directive à un contrôle de conventionalité de cette directive par la Cour de justice, le juge français estimant que la juridiction de Luxembourg effectue son appréciation de validité en s'appuyant sur des garanties équivalentes à celles que peut apporter le droit constitutionnel français.

Il y a ainsi un dialogue qui s'est instauré au fil des années. Celui-ci a-t-il été fructueux au regard de la qualité des décisions de justice ? Tout dépend peut-être du domaine que l'on prend en compte – j'y reviendrai – mais aussi, c'est une sorte de question préalable, de ce que l'on entend par la qualité des décisions de justice. Je m'en tiendrai ici à une approche assez simple de ce que peut être une telle qualité, en portant une appréciation en quelque sorte du point de vue du justiciable : qu'est-ce que le justiciable attend d'une décision de justice ? Comment va-t-il apprécier cette qualité ? Dans cette perspective il y a, semble-t-il, différents éléments qui peuvent permettre d'apprécier assez facilement la qualité. Il faut tout d'abord que la décision soit compréhensible³¹⁴. L'une des premières qualités d'une décision de justice réside, il ne faut pas l'oublier, en ce que les requérants, demandeurs et défendeurs, soient en mesure de comprendre ce que le juge leur dit : non seulement bien sûr de comprendre le dispositif, mais aussi de comprendre la motivation. La qualité repose donc en partie sur la motivation qu'apporte le juge à sa propre décision. Cette motivation est-elle suffisante ? Est-elle suffisamment développée ou, au contraire, est-elle cursive ? Repose-t-elle sur des arguments d'autorité ? On peut imaginer différentes sortes de motivation possible d'une décision de justice.

S'il faut donc que la décision de justice soit compréhensible, il faut sans doute aussi, pour qu'elle présente une certaine qualité, que cette décision soit cohérente, et ce à différents égards. Cela signifie qu'elle doit s'inscrire dans une interprétation du droit qui soit, au moins, l'une des interprétations possibles. Il y a bien sûr plusieurs interprétations envisageables de la règle de droit et, d'ailleurs, les relations entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique interne collectionnent ces exemples où une règle est interprétée d'une certaine manière à un moment donné et, finalement, interprétée d'une autre

³¹² C.E. 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, Rec. p. 344.

³¹³ C.E. Ass., 8 février 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*, AJDA, 2007 p. 577, chronique de Fr. LENICA et J. BOUCHER ; RFDA, 2007 p. 384, conclusions de M. GUYOMAR.

³¹⁴ Sur cette question, voir l'étude de Guy CARCASSONNE publiée dans le présent ouvrage.

façon aussi légitimement à un autre moment. Mais il faut tout de même que cette interprétation donnée par le juge, la motivation qui va soutenir cette interprétation, soit elle-même cohérente, qu'elle s'inscrive dans une jurisprudence déjà élaborée. Au contraire si elle vient poser une nouvelle jurisprudence, modifier, infléchir, transformer la jurisprudence existante, le juge doit s'en expliquer et être en mesure, si ce n'est de convaincre toujours le justiciable, en tout cas de lui faire comprendre que cette évolution jurisprudentielle était possible et qu'elle est à même de mieux mettre en œuvre la règle de droit. En définitive, le juge doit développer des motifs clairs et suffisamment précis. C'est donc à cette aune que j'examinerai ces rapports, ce dialogue entre le juge national et le juge communautaire, étant entendu que les domaines sont nombreux puisque d'une part, les juges nationaux - pas seulement les juges français - se sont de plus en plus tournés vers la Cour de justice des Communautés européennes et que, d'autre part, le droit communautaire a eu tendance à investir de plus en plus le droit national et, par là-même, à amener le dialogue des juges à se développer.

Ce ne sont donc pas les exemples qui manquent en ce domaine. J'en ai retenu deux, après avoir hésité assez longuement. J'avais pensé notamment à m'interroger sur la question bien connue désormais de la primauté de la loi ou de la primauté de l'ordre juridique communautaire puisqu'elle a donné lieu à un débat abondant entre les différents ordres juridiques et notamment entre les différentes juridictions, mais j'ai laissé cette question de côté parce que le débat ici est partiellement faussé au regard de l'interrogation qui gouverne mon intervention. En effet, elle ne concerne pas que le dialogue de juges, elle entraîne aussi un débat sur le statut de la loi. Si la loi a perdu une bonne part du rôle qu'elle pouvait jouer il y a encore cinquante ans dans les ordres juridiques nationaux, c'est sans doute parce que le droit communautaire est venu la tenir en échec, mais c'est aussi parce que d'autres phénomènes sont intervenus notamment, pour ce qui concerne la France, des phénomènes constitutionnels. De ce point de vue, la Constitution française du 4 octobre 1958 a profondément modifié le statut de la loi. J'avais pensé aussi m'interroger sur la responsabilité des États puisque là encore - mais plus du côté britannique que du côté français - il y a eu un abondant dialogue de juges, mais le droit de la responsabilité de la puissance publique correspond à un certain nombre de règles qui sont désormais bien établies en France même si là encore des évolutions se sont produites³¹⁵. Pour ces raisons, ces sujets n'étaient sans doute pas les plus intéressants.

Je me suis donc arrêté à deux autres hypothèses : une où le dialogue ne semble pas pouvoir aboutir ; c'est un dialogue quasiment impossible se rapportant à une question de hiérarchie entre ordre juridique communautaire et ordre juridique interne, et plus particulièrement au rapport de hiérarchie entre la norme communautaire et la norme constitutionnelle (I). J'envisagerai également une autre hypothèse où le dialogue est possible - sans doute même fructueux - il s'agit du cas des directives et plus particulièrement de l'effet que peuvent produire les directives en droit interne, lorsqu'elles n'ont pas ou lorsqu'elles ont mal été transposées (II).

³¹⁵ A propos de la responsabilité objective de l'État législateur : C.E. Ass., 8 février 2007, *M. Gardelieu*, *AJDA*, 2007 p. 585, chronique de Fr. LENICA et J. BOUCHER ; *RFDA*, 2007 p. 361, conclusions de L. DEREPAAS.

I- Un dialogue sans issue : le débat sur la primauté de l'ordre juridique communautaire ou de la Constitution.

A propos de la primauté entre ordre juridique communautaire et Constitution nationale, le dialogue est dans une impasse parce qu'il n'a pas eu un grand apport, en tout cas pour ce qui touche au principe même de la question : qui a la primauté ? Au cours des ans, chaque ordre juridique est resté sur sa position de principe et affirme sa propre primauté (A). Il est vrai cependant que les modalités de mise en œuvre ont fait l'objet d'un *modus vivendi* (B).

A. Des positions de principe inconciliables

Le juge communautaire prétend à la primauté absolue de l'ordre juridique communautaire, donc y compris sur la Constitution des Etats membres. C'est ce qui résulte de la décision de la Cour de justice de 1964 (*Costa*)³¹⁶ et, pour qui aurait eu un doute, de celle de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*)³¹⁷ : aucune norme nationale, même constitutionnelle, ne saurait prévaloir sur le droit du Traité.

Mais on sait, à l'inverse, que le juge national, notamment le Conseil constitutionnel français, prétend à la primauté absolue de la Constitution, donc y compris sur l'ordre juridique communautaire. Il l'affirme très tôt lui aussi puisque dans la décision du 19 juin 1970, relative aux ressources propres des Communautés européennes, il prétend à exercer un contrôle de constitutionnalité sur l'ordre juridique communautaire³¹⁸. Cet examen n'est pas limité à son principe, mais s'exerce effectivement, au moins au regard des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » ; par ailleurs, il porte tant sur le Traité lui-même - puisqu'en l'espèce est notamment soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel une modification du Traité - que sur une norme de droit dérivé puisque le Conseil constitutionnel se prononce aussi sur la « décision » qui met en œuvre le régime de ces ressources propres des Communautés européennes.

On est à la fin des années 1960 et au début des années 1970 : un principe est affirmé d'un côté ; principe inverse et incompatible est avancé de l'autre côté. Or si l'on se tourne vers les décisions actuelles, qu'il s'agisse de la Cour de justice ou du Conseil constitutionnel, on trouvera toujours les mêmes affirmations. Le droit communautaire persiste dans cette prétention à sa primauté absolue. L'ordre juridique interne affirme toujours la primauté constitutionnelle. C'est en ce sens que le dialogue ici nous semble sans issue.

³¹⁶ CJCE 15 juillet 1964, *M. Flaminio Costa c. ENEL*, Aff. 6/64, Rec. p. 1141 : « Cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable. »

³¹⁷ CJCE 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Aff. 11/70, Rec. p. 1125 : « L'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire d'un État membre. »

³¹⁸ Cons. cons. 19 juin 1970, décision n° 70-39 DC, Rec. p. 15.

On ne voit d'ailleurs pas comment il pourrait en aller autrement : la Cour de justice ne peut pas avoir d'autre norme première de référence que le droit du Traité et les juridictions constitutionnelles ne peuvent se référer en définitive qu'à la Constitution nationale.

B. La recherche d'un *modus vivendi*

Le dialogue ne peut donc se terminer que dans une impasse. Pour autant, il n'est pas totalement inutile ou, plus exactement, le fait que les questions se soient posées, a permis d'avancer dans le débat. Si aucun véritable dialogue n'a pu s'instaurer, la discussion a cependant fait évoluer les positions en obligeant chaque ordre juridique – ordre juridique communautaire d'un côté et ordre juridique interne de l'autre - à préciser la solution qu'il retient.

En premier lieu, entre ce que dit la Cour en 1964 dans l'arrêt *Costa* et ce qu'elle dit en 1970 dans l'arrêt *Société commerciale internationale*, il n'y a certes pas de nuances, mais il y a tout de même des précisions. L'arrêt de 1964 était assez vague. Bien sûr, on pouvait l'interpréter comme un arrêt de primauté absolue, et c'était la voie la plus probable. Mais on pouvait aussi en faire une autre lecture : parce que la norme nationale à laquelle était confronté le Traité était une loi, une interprétation minimaliste pouvait amener à conclure que le Traité (et non l'ensemble du droit communautaire) prévaut sur la loi (mais non sur la Constitution nationale). Une clarification fut néanmoins apportée par la suite et dans l'arrêt de 1970 la question est définitivement résolue du point de vue de la Cour de justice : l'ordre juridique communautaire dans son ensemble – le droit communautaire primaire comme le droit communautaire dérivé – l'emporte sur toutes les dispositions constitutionnelles, que ces dispositions touchent à la structure des États ou qu'elles concernent les droits fondamentaux garantis par les constitutions de ces États. D'autres évolutions se firent jour dès cet arrêt à propos de la protection des droits fondamentaux mais elles furent moins perçues, submergées qu'elles étaient par l'affirmation de la primauté absolue. C'est en 1974 avec l'arrêt *Nold*³¹⁹, que la Cour de justice prend un virage qui, sans remettre en cause le principe de la primauté, tend à atténuer les craintes suscitées par sa jurisprudence : « certes », semble dire cette juridiction, « il y a une primauté absolue de l'ordre juridique communautaire, mais cela ne doit pas inquiéter, parce que j'assume moi aussi une garantie des droits fondamentaux. Celle-ci est équivalente à celle que vous [juridictions constitutionnelles nationales] pouvez assurer car il existe des traditions constitutionnelles qui sont communes aux États membres et qui font partie de l'ordre juridique communautaire. Il existe en outre la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales que l'ensemble des États ont désormais reconnue et de ce fait les droits qui sont garantis dans cette convention font partie du corpus juridique des Communautés européennes ». On voit ainsi que si le dialogue était sans issue parce que la Cour de justice ne pouvait sans doute pas faire autrement

³¹⁹ CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen - und Baustoffgrosshandlung c. Commission*, Aff. 4/73, Rec. p. 491 : « La Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres... Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire. »

que de procéder à l'affirmation de la primauté absolue, il y a tout de même eu un certain nombre de précisions, voire d'atténuations, qui ont été apportées.

Cela se vérifie également du côté du juge national : entre la décision du Conseil constitutionnel de 1970 et celles de 2004 – 2006 (où celui-ci indique, en substance, qu'il fait confiance à l'ordre juridique communautaire pour assurer un contrôle sur la validité des directives, parce qu'il est équivalent à celui que le Conseil peut assurer sur la loi nationale), on voit bien qu'une évolution s'est produite³²⁰ : certes la primauté de la Constitution sur la norme communautaire est toujours affirmée, mais le Conseil renonce, en fait, à effectuer un contrôle de la constitutionnalité des lois de transposition des directives, sauf l'hypothèse où une loi de transposition d'une directive - et donc par hypothèse cette directive elle-même - porterait atteinte « à une règle ou à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »³²¹. On peut trouver à redire sur cette notion de « règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » et à son « obscure clarté » ; elle vise sans doute les règles ou principes qui n'ont pas leur équivalent dans les autres constitutions nationales et qui ne peuvent donc être protégés par la Cour de justice. En tout état de cause, l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est notable.

On trouverait à l'étranger des évolutions différentes, mais qui aboutissent à peu près au même constat d'impasse quant aux principes retenus : à titre d'exemple, en Italie³²² comme en Allemagne³²³, les juridictions constitutionnelles ont affirmé la primauté de leurs constitutions sur l'ordre juridique communautaire, même si elles renoncent à exercer un contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé. Au Royaume-Uni, la Cour d'appel de Londres reconnaît l'application d'une norme communautaire et, en principe, même contre une loi³²⁴. A chaque fois, le dialogue a été tenté mais chaque ordre juridique est resté sur ses positions de principe. A l'inverse, ce dialogue a pris une autre tournure, par exemple dans le cas des directives.

II- Un dialogue fructueux : le débat sur l'effet des directives non ou mal transposées

Ce débat paraissait avoir très mal commencé : la Cour de justice des Communautés européennes reconnaissait un effet aux directives non ou mal transposées tandis que le Conseil d'État français semblait leur dénier tout effet (A). Mais en plaçant le débat sur le terrain des obligations qui pèsent sur l'État dans une telle occurrence, les précisions apportées tant par le juge communautaire (B) que par la juridiction nationale (C) ont permis au dialogue de produire des fruits.

³²⁰ Cons. cons., 10 juin 2004, décision n° 2004-496 DC (*Économie numérique*), AJDA, 2004, p. 1357, note de M. GAUTIER et F. MELLERAY, p. 1385, note de P. CASSIA.

³²¹ Cons. cons., 27 juillet 2006, déc. n° 2006-540 DC (*Droits d'auteur*), Europe, 2006, alerte 42, note de D. SIMON : « L'obscure clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires ».

³²² Corte costituzionale 22 dicembre 1973, *Frontini e Pozzani*, G U 2 gennaio 1974, CDE 1975, p.114.

³²³ Bundesverfassungsgericht, 22 Oktober 1986, RTDE, 1987, p. 537, note de V. Constantinesco.

³²⁴ Court of Appeal, *Macarthy v. Smith* [1979] All E R 325.

A. L'opposition quant à l'effet des directives non ou mal transposées

La directive non ou mal transposée est-elle susceptible de produire des effets de droit ou, pour reprendre l'expression généralement utilisée par la Cour de justice, peut-elle être judiciairement invoquée ? A l'inverse, l'absence de transposition ou la mauvaise transposition ne peut-elle être sanctionnée que par la voie du manquement d'État (TCE art. 226 et s.) ou par celle de sa responsabilité ?

On ne saurait imaginer réponses apparemment plus opposées à ces interrogations que celles apportées par la Cour de justice et le Conseil d'État français. En effet, la première de ces juridictions affirme que les juges nationaux peuvent « examiner la conformité des décisions individuelles aux dispositions pertinentes du droit communautaire »³²⁵ et, explicitement, à celles d'une directive, alors que la juridiction française constate que « les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États (membres des Communautés européennes) à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel »³²⁶. D'un côté le juge de Luxembourg, après avoir constaté que la directive crée une obligation de transposition à la charge des États, en fait découler la conséquence que les ressortissants en tirent des droits ; d'un autre côté, le juge français constate que seuls les États sont destinataires des directives et qu'en conséquence les ressortissants des États ne peuvent en connaître, ni en tirer des droits. Les interprétations du même article 249 TCE (anciennement l'article 189 du Traité de Rome) sont diamétralement opposées, elles n'en ont pas moins chacune un fondement textuel³²⁷ : d'une part, les États ont une obligation de résultat mais, d'autre part, ils sont les seuls - à l'exclusion notamment de leurs ressortissants - destinataires des directives.

B. L'encadrement des obligations déterminé par la Cour de justice

Parce qu'il y a obligation (pour les États), il y a droit (pour les ressortissants) dit la Cour de justice. Mais, pour autant, l'obligation - et donc le droit - ne sont pas identiques à ceux qui peuvent découler d'un règlement ; ils ne sont que partiels. Cette restriction ne découle pas clairement de l'arrêt *Rutili*, mais elle a été explicitée par la suite dans d'autres décisions de la Cour.

En effet pour qu'elle puisse produire un effet en droit interne, il faut que la directive crée des obligations « *inconditionnelles et suffisamment précises* »³²⁸. Il en découle toute une série de conséquences qui encadrent le régime de la directive non ou mal transposée : puisque les droits que peut revendiquer le ressortissant sont liés aux obligations qui pèsent sur l'État, ce n'est que dans la circonstance d'inconditionnalité et de précision suffisante qu'il peut judiciairement revendiquer les droits qu'il prétend tirer de la directive. En outre même dans cette hypothèse, la directive ne saurait créer qu'un effet vertical « à sens unique » : le ressortissant dispose de droits contre l'État, mais la réciprocité ne vaut pas ; l'État ne saurait revendiquer des droits contre le

³²⁵ CJCE 28 octobre 1975, *Rutili*, Aff. 36/75, Rec. p. 1219.

³²⁶ C.E., Assemblée, 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Rec. 524.

³²⁷ « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

³²⁸ CJCE, 5 avril 1979, *Ministero pubblico c. Tullio Ratti*, Aff. 148/78, Rec. p. 1629.

ressortissant puisque ce dernier ne supporte pas d'obligations³²⁹. Pour la même raison, et malgré les propositions contraires des avocats généraux, il ne peut y avoir un *effet horizontal* car si un ressortissant pouvait disposer d'un droit tiré d'une directive contre un autre ressortissant, cela signifierait que celui-ci se voit imposer une obligation trouvant son origine dans une directive non ou mal transposée alors qu'il n'en est pas le destinataire³³⁰.

En définitive, la Cour de justice raisonne à partir de l'obligation qui pèse sur l'État et ne lui fait produire d'effet que dans cette limite. C'est ce qui permet d'affirmer que l'on est loin de l'assimilation d'une directive non ou mal transposée à un règlement, voire de « *l'effet direct* » de la directive ; tout au plus s'agit-il de certains effets assimilables à ceux que peut produire un acte d'effet direct.

C. L'existence d'obligations reconnue par le Conseil d'État

Même dans l'affaire *Cohn-Bendit*, le Conseil d'État admet explicitement, en reprenant le texte de l'article 189 TCEE, que les directives créent des obligations à l'égard des États et donc qu'elles produisent des effets ; il n'a pas été totalement sourd au raisonnement de la Cour de justice. Il est vrai qu'il prétend - et c'est important - que les ressortissants communautaires, n'étant pas destinataires, ne peuvent être entendus lorsqu'ils invoquent des droits qu'ils prétendent tirer des directives. Mais il suggère en outre que la voie passe par la « *contestation sur la légalité des mesures réglementaires prises par le gouvernement français pour se conformer aux directives* » ; autrement dit si les actes individuels ne peuvent voir leur légalité remise en cause au regard d'une directive, il en va autrement lorsqu'il s'agit d'un acte réglementaire.

La différence de traitement tient à la limite que le juge marque relativement à la portée des obligations qui pèsent sur l'État ; tout se passe comme si le juge administratif raisonnait ainsi : l'existence des obligations n'est pas contestée, et donc l'État doit s'y soumettre - mais il n'est pas possible procéduralement dans certains cas de constater l'absence de respect de l'obligation ; c'est la situation notamment lors de la contestation de la légalité d'un acte individuel. Pour le reste, le Conseil tire les conséquences de cette logique. Faisant application de la construction qu'il proposait dans la décision *Cohn-Bendit*, il vérifie la légalité d'un acte individuel pour peu que s'interpose, entre lui et la directive, un acte réglementaire³³¹ et il étend même cette solution³³². Il admet de vérifier la conformité d'un acte réglementaire au regard d'une directive, qu'il ait pour objet de transposer la directive³³³ ou qu'il entre simplement dans son champ d'application³³⁴. Pour effectuer ce contrôle de validité, il surseoit à statuer pour interroger la Cour de justice³³⁵. Enfin, il admet

³²⁹ CJCE, 8 octobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, Rec. p. 3969.

³³⁰ CJCE, 26 février 1986, *Miss Marshall*, Aff. 152/84, Rec. p. 723 ; réaffirmé par CJCE, 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori*, Aff. C-91/92, *La Semaine juridique* (édition générale), 1995. II. 22358.

³³¹ C.E., 8 juillet 1991, *Palazzi*, Rec. p. 176.

³³² C.E., Ass. 6 février 1998, *Tête*, Rec. p. 30, conclusions d'H. SAVOIE.

³³³ C.E., 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, Rec. p. 512.

³³⁴ C.E., 7 octobre 1988, *Rassemblement des opposants à la chasse et autres*, Rec. p.

334.

³³⁵ C.E., *Société Arcelor*, précité.

que si l'État est soumis à des obligations du fait d'une directive, il ne saurait en imposer tant qu'il n'a pas transposé correctement cette directive³³⁶.

Il apparaît ainsi qu'en matière de directive, les juridictions se sont entendues, à défaut de s'être mises entièrement d'accord : la Cour de justice - contrairement à ce que l'on pouvait à un moment penser et malgré certaines opinions qui s'expriment en son sein - a délimité l'effet des directives non ou mal transposées ; elle a ainsi entendu les solides objections qui pouvaient être formulées à l'encontre de « *l'effet direct* » des directives. Le juge administratif français de son côté - contrairement là aussi à ce que l'on aurait pu penser à un moment - est sensible aux arguments qui ont été développés devant la Cour au point d'accepter de faire produire des effets aux obligations qui résultent des directives.

Il n'en demeure pas moins que le dialogue ne peut pas tout et que, de ce fait, des oppositions demeurent. Dans le domaine des directives tout d'abord, la Cour de justice n'est jamais revenue sur son appréciation selon laquelle il appartient au juge national d'« *examiner la conformité des décisions individuelles aux dispositions pertinentes du droit communautaire* », ce que le Conseil d'État se refuse à faire. Surtout il est impossible pour chacun des ordres juridictionnels de transiger sur la question de la primauté de l'acte fondateur de son ordre juridique ; en ce domaine, le débat ne peut être résolu et il faut le porter sur un autre terrain, par exemple celui de la compétence dont dispose chacun de ces ordres pour agir.

³³⁶ C.E., 23 juin 1995, S.A. *Lilly France*, Rec. p. 257, conclusions de Chr. MAUGÜE.

La Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ?

Pascal MBONGO
Professeur à l'Université de Poitiers
et à l'Institut d'études politiques de Paris

La réflexion à laquelle l'on se propose procède de deux constats. Le premier d'entre eux se rapporte au fait que la Convention européenne des droits de l'homme tient une place centrale et joue un rôle prépondérant en matière d'arbitrage des conflits de valeurs dans des sociétés qui se définissent précisément comme étant pluralistes. Pour tout dire, il n'y a guère de litige porté devant la Cour européenne des droits de l'homme qui, rationnellement, ne mette pas en jeu, ou bien un conflit d'intérêts, ou bien un conflit de valeurs, ou bien les deux à la fois. Or, et c'est notre second constat initial, les discours doctrinaux (français) – qu'il s'agisse de la doctrine universitaire ou des juristes non-universitaires – de réception des grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme intéressant de grandes questions de valeurs sont très standardisés. En substance, l'on a : d'un côté, des discours approuvateurs d'un libéralisme supposé de la Cour – ici, on loue en général le dynamisme interprétatif de la Cour ; de l'autre côté, des discours critiques d'un a-libéralisme supposé de la Cour – ici, l'on critique en général le dynamisme interprétatif de la Cour, en général pour dire que la Cour ampute inconsidérément « la marge nationale d'appréciation » des Etats membres de la Convention³³⁷. Toutefois, ces discours ne sont dissymétriques qu'en apparence, puisque les uns et les autres se prêtent à une observation comparable à celle qui a été faite au sujet des discours usuels relatifs à la lutte contre le terrorisme : ils sont « enfermés dans la grille universelle du discours des droits de l'homme »³³⁸ au point de perdre de vue la densité des problèmes posés par les droits de l'homme et au point de se retrouver paradoxalement plus désarmés pour formuler une critique avertie des décisions de la Cour³³⁹.

³³⁷ Cette caractérisation des discours doctrinaux français sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà pu être faite dans un billet d'humeur très critique à l'égard de la Cour (Philippe MALAURIE, « Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Petites Affiches*, 21 août 2006, n° 166, p. 4). Ce n'est cependant pas une critique identique à celle de M. MALAURIE que l'on se propose de faire ici puisqu'il y a, au moins, un paradoxe à reprocher en substance à une juridiction vouée à la promotion des droits fondamentaux et de la prééminence du droit et compétente à l'égard de 47 États, ou bien de rendre des décisions libérales, ou bien de ne pas argumenter à la française : « (...) Je n'aime pas la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. A cause de ses bavardages interminables, de ses concepts qui viennent d'ailleurs ou de nulle part. Plus grave est son décousu, son amour de la subtilité, son touche-à-tout. Poussant à l'extrême l'amour du droit qui a toujours animé l'Occident, elle impose à des millions d'Européens des concepts qui ne sont pas les leurs » (*Ibid.*).

³³⁸ Antoine GARAPON (« Les dispositifs antiterroristes de la France et des Etats-Unis », *Esprit*, août – septembre 2006, p. 125) citant Paoli NAPOLI dans *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Editions La Découverte, 2003, p. 18.

³³⁹ Outre le texte précité de M. MALAURIE, un autre texte très critique à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme s'est distingué en France dans les années récentes : Muriel FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 1^{er} sect., 17

Ce ne sont cependant pas ces discours doctrinaux qui sont ici en cause mais ce dont ils sont révélateurs, s'agissant de la rhétorique et de l'argumentation de la Cour européenne des droits de l'homme : l'absence de résonance des controverses contemporaines de philosophie morale dans les arrêts de la Cour intéressant des questions axiologiques. Il s'agit bien d'*absence de résonance des grandes controverses de philosophie morale* et non pas d'*absence de philosophie morale* puisque l'on ne saurait reprocher au juge de ne pas faire de la philosophie morale, même si la Cour européenne des droits de l'homme a moins de « méfiance envers les grands problèmes de fondement » que certaines autres juridictions³⁴⁰. Or cette absence de résonance est remarquable à plusieurs titres : d'abord parce que nombre de controverses contemporaines de philosophie morale se développent précisément à la faveur des décisions des juges et, notamment, des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ; ensuite parce que, par hypothèse, si le droit permet de *trancher* des questions de valeurs, il ne suffit pas pour *raisonner* sur ces questions ; enfin parce que si, par hypothèse, cette absence de résonance procédait d'une dissimulation par le juge européen de ses préférences morales, l'on pourrait faire remarquer à la Cour qu'elle n'a pas à craindre une transparence des valeurs ou des préférences morales fondatrices de ses décisions. Cette transparence relèverait d'une véritable pédagogie de la primauté de la Convention européenne des droits de l'homme et de la difficulté de son interprétation dans un contexte politique, économique, social et culturel complexe et sans cesse renouvelé.

février 2005, *K. A., et A. D. c/ Belgique*) », Recueil Dalloz, 2005, n° 43, p. 2973 et suiv. Sans préjudice des observations qui seront faites plus loin sur ce texte, l'on fera simplement observer ici que cette critique a une chose au moins en commun avec celle de M. MALAURIE. En effet, le texte de Mme FABRE-MAGNAN, à force d'invocation du « droit civil » ou du « droit pénal », pour désigner en réalité le « droit civil français » ou le « droit pénal français », ne cède pas moins au gallocentrisme que celui de M. MALAURIE.

³⁴⁰ Cela est vrai du Conseil d'État français à propos duquel Bruno LATOUR a pu écrire, au terme d'une enquête ethnographique au sein même du Conseil : « (...) Nous retrouverons souvent cette opposition entre, d'un côté, des questions fondamentales dans lesquelles on refusera de s'engager pour ne pas « tomber dans la philosophie » et, de l'autre, la multiplication souvent stupéfiante de distinctions qui paraîtront au lecteur proprement florentines. C'est qu'il y a de nombreuses manières de couper les cheveux en quatre et que celle de la philosophie – qu'est-ce qu'une action ? qu'est-ce qu'une conception ? – ne serait qu'une perte de temps lorsqu'il faut « pour des raisons pratiques » introduire d'autres distinctions, non moins fines, mais aiguillonnées par de tout autres urgences. Disons que le commissaire du gouvernement pratique [...] une *subtilité sans exigence de fondements* – même doctrinaux – tout à fait typique du droit alors même qu'elle va constamment surprendre l'ethnographe féru de philosophie » (Bruno LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Éditions La Découverte, 2002, p. 26).

On se propose de vérifier l'hypothèse d'une absence de résonance des grandes controverses contemporaines de philosophie morale dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme intéressant de grandes questions axiologiques à travers une focale qui, pour être réduite, est néanmoins saisissante : les références de la Cour à la protection de la morale. Ces références sont, en effet, prégnantes du discours de la Cour européenne des droits de l'homme³⁴¹ avec d'une part l'exaltation par la Cour du principe du pluralisme moral et, d'autre part, les tentatives de définition par la Cour des limites de ce pluralisme, aussi bien dans les affaires intéressant les orientations sexuelles que dans celles intéressant l'obscénité.

Pluralisme des valeurs et sociologie des valeurs

Le bréviaire de l'argumentation morale de la Cour européenne des droits de l'homme est constitué de trois propositions solidaires : 1. La Cour ne peut dégager une notion uniforme de la morale à partir des droits nationaux dans la mesure où la morale « varie dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière » ; 2. Les autorités étatiques sont « mieux placées que la Cour pour se prononcer sur la nécessité d'une mesure particulière prise pour protéger la moralité » ; 3. L'ingérence des pouvoirs publics doit être proportionnée au but poursuivi.

Quant à savoir en quoi consiste cette morale publique, la Cour propose une réponse en deux temps : 1. cette morale est « le reflet des opinions profondes

³⁴¹ La chose est somme toute logique dans la mesure où la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8 § 2), le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9 § 2), le droit à la liberté d'expression (article 10 § 2), le droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association (article 11 § 2) peuvent faire l'objet de restrictions en vue de la protection de la morale. Or cette référence à la morale est d'autant plus prégnante dans le discours de la Cour qu'elle déborde le motif de limitation des droits et des libertés tenant précisément à la « protection de la morale ». En effet, des références de moralité peuvent être subsumées par la Cour sous d'autres motifs de limitation des droits et des libertés prévus par les paragraphes 2 des articles 8, 9, 10, 11 de la Convention. Au demeurant, la Cour elle-même reconnaît le caractère artificiel, dans de nombreuses circonstances, de la distinction entre le motif de limitation des droits tenant à la protection des droits et des libertés d'autrui et le motif tenant à la protection de la morale : « La seconde peut impliquer la sauvegarde de l'éthique ou des valeurs morales d'une société dans son ensemble (...) mais également englober (...) la défense des intérêts et du bien-être moraux d'une fraction donnée de celle-ci, par exemple, les écoliers » (*Handyside c. Royaume-Uni*, § 52) – « Quand il s'agit des intérêts et du bien-être moraux de personnes ou catégories de personnes appelant une protection spéciale pour des raisons telles qu'immaturation, débilité mentale ou état de dépendance, la protection des « droits et libertés d'autrui » se ramène donc à un aspect de celle « de la morale » » (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, § 47). Voir dans le même sens, CEDH, *Sunday Times*, 26 avril 1979, § 56.

et des convictions sincères partagées par la grande majorité des citoyens d'un Etat partie à la Convention », un Etat étant ainsi habilité à protéger les normes de comportements admises et ancrées dans sa propre société ; 2. en même temps, la Cour fait valoir que ce n'est pas à l'opinion publique de se prononcer de manière définitive sur la question de la nécessité de telle norme de moralité dans une société démocratique.

On fera d'abord remarquer qu'il y a comme une aporie pour la Cour à dire en substance que les normes de moralité sont celles promues par la majorité mais que la majorité n'est pas souveraine. On relèvera encore l'approximation sociologique consistant pour la Cour à juxtaposer les notions de « majorité » et d'« opinion publique » - qui ne sont certes pas interchangeables – étant par ailleurs admis que le concept d'opinion publique ne peut être définie que de manière stipulative. Au surplus, le postulat de la Cour selon lequel il lui est impossible de dégager une notion uniforme de la morale est une fausse évidence sociologique dans la mesure où il n'est pas impossible de procéder à « une étude comparative approfondie et de dégager quelques principes généraux clairs pour donner naissance à une norme européenne commune. En effet, certaines questions d'ordre moral, comme la possibilité de se procurer des magazines érotiques auprès de marchands de journaux, sont moins controversées que d'autres, telles que l'avortement. En effet, la Cour pourrait distinguer les domaines faisant l'objet d'un consensus parmi tous les États membres et ceux où un accord n'existe pas et définir clairement les secteurs où une certaine diversité peut être tolérée et ceux où cela n'est pas possible »³⁴².

Peut-être le point le plus « curieux » des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme touchant à des questions de morale tient-il à l'absence apparente de *méthode* dans la connaissance par la Cour du dissensus moral existant dans l'Etat mis en cause sur la question litigieuse. En effet, dans nombre de cas, la Cour s'approprie la mise en exergue par l'Etat mis en cause d'un dissensus moral dans son corps social - voire d'une hostilité de tout ou partie de ce corps social - sans que ce dissensus ou cette hostilité soit objectivé(e) par des outils usuels en matière d'identification et d'interprétation des valeurs en général et en matière de mesure des attitudes des personnes à l'égard des préférences morales d'autrui en particulier (données quantitatives, enquêtes qualitatives, etc.)³⁴³. Cette absence de *méthode* a cette conséquence que la Cour, en fait de sociologie des valeurs, peut : ou bien emprunter au stéréotype³⁴⁴ ; ou bien privilégier les positions morales des détenteurs de pouvoirs sociaux³⁴⁵, dans un contexte – le contexte contemporain

³⁴² Conseil de l'Europe, *La jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossiers sur les droits de l'Homme n° 18, Editions du Conseil de l'Europe, 2001.

³⁴³ R. REZSOHAZY, *Sociologie des valeurs*, Armand Colin, 2006.

³⁴⁴ Sur ce point : Pascal MBONGO, « Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses. Palimpseste », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 701.

³⁴⁵ Voir par exemple, dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1981), comment la Cour rendait compte (§§ 24-25) du dissensus moral existant en Irlande du Nord à propos de l'homosexualité, en ne rapportant que : d'un côté, le point de vue « des juges de haut rang, des conseils de district, des loges orangistes et d'autres organisations, en général à caractère confessionnel et, dans certains cas, vouées à des activités de jeunesse »,

d'épuisement de la fiction de la représentation et d'individualisation des opinions et des mœurs – où la connaissance des positions morales du corps social à travers celles des détenteurs des pouvoirs sociaux n'est pas évidente.

Consentement et « mauvaises vies »

Dans les affaires relatives aux ingérences commises dans le droit au respect de la vie privée par des législations non-permissives ou pénalisantes de certaines orientations sexuelles (homosexualité, sadomasochisme), autrement dit le *contentieux des mauvaises vies*, la sensibilité de la Cour semble avoir été initialement définie à partir de *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1981), à travers notamment cette idée que la seule circonstance que des membres de la Société puissent être choqués, offensés ou perturbés d'apprendre que d'autres avaient une orientation homosexuelle, une inclination sadomasochiste (etc.) ne suffit pas à justifier de sanctions ou de menaces de sanctions d'adultes consentants. C'est précisément sur cette question du consentement dans le traitement par la Cour de la protection de la morale dans le contexte du droit à la vie privée et des « mauvaises vies » que l'on voudrait revenir.

Le fait est qu'il existe deux interprétations courantes de la place faite par la Cour au consentement des personnes dans les litiges intéressant les orientations sexuelles. Certains font en effet valoir que la Cour a une conception relativiste du consentement, puisqu'elle ne prendrait le consentement en considération que pour autant que la « dignité de la personne humaine » et la santé des personnes ne serait pas mises en cause. Certains autres soutiennent pour leur part que dans le contexte des affaires de sadomasochisme, la Cour aurait évolué dans le sens d'une conception absolutiste du consentement et d'une déification de l'autonomie personnelle³⁴⁶. Le fait est encore que ces interprétations de la place faite par la Cour au

celui d'un parti politique, celui des groupes religieux (évêques catholiques romains, Église presbytérienne d'Irlande) ; et, de l'autre côté, le point de vue « d'associations représentant les homosexuels et de services de travailleurs sociaux ». Et, entre les deux, « un sondage opéré en Irlande du Nord en janvier 1978 (montrant) que les personnes interrogées se divisaient par moitié sur la question globale de savoir s'il était souhaitable d'amender la législation en matière de divorce et d'homosexualité de manière à l'aligner sur celle de l'Angleterre et du pays de Galles ». Même après avoir fait remarquer que la Commission mise en place en Irlande du Nord pour débattre de la question du statut de l'homosexualité disait craindre « que l'on n'exagérât l'ampleur de l'opposition » à l'homosexualité, la Cour ne considéra pas moins cette opposition comme une donnée (relativement) objective. Dans son opinion dissidente, le juge ZEKIA avait eu moins de préventions méthodologiques que la Cour : « Il est incontestable », fit-il valoir, « que le climat moral qui domine en Irlande du Nord est défavorable à un changement de la législation considérée, car il aurait pour effet de donner libre cours, d'une manière ou d'une autre, à l'immoralité ». L'on voit qu'ici : 1) c'est le jugement moral (la condamnation de l'homosexualité par le juge), qui détermine le jugement de fait (la répulsion supposée des Irlandais à l'égard d'un changement de législation) du juge « dissident » ; 2) ce jugement moral ne fait que peu de cas de la distinction entre le registre de ce qui est immoral, de ce qui est choquant sans être immoral, de ce qui est « contraire aux conventions sans être immoral » (R. OGIEN).

³⁴⁶ Muriel FABRE-MAGNAN (*op. cit.*) analyse en effet l'arrêt *K. A. et A. D. c/Belgique* de 2005 comme étant un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* de 1997.

consentement sont opportunément déterminées par la critique de la Cour qu'elles autorisent : soit qu'il s'agisse – dans le premier cas – de lui reprocher un rigorisme moral ; soit qu'il s'agisse – dans le second cas – de lui reprocher un permissivisme moral. Et, d'une manière assez paradoxale, ces critiques en viennent toutes deux à reprocher à la Cour de sortir d'une logique « strictement juridique » pour ainsi faire prévaloir une « morale dominante » qui n'est cependant pas la même pour chacune des critiques.

Ce que la lecture des arrêts de la Cour laisse plus certainement voir c'est plutôt une inclination de la Cour à résoudre les litiges dont elle est saisie sans faire de la question du consentement des personnes concernées par les orientations sexuelles litigieuses le nœud gordien à trancher dans son argumentation³⁴⁷. La Cour s'épargne ainsi – et c'est ce en quoi sa jurisprudence n'offre pas de résonance avec la philosophie morale contemporaine – les critiques auxquelles se prête chacune des deux grandes conceptions du consentement³⁴⁸. La Cour retiendrait-elle la conception absolutiste de l'autonomie personnelle et du consentement³⁴⁹ qu'elle se verrait objecter l'absurdité d'une telle conception puisque « si elle était adoptée, nul ne serait jamais admis à consentir à quoi que ce soit, puisque nul n'est jamais capable de démontrer en aucune manière qu'il est autonome ». Quant à la conception relativiste du consentement³⁵⁰, celle qui postule qu'il n'y a de définition du consentement que conventionnelle³⁵¹ - l'Etat étant ainsi fondé à abstraire du consentement certaines catégories de personnes (en raison de leur vulnérabilité) et certains agissements (en raison de leur dangerosité pour l'intégrité physique et mentale des personnes) - elle peine à objectiver la distinction entre les cas de « vices du consentement » (déficience mentale, enfance) qui sont évidents et ceux qui le sont moins³⁵².

³⁴⁷ En effet, l'une des choses les plus frappantes dans les arrêts de référence de la Cour européenne des droits de l'homme c'est que la référence au consentement y est presque toujours mobilisée de manière factualiste. Dans son argumentation relative à la licéité des clubs échangistes (arrêts du 21 décembre 2005), la Cour suprême du Canada semble avoir la même prévention. L'argumentation de la Cour s'était en effet organisée autour de trois « critères » : l'existence ou non d'un préjudice physique ou moral pour les participants ; l'affectation ou non de l'autonomie ou de la liberté des sociétaires de tels clubs du fait de leur exposition au public ; la possibilité pour les sociétaires de tels clubs de développer des comportements antisociaux directement imputables à leur fréquentation de ces clubs.

³⁴⁸ Sur ces conceptions, voir Ruwen OGIEN, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007.

³⁴⁹ Cette conception est au cœur de l'« éthique minimale » de Ruwen OGIEN (Cf. en particulier *La panique morale*, Grasset, 2004), qui en infère notamment : la circonscription du domaine de la morale aux rapports à autrui ; le principe de non-nuisance à autrui qui exclut toute condamnation morale des dommages que l'on se cause volontairement soi-même (suicide, mutilation), des dommages qui sont le fait d'adultes consentants (sodomasochisme), ainsi que des atteintes abstraites ou symboliques telles que l'atteinte à Dieu ou au drapeau national. C'est encore d'une morale du consentement que se réclament Marcela IACUB et Patrice MANIGLIER dans leur *Antimanuel d'éducation sexuelle* (Editions Bréal, 2005).

³⁵⁰ Voir notamment : Michela MARZANO, *Je consens, donc je suis*, P.U.F, 2006.

³⁵¹ Cette définition conventionnelle étant formalisée dans le droit en général, et dans le droit pénal en particulier.

³⁵² Précisément, si certaine critique faite à la Cour européenne des droits de l'homme pour ses arrêts sur le sodomasochisme manque quelque peu à son objet, ce n'est pas

Obscénité et mauvais penchants littéraires et artistiques

Des grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme intéressant des affaires relatives à l'expression de la sexualité dans des publications et œuvres d'art³⁵³, l'on voudrait plutôt montrer qu'ils sont moins éclairants sur la question dont ils traitent que ne le suggèrent les interprétations qui en sont généralement faites, du moins par la doctrine juridique française.

L'on a déjà fait remarquer le paradoxe qui veut que la Cour européenne légitime d'importantes limitations de la liberté d'expression au nom de la protection de la morale mais que son arrêt *Handyside* soit répétitivement présenté comme l'un de ses arrêts les plus libéraux en matière de liberté d'expression ; sans doute parce que cet arrêt a été réduit à l'un de ces énoncés réputé original ou remarquable, celui aux termes duquel « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et vaut même pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent »³⁵⁴. La Cour européenne des droits de l'homme peut, au demeurant, se voir reprocher de commettre un contre-sens en soutenant constamment la liberté d'expression – et non le pluralisme – constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique. Or la liberté d'expression n'est qu'un aspect – mais un aspect seulement – du pluralisme, celui qui intéresse la pluralité des idées et des opinions ; il existe d'autres aspects du pluralisme - ceux qui intéressent précisément la pluralité des conceptions du bien, du juste, du beau – et qui se rapportent en particulier aux identités ethniques et culturelles, aux identités sexuelles, etc.

Surtout, le registre argumentatif éprouvé par la Cour dans les affaires dont il s'agit suggère que l'enjeu était la reconnaissance ou non de la « liberté artistique » (*Müller contre Suisse*) ou de la « liberté de la presse » (*Handyside contre Royaume-Uni*)³⁵⁵. Or il y a comme un paralogsme dans la démarche de

seulement en raison de sa fétichisation répulsive de l'œuvre de SADE ou de sa convocation quelque peu axiomatique du concept de « dignité de la personne humaine ». C'est bien plutôt parce que si l'on voit de quelle morale du consentement elle relève, elle ne propose guère à la Cour un critère objectif de départ entre d'une part les cas où ce consentement est « authentique » et donc absolu de toute responsabilité juridique et, d'autre part, les cas où il ne l'est pas.

³⁵³ Voir notamment : *Handyside c. Royaume-Uni* (1976) ; *Müller c. Suisse* (1988) ; *Wingrove c. Royaume-Uni* (1996).

³⁵⁴ Cette réduction de l'arrêt *Handyside* à cet énoncé et l'originalité qui lui est imputée sont doublement problématiques : d'abord parce que cet énoncé peut, à certains égards, être jugé tautologique ; d'autre part, cet énoncé sonne comme une réminiscence de propositions ressemblantes formulées longtemps auparavant par les philosophes libéraux ou par la Cour suprême des Etats-Unis : *Schenck v. United States* (1919) ; *Cox v. New Hampshire* (1941) ; *Prince v. Massachusetts* (1944) ; *Kovacs v. Cooper* (1949) ; *Teamsters Union v. Hanke* (1950) ; *United States v. Harriss* (1954).

³⁵⁵ C'est au demeurant la focale avec laquelle nombre de commentaires de ces arrêts se les approprient. Voir en ce sens : Gérard COHEN-JONATHAN, « Commentaire de l'article 10 de la Convention », in Louis-Edmond PETTITI et autres, *Commentaire article par article de la Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1995, p. 365 et suiv. ; Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, « Commentaire de l'article 10 § 2 », in Louis-Edmond PETTITI et autres, *op. cit.*, p. 409 et suiv. ; Frédéric SUDRE et autres, *Les* 172

la Cour si l'on considère que la « presse », les moyens audiovisuels ou les nouvelles technologies de l'information et de la communication n'étant que des supports formels de la liberté d'expression, les débats sur cette liberté ne portent pas tant sur la licéité de ces supports formels que sur la substance même des « expressions » litigieuses, autrement dit sur la nature des discours et des représentations caractéristiques de ces expressions ; plus précisément sur ce qui, à l'intérieur de ces discours et représentations, relève (ou doit relever) de l'admissible et ce qui est susceptible de faire l'objet d'une « ingérence » des pouvoirs publics. Qu'est-ce à dire si ce n'est que la « liberté d'expression artistique », la « liberté d'expression littéraire », la « liberté d'expression en matière commerciale » étant en quelque sorte *inhérents* à la liberté d'expression, il y a précisément un paradoxe à présenter ces déclinaisons de la liberté d'expression comme étant la portée même des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Leur véritable enjeu était plutôt de savoir si les discours et les représentations obscènes étaient ou non protégées au titre de la liberté d'expression et, dans l'affirmative, pour quelles déclinaisons de cette liberté et dans quelle mesure.

C'est bien, en effet, la question de l'originalité statutaire des discours et des représentations obscènes dans la presse, l'édition, les médias audiovisuels ou les nouvelles technologies de l'information et de la communication qui, bien que traversant les arrêts précités, a néanmoins été escamotée par la Cour, dont on aurait pu s'attendre à ce qu'elle commence par dire si :

- hypothèse 1 : les discours et les représentations obscènes - dans l'art, l'édition, la publicité, la télévision – bien que faisant partie du champ d'application de la liberté d'expression (à tel ou tel titre) ne devaient pas moins connaître des limites (de telle nature ou de telle autre nature) ;
- hypothèse 2 : les discours et les représentations obscènes dans l'art, l'édition, la publicité, la télévision, etc. – bien que ne rentrant pas (pour telle raison ou pour telle autre raison) dans le champ d'application de la liberté d'expression, pouvaient néanmoins bénéficier de certains types d'« excuses », telles que l'excuse littéraire ou artistique.

De fait, cette approche plus logique, plus élaborée et, somme toute, plus « conceptuelle » de la question des discours et des représentations obscènes dans leur rapport à la liberté d'expression est caractéristique de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Ainsi, dans *Chaplinsky v. New Hampshire* (1947) et, surtout, dans *Roth v. United States* (1957), la Cour suprême des États-Unis fit valoir que les discours et les représentations obscènes étaient exclus du bénéfice du 1^{er} amendement à la Constitution des États-Unis³⁵⁶. Mais comme, selon la Cour, la liberté d'expression garantie par cette disposition constitutionnelle s'appliquait aux discours non-obscènes,

grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, P.U.F., 2003, p. 430 et suivantes.

³⁵⁶ Dans *Roth v. United States* (opinion de la majorité de la Cour exprimée par le juge BRENNAN), cette exclusion fut justifiée par l'intention des rédacteurs du 1^{er} amendement de faire de la liberté d'expression le ressort d'un commerce sans entraves des idées utiles à la promotion des changements politiques et sociaux voulus par les peuples, autrement dit par une finalisation de la liberté d'expression par la démocratie et le progrès économique et social. On notera que dans leurs opinions dissidentes dans *Roth v. United States*, les juges Hugo BLACK et William O. DOUGLAS argumentèrent pour leur part en faveur d'une subsomption de l'obscénité sous le 1^{er} amendement.

notamment ceux intéressant la sexualité³⁵⁷, il lui fallait établir des critères de distinction de ce qui est « obscène » et de ce qui ne l'est pas. D'où le test de l'obscénité formulé successivement : dans *Roth v. United States* et dans *Memoirs : A book named John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure v. Attorney general of Massachusetts* (1966)³⁵⁸ ; avant son ultime définition dans *Miller v. California* (1973)³⁵⁹ et *Paris Adult Theatre I. v. Slaton* (1973).

Précisément, c'est cette recherche par la Cour suprême des États-Unis d'un test de l'obscénité qui, malgré ses hésitations et les difficultés du travail de qualification du juge découlant notamment des nuances factuelles caractéristiques des affaires d'obscénité³⁶⁰, favorise des lectures plus éclairantes sur la nature profonde et, dans une certaine mesure, sur la dimension axiomatique³⁶¹ et/ou aporétique des conflits de valeurs caractéristiques des litiges dont il s'agit. Pour dire les choses plus simplement encore, le mode d'appréhension par la Cour suprême de l'obscénité et/ou de la pornographie se prête davantage que celui de la Cour européenne des droits

³⁵⁷ « (...) Sex and obscenity are not synonymous. Obscene material is material which deals with sex in a manner appealing to prurient interest. The portrayal of sex, e.g., in art, literature and scientific works is not itself sufficient reason to deny material the constitutional protection of freedom of speech and press » (William J. BRENNAN, *Roth v. United States*).

³⁵⁸ Le « test de l'obscénité » devait désormais consister pour le juge à dire si : a) le thème principal du matériau considéré dans son ensemble fait appel à un intérêt morbide pour la sexualité ; b) ce matériau est ouvertement injurieux parce qu'il enfreint les standards contemporains de la communauté en ce qui concerne la description ou la représentation de ce qui a trait à la sexualité ; c) ce matériau est totalement dépourvu d'une valeur sociale qui puisse le racheter. La Cour mettait ainsi fin au *Hicklin test* (*Regina v. Hicklin*, 1868), qui tendait à mesurer l'obscénité en fonction de l'effet de tel ou tel passage tiré isolément d'un livre sur une personne particulièrement sensible.

³⁵⁹ Tel qu'élaboré par le juge BURGER dans son opinion majoritaire pour la Cour, le *Miller test* exigeait du juge qu'il éprouve le matériau litigieux à l'aune de trois critères : a) celui de savoir si individu moyen, appliquant les critères aujourd'hui en vigueur dans la communauté, trouverait que l'œuvre, prise dans sa globalité, fait appel à l'instinct sexuel ; b) celui de savoir si l'œuvre représente ou décrit, d'une façon manifeste choquante, un comportement sexuel spécifiquement défini par la loi d'Etat applicable ; c) celui de savoir si l'œuvre, prise dans sa globalité, est dénuée de réelle valeur littéraire ou artistique (traduction d'Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, P.U.F., 2000, pp. 797-798). A travers ce nouveau test, la Cour abandonnait ainsi toute référence à « l'absence totale de toute valeur sociale propre à sauver l'œuvre ».

³⁶⁰ Russel L. WEAVER et Donald E. LIVELY, *Understanding the first amendment*, Lexis Nexis, 2003, p. 52.

³⁶¹ Le caractère faussement évident de l'obscénité était indifférent au juge Potter STEWART qui, dans une célèbre opinion concurrente dans l'arrêt *Jacobellis v. Ohio* (1964), pour faire suite à sa proposition de distinguer l'obscénité – qu'il jugeait protégée par le 1^{er} amendement – et la *pornographie hard core*, ajoutait : « I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description ; and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. *But I know it when I see it*, and the motion picture involved in this case is not that » (Les italiques sont de nous). C'est cette fausse évidence de la définition de l'obscénité et/ou de la pornographie dont rendait compte en revanche Henry MILLER lorsque, dans *L'obscénité et la loi de réflexion* (Editions La Musardine, 2001), l'illustre écrivain faisait valoir qu'il était plus difficile de trouver un sens à l'obscène que de trouver un sens à Dieu.

de l'homme, à de riches débats autour du conséquentialisme moral et législatif³⁶².

Il en est ainsi de la critique féministe de la jurisprudence de la Cour suprême³⁶³ ; ses tenants font grief à cette jurisprudence de ne pas prendre en considération le lien qu'ils disent trouver entre : d'une part la pornographie ; d'autre part, le sexisme, les discriminations ainsi que les violences faites aux femmes (violence à l'égard des femmes mobilisées dans les produits pornographiques et incitation des amateurs de produits pornographiques à la violence à l'égard des femmes)³⁶⁴. Il en est ainsi encore de la question de la légitimité des pouvoirs publics à établir des règles juridiques à partir de prémisses non vérifiées ; la Cour suprême s'est saisie très tôt de cette question pour trancher constamment dans le sens du *chief justice* Warren BURGER, lorsque ce dernier, dans son opinion au nom de la Cour dans *Paris Adult Theatre*, faisait valoir : « Depuis les origines de la civilisation, les législateurs et les juges ont statué sur le fondement de divers présupposés invérifiables. De tels présupposés sous-tendent nombre de règles étatiques parfaitement légales dans le domaine du commerce et des affaires (...). Sur le fondement de ces présupposés, tant le Congrès que les législatures d'Etat ont, par exemple, considérablement réduit le droit d'association en adoptant les lois antitrusts. Ils ont aussi strictement réglementé la liberté d'expression des agents et des coursiers en matière de valeurs mobilières, en matière de distribution des profits par « coupons » et « primes », ordonnant ce qu'ils doivent et ne doivent pas publier et annoncer (...). Si l'on accepte le présupposé indémontrable qu'une éducation achevée implique la lecture de certains livres (...) ainsi que la croyance quasi-universelle selon laquelle les livres, le théâtre et l'art, lorsqu'ils sont de qualité, élèvent l'âme, aiguissent l'esprit, enrichissent la personnalité et développent le caractère, à quel titre

³⁶² Il est à cet égard remarquable que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ne soient guère cités dans un ouvrage comme le *Penser la pornographie* (P.U.F., 2003) de Ruwen OGIEN.

³⁶³ Le moment judiciaire de référence de cette critique a consisté dans l'affaire *American Booksellers v. Hudnut* (1985, 771 F 2d. 7th Cir. – 1986, 106 S. C., 1172) née de la tentative de la ville de Minneapolis et de son maire William Hudnut de fermer des sex shops sur le fondement d'une décision administrative spécialement rédigée à cet effet par deux féministes notoires, Andrea DWORKIN et Catharine MACKINNON. Ces dernières avaient en effet proposé cette définition de la pornographie : « L'asservissement sexuel des femmes par des images ou par des mots qui les représentent comme des objets prenant plaisir à être humiliées, battues, violées, dégradées, avilies, torturées, réduites à des parties de leur corps, placées dans des postures serviles de soumission ou d'exhibition » (traduction de Ruwen OGIEN, in *Penser la pornographie*, *op. cit.*, p. 64).

³⁶⁴ Ruwen OGIEN a très bien montré comment cette critique s'est articulée autour d'une combinaison séduisante entre le 1^{er} amendement et la clause de l'égalité protection des lois (XIV^{ème} amendement) pour aboutir à un paradoxe éblouissant (quoique discutable) : justifier une restriction à la liberté d'expression... par la liberté d'expression elle-même – en l'occurrence la liberté d'expression des femmes, que compromettrait la pornographie (Ruwen OGIEN, *Penser la pornographie*, *op. cit.*, pp. 99-114). Sur ce débat, outre les nombreuses publications de Catharine MACKINNON, voir encore : Daniel A. FARBER, *The First amendment*, Foundation Press, 2^{ème} édition, 2003, pp. 141-149 ; Nadine STROSSEN, *Defending Pornography : Free speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*, New York University Press, 2000 ; Cass R. SUNSTEIN, « Pornography and the First Amendment », *Duke Law Journal*, 1986, p. 589.

pourrait-on refuser à une législature d'État le droit de légiférer sur le fondement du présupposé connexe qui veut que le commerce des livres obscènes et les exhibitions publiques du même genre exercent un effet corrompteur et avilissant qui conduit à des comportements antisociaux ? ».

Propos introductif	7
Stéphane LEYENBERGER.....	7
Le juge, la loi et le citoyen.....	12
Louis ASSIER-ANDRIEU	
L'évolution des critères et des modes de contrôle.....	19
de la qualité des décisions de justice.....	19
Benoît FRYDMAN	
La qualité des décisions de justice	30
au sens du Conseil de l'Europe	30
Jean-Paul JEAN	
La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 § 1	48
de la Convention européenne des Droits de l'Homme	48
Natalie FRICERO	
Les jauges du juge. La justice aux prises avec la construction de sa légitimité (Réflexions post-Outreau).....	59
Antoine VAUCHEZ	
La qualité des décisions de justice au prisme	76
de la science économique	76
Thierry KIRAT	
Critères et standards rhétoriques.....	86
de la bonne décision de justice.....	86
François MARTINEAU	
La formation du magistrat judiciaire	100
et la qualité des décisions de justice.....	100
Éric VEYSSIERE	
La formation de l'avocat.....	107
et la qualité des décisions de justice.....	107
Michel BENICHOU	
L'administration de la justice et la qualité	116
des décisions de justice	116
Hélène PAULIAT	
L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel.....	132
Guy CARCASSONNE	
La qualité des arrêts de la Cour de cassation	139
Pierre-Yves GAUTIER	
La qualité des décisions du Conseil d'État.	145
Frédéric ROLIN	
Le dialogue des juges, facteur de qualité des décisions	157
de la Cour de justice des Communautés européennes ?.....	157
François HERVOUËT	
La Cour européenne des droits de l'homme.....	166
a-t-elle une philosophie morale ?.....	166
Pascal MBONGO	