

**UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DES SCIENCES  
D'AIX-MARSEILLE  
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE  
D'AIX-MARSEILLE**

**LES PRINCIPES DIRECTEURS DU  
PROCES JUDICIAIRE**

*Etude d'une catégorie juridique*

**THESE**

**pour le Doctorat en Droit**

Présentée et soutenue publiquement par

**M. Etienne VERGES**

**Directeur de la recherche :**

Madame le Professeur Sylvie CIMAMONTI

**Membres du jury :**

Monsieur Jean-Louis BERGEL,  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Monsieur Loïc CADIET  
Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Madame Sylvie CIMAMONTI,  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III,  
Doyen honoraire de la Faculté de droit d'Avignon

Madame Méлина DOUCHY  
Professeur à l'Université de Dijon

Monsieur Patrick MAISTRE DU CHAMBON,  
Professeur à l'université de Grenoble II,  
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Grenoble

Monsieur Emmanuel PUTMAN,  
Professeur à l'université d'Aix-Marseille III

**Décembre 2000**



# Sommaire

<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>3</b>
<b>LISTE DES ABREVIATIONS</b> .....	<b>5</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>9</b>
I) GENESE DE LA CATEGORIE JURIDIQUE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE ....	10
II) DEFINITION DES TERMES DU SUJET .....	18
III) DETERMINATION D'UN <i>CORPUS</i> OBJET DE L'OBSERVATION .....	31
IV) CONFRONTATION DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE AVEC LES NOTIONS VOISINES .....	34
V) DEFINITION DE LA PROBLEMATIQUE.....	65
<b>PREMIERE PARTIE : LA NOTION DE PRINCIPE DIRECTEUR DU PROCES JUDICIAIRE</b> .....	<b>67</b>
TITRE 1 : LES ORIGINES DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE .....	75
<i>Chapitre 1 : Les origines formelles des principes directeurs du procès judiciaire             (la diversité des formes)</i> .....	75
<i>Chapitre 2 : Les origines matérielles des principes directeurs du procès judiciaire             (la diversité des fins)</i> .....	117
TITRE 2 : LES CARACTERES DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE .....	170
<i>Chapitre 1 : Les caractères discutés des principes directeurs du procès judiciaire</i> .....	170
<i>Chapitre 2 : Les caractères adoptés des principes directeurs du procès judiciaire</i> .....	206
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE .....	277
<b>SECONDE PARTIE : L'ACTION DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE</b> .....	<b>283</b>
TITRE 1 : L'ACTION DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE AU SEIN DU SYSTEME NORMATIF PROCESSUEL .....	287
<i>Chapitre 1 : L'action interne : les relations entre principes au sein du système des principes             directeurs du procès judiciaire</i> .....	287
<i>Chapitre 2 : L'action externe : les relations entre les principes directeurs et les autres             normes du droit processuel</i> .....	318
TITRE 2 : L'ACTION DES PRINCIPES DIRECTEURS SUR LE DEROULEMENT DU PROCES JUDICIAIRE .....	386
<i>Chapitre 1 : L'action des principes directeurs du procès judiciaire sur les actes de la             procédure</i> .....	386
<i>Chapitre 2 : L'action des principes directeurs sur les acteurs du procès judiciaire</i> .....	430
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE .....	461
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	<b>465</b>
<b>ANNEXES</b> .....	<b>471</b>
ANNEXE 1 : SCHEMA HIERARCHIQUE GENERAL.....	472
ANNEXE 2 : AUTORITE DISTINCTE DE DEUX NORMES SITUEES SUR UN MEME NIVEAU DANS LA HIERARCHIE ORGANIQUE .....	473
ANNEXE 3 : REPRESENTATION DE LA « THEORIE DES TROIS PLANS » .....	474
ANNEXE 4 : ANALYSE DE LA « THEORIE DES TROIS PLANS » (1).....	475
ANNEXE 5 : ANALYSE DE LA « THEORIE DES TROIS PLANS » (2).....	476
ANNEXE 6 : ESSAI D'UNE REPRESENTATION DU DROIT DANS L'ESPACE .....	477
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>481</b>
I) OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS .....	481

II) OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES, RAPPORTS .....	484
III) ARTICLES, CHRONIQUES, DOCTRINE .....	487
<b>INDEX.....</b>	<b>507</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>517</b>

## Liste des abréviations

ACP .....	Afrique – Caraïbes – Pacifique
Aff.....	Affaire
AJDA.....	Actualité juridique droit administratif
Al. ....	Alinéa
ALD .....	Actualité législative Dalloz
APC .....	Archives de politique criminelle
APD .....	Archives de philosophie du droit
APJ.....	Agent de police judiciaire
Art./art.....	Article/article
Bull. ch. avoués.....	Bulletin de la Chambre des avoués près la Cour d’Appel de Paris
Bull. civ.....	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. ....	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. d'Aix.....	Bulletin des arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence
C. ass.....	Cour d'assises
C. civ.....	Code civil
C. com.....	Code de commerce
C. org. jud. ....	Code de l’organisation judiciaire
C. pén.....	Code pénal
C. pr. civ. ....	Code de procédure civile
C. pr. Pén. ....	Code de procédure pénale
C. trav. ....	Code du travail
C/.....	Contre
CA. ....	Cour d'appel
Cass. ass. plén.....	Cour de cassation (arrêt de l’assemblée plénière)
Cass. Ch. mixte.....	Cour de cassation (chambre mixte)
Cass. Civ.....	Cour de cassation (chambre civile)
Cass. Com.....	Cour de cassation (chambre commerciale)
Cass. Comm. réexamen	Cour de cassation (commission de réexamen des décisions pénales)
Cass. Crim. ....	Cour de cassation (chambre criminelle)
Cass. Req. ....	Cour de cassation (chambre des requêtes)
Cass. sect. réun. ....	Cour de cassation (arrêt de sections réunies)
Cass. Soc.....	Cour de cassation (chambre sociale)
CC.....	Conseil constitutionnel
CE ass .....	Conseil d’Etat (arrêt d’assemblée)
CE .....	Conseil d'Etat
CEDH .....	Cour européenne des droits de l’homme
CESDH .....	Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales
CESDIP .....	Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales
Cf. ....	Confer
Ch. réun.....	Chambres réunies

Ch.....	Chambre
Chron. ....	Chronique
CIJ.....	Cour internationale de justice
CJCE.....	Cour de justice des communautés européennes
CJR .....	Cour de justice de la République
COB .....	Commission des opérations de bourse
Com.....	Commentaire
Commission EDH.....	Commission européenne des droits de l'homme
Concl.....	Conclusions
Contra .....	Contraire
CSM.....	Conseil supérieur de la magistrature
Dalloz.....	Recueil Dalloz
DC.....	Décisions du Conseil constitutionnel concernant la conformité à la Constitution
DDH.....	Déclaration des droits de l'homme
DH.....	Recueil Dalloz hebdomadaire
Doct.....	Doctrine
DP. ....	Recueil Dalloz périodique
DUDH.....	Déclaration universelle des droits de l'homme
Ed.....	Edition
Fasc. ....	Fascicule
FLNC.....	Front de libération nationale de la Corse
F.....	Francs
Gaz. Pal.....	Gazette du Palais
Ibid.....	(Ibidem) Au même endroit
In .....	Dans
Infra.....	Ci-dessous
I.R. ....	Informations rapides
JCP E .....	Juris-classeur périodique, édition entreprise
JCP.....	Juris-classeur périodique, édition générale
JDI.....	Journal du droit international
J.O.....	Journal officiel
JT .....	Journal des tribunaux
Juris.....	Jurisprudence
KGB.....	Komitet Gosudarstvennoy Bezopasnosti (Comité pour la sécurité de l'Etat)
LGDJ.....	Librairie générale de droit et de jurisprudence
M.....	Monsieur
MM. ....	Messieurs
Mme.....	Madame
N°.....	Numéro
NKVD.....	Narodnij Kommissariat Vnutrennykh Del (Commissariat du peuple aux affaires intérieures)
Nouv. C. pr. civ.....	Nouveau Code de procédure civile
Obs.....	Observations
ONU.....	Organisation des Nations Unies
Op. cit. ....	Opere citato (dans l'ouvrage cité)
OPJ.....	Officier de police judiciaire
p. ....	Page
PFRLR.....	Principe fondamental reconnu par les lois de la République
PGD .....	Principe général du droit

PKK .....	Parti des travailleurs du Kurdistan
Préc. ....	Précité
PUAM.....	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF.....	Presses universitaires de France
PUG .....	Presses universitaires de Grenoble
RDP .....	Revue de droit public
RDPC.....	Revue de droit pénal et de criminologie
Rec. CC.....	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. C.E. ....	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Rec. Cons. Const. ....	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rép. Defrénois .....	Répertoire du notariat Defrénois
Requ. ....	Requête
Rev. Arb.....	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. dr. internat. Privé..	Revue critique de droit international privé
Rev. proc. coll.....	Revue des procédures collectives
RFDA.....	Revue française de droit administratif
RFDC.....	Revue française de droit constitutionnel
RGDP.....	Revue générale des procédures
RICPT .....	Revue internationale de criminologie et de police technique
RIDC.....	Revue internationale de droit comparé
RIDP .....	Revue internationale de droit pénal
RPDP .....	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ .....	Revue de la recherche juridique
RSC.....	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTD civ .....	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. ....	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDH .....	Revue trimestrielle des droits de l'homme
Sirey.....	Recueil Sirey
Som. com. ....	Sommaire commenté
Som.....	Sommaire
Suiv.....	Suivants/suivantes
Supra.....	Ci-dessus
t. ....	Tome
TC .....	Tribunal des conflits
TGI.....	Tribunal de grande instance
URSS .....	Union des Républiques Socialistes Soviétiques
Vol. ....	Volume





# Introduction

1. « *La procédure peut et doit être envisagée comme science et comme art. Comme science, elle a pour objet les principes généraux du droit, les règles fondamentales qui sont les assises d'un Code, les bases des dispositions légales et qui fournissent la raison justificative des injonctions de la loi positive. Ces principes constituent l'essence même de la procédure, sa substance intime et profonde. Néanmoins, le législateur les a presque toujours passés sous silence, tout en adoptant leurs conséquences et leurs déductions. Ils se manifestent implicitement dans les textes de la loi écrite, comme certains gisements métalliques se traduisent à l'oeil du géologue par la coloration extérieure du sol.*

*Qui ne s'est pas assimilé ces principes générateurs ne saura jamais la procédure, n'en aura pas pénétré l'esprit, n'en aura pas acquis l'intuition, sa mémoire lui permet-elle de répéter sans broncher les articles d'un Code ou les formules d'un vade mecum. Le praticien qui ne possède pas ces règles fondamentales est fatalement voué à une inintelligente routine, qui le laisse impuissant ou maladroit devant des faits, des hypothèses non expressément visées par le texte légal »<sup>1</sup>.*

En quelques lignes, ce processualiste du 19<sup>ème</sup> siècle avait parfaitement cerné tant la notion que le rôle joué par les principes dans la procédure. Tout était dit et il n'y aurait plus rien à ajouter si, dans le courant du siècle qui s'achève, la problématique des principes directeurs n'avait pris un essor considérable tant d'un point de vue théorique que pratique. Les principes de la procédure ont animé les esprits, suscité les réformes. Aujourd'hui, il est peu de juristes pour négliger leur existence. Pourtant, les contours de ces principes restent à déterminer.

Les principes directeurs du procès judiciaire forment une réalité tangible. Toutefois, si l'on tente de les approcher, de les connaître mieux, ils se révèlent imperméables, presque inaccessibles. Leur étude exige de procéder avec délicatesse. A l'image d'une espèce rare, les principes se dérobent devant celui qui proclame leur nom avec trop de véhémence. A l'image de livres anciens, ils s'effritent dans les mains de celui qui les manipule sans précaution. Les principes directeurs doivent être considérés comme les objets d'une science, celle des juristes. Pour les connaître, il faut examiner leur composition, leurs particularismes, leurs comportements. Cet examen approfondi nécessite au préalable, que l'on définisse un cadre à l'étude. Après avoir mis en évidence la genèse des principes directeurs en doctrine et en droit positif (I), il faudra définir séparément chacun des termes du sujet (II), déterminer précisément l'objet de l'étude à travers un *corpus* de principes (III), puis confronter la notion de principe directeur avec les notions qui lui sont voisines (IV). Il sera alors temps de formuler une problématique (V).

---

<sup>1</sup> BONFILS H. *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, 3<sup>ème</sup> éd. refondue par L. Beauchet, LGDJ, Paris, 1901, préface de la 2<sup>ème</sup> édition, p. VII.

## I) Genèse de la catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire

2. L'administration de la justice connaît depuis de nombreux siècles des principes qui perdurent aujourd'hui encore dans notre procédure<sup>2</sup>. Certains principes tels l'accès au juge (ou *droit au juge*), l'*impartialité de la justice*, ou encore le *contradictoire*<sup>3</sup>, inspirent nombre de règles techniques du procès sous l'empire romain ou encore sous l'ancien régime<sup>4</sup>. Pour autant, l'idée de rassembler ces principes en une catégorie juridique est assez récente. Cette idée est apparue d'abord en procédure civile (1), puis en procédure pénale (2).

### 1) Les principes directeurs du procès civil.

3. La doctrine contemporaine enseigne que l'utilisation du vocable « principe directeur du procès civil » naît pour la première fois dans la doctrine française sous la plume d'Henry VIZIOZ, processualiste bordelais décédé en 1948<sup>5</sup>. L'étude rapide de quelques volumes anciens révèle une maturation lente du concept. Outre le traité d'Henry BONFILS qui, dans sa deuxième édition<sup>6</sup>, fait référence à des « *principes généraux* » de la procédure, on trouve dans le traité élémentaire de procédure civile et commerciale de René JAPIOT une partie intitulée « *principes généraux, utilité, caractères et sanctions des lois de procédure* »<sup>7</sup>. La notion de principe n'est pas conceptualisée mais l'auteur fait allusion au « *principe du recours à la justice* », à celui d'« *égalité devant la loi* », ou encore aux principes de *publicité et d'oralité*. L'expression « principe directeur » est visée pour la première fois dans un ouvrage de procédure civile française en 1932. Il s'agit du traité élémentaire de procédure civile de René MOREL qui, dans sa première édition, comporte un chapitre évoquant les « *principes directeurs de la procédure française* »<sup>8</sup>. L'auteur estime qu'au-delà des divergences entre les juridictions, « *il est néanmoins un certain nombre de principes qui dominent notre procédure française* »<sup>9</sup>. Il désigne alors la direction du procès abandonnée aux mains des parties, le principe du *contradictoire* et le caractère alternativement *oral* ou

---

<sup>2</sup> Sur ce point, GUINCHARD S., BANDRAC M., LAGARDE X., DOUCHY M., *Droit processuel*, Dalloz, Paris, 2001, n°37, p. 41.

<sup>3</sup> Pour une plus grande clarté, nous mentionnons en italique la formule qui désigne chaque principe directeur. Il en sera de même dans le reste de l'étude.

<sup>4</sup> Par exemple, une ordonnance royale de 1302 prescrivait aux magistrats de faire justice « *aux grands et aux petits, et à toutes personnes de quelque condition qu'elles soient sans exception* ». (*ibid*) De même, à Rome, un magistrat de province ne pouvait être propriétaire immobilier ou recevoir des donations afin d'éviter que l'impartialité de ce dernier ne soit mise en cause. (*ibid*, n°38, p. 42).

<sup>5</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1999, n°523, p. 458.

<sup>6</sup> Cf. *supra*, n°1 (citation introductive)

<sup>7</sup> JAPIOT R. *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3<sup>ème</sup> éd., Librairie A. Rousseau, Paris, 1935, pp. 7 et suiv.

<sup>8</sup> MOREL R. *Traité élémentaire de procédure civile*, 1<sup>ère</sup> éd., Sirey, Paris, 1932, pp. 462 et suiv.

<sup>9</sup> Certains auteurs mettent en lumière l'influence de la doctrine allemande. L'expression « principe directeur » serait une « *traduction libre de Grundprinzipien* ». CADIET L. L'avènement du nouveau Code de procédure civile, in, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, Paris, 1998, p. 45. Cet auteur cite en référence une conférence prononcée par le Professeur ROUHETTE au colloque de Passau (11-15 octobre 1989) autour du thème : L'influence en France de la science allemande du procès civil et du Code de procédure civile allemand.

écrit de la procédure. Viennent ensuite les *Etudes de procédure* d'Henry VIZIOZ<sup>10</sup>. Cet auteur parle des « principes directeurs du procès civil » et mentionne très clairement le principe *dispositif*, et celui du *contradictoire*. Les *Etudes de procédure* publiées à titre posthume regroupent des articles, chroniques, notes de jurisprudence et de législation parues de 1939 à 1945.

Conceptualisée dans la première moitié du siècle, la notion de principe directeur va connaître un certain succès à compter des années cinquante. Ce sont les Professeurs CORNU et FOYER qui dans leur manuel de procédure civile vont mettre en lumière l'importance de ces principes<sup>11</sup>. Dès la première édition, les deux juristes soulignent le particularisme de ces règles. « *Nul texte ne les a établies, et tout le monde admet pourtant, l'existence de ces lois qui régissent le mouvement du procès civil, dont les règles de procédure ne sont que des applications. Et comme le mécanisme du procès n'est pas un automatisme aveugle (...) mais une activité volontaire, ces principes directeurs du procès sont, en réalité, des lois pour la volonté de l'homme* »<sup>12</sup>. Les deux principes qui dominent encore les écrits de la doctrine processualiste sont alors cités : celui selon lequel le *procès est la chose des parties* et celui des *droits de la défense*. Dans le même temps, les écrits d'Henri MOTULSKY étaient nettement inspirés par la notion de principes directeurs<sup>13</sup>. L'auteur les nommait explicitement dans son commentaire du décret du 13 octobre 1965<sup>14</sup> et dans son cours de droit processuel<sup>15</sup>, mais évoquait déjà leur présence en 1961 dans un article relatif aux *droits de la défense*<sup>16</sup>.

L'émulation<sup>17</sup> qui va s'opérer entre le Professeur CORNU et Henri MOTULSKY ajoutée au contexte juridique de l'époque, va permettre au concept doctrinal de principe directeur d'accéder au rang de norme du droit positif. Avec l'idée d'une fusion des professions d'avocat et d'avoué, naît la nécessité de réformer en profondeur le Code de procédure civile de 1806. En 1969, est instituée une commission de réforme sous la présidence du Professeur FOYER. Dans cette commission, siègent les deux promoteurs des principes directeurs. Ils vont alors transformer leur doctrine en droit positif. Dès 1971, un premier décret institue « *de nouvelles règles de procédure destinées à constituer partie d'un*

---

<sup>10</sup> VIZIOZ H. *Etudes de procédure*, éditions Bière, Bordeaux, 1956, pp. 441 et suiv.

<sup>11</sup> CORNU G., FOYER J. *Procédure civile*, PUF, Paris, 1958, pp. 364 et suiv.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> « *Les principes directeurs du procès civil sont l'âme des écrits d'Henri Motulsky* » écrivait-on récemment. BOLARD G. Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky, *JCP* 1993, I, 3693.

<sup>14</sup> MOTULSKY H. La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, *JCP* 1966, I, 1996.

<sup>15</sup> MOTULSKY H. *Droit processuel*, Monchrestien, Paris, 1973. Cours recueilli et mis en corrélation avec la réforme de la procédure civile par Mme CAPEL.

<sup>16</sup> MOTULSKY H. Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges Roubier*, Dalloz – Sirey, Paris, 1961, t2, p. 175 ; *Ecrits*, t1, Dalloz, Paris, 1973, p. 60.

<sup>17</sup> Le terme est peut être faible pour décrire la relation qu'entretenaient les deux juristes. Dans un hommage posthume, le Professeur CORNU évoquait ainsi la mémoire d'Henri MOTULSKY : « *Maître et ami, science et douceur, Henri MOTULSKY vivra dans la mémoire de ses étudiants, de ses disciples, de ses assistants, de ses collègues, de ses compagnons de labeur. Même au-delà, la mort – qui n'atteint pas la lumière – pourrait-elle dérober à son œuvre l'hommage de ceux qui viendront ?* Texte paru en tête du dernier article publié d'Henri MOTULSKY : Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *Dalloz* 1972, chron., p. 91.

nouveau Code de procédure civile »<sup>18</sup>. Ce texte comporte une première partie intitulée « dispositions liminaires » composée de vingt et un articles relatifs à l'instance, l'objet du litige, les faits, les preuves, le droit, la contradiction, la défense, les débats et l'obligation de réserve. Plusieurs textes vont faire suite à celui de 1971 et tous seront regroupés dans un décret de codification en date du 5 décembre 1975 « instituant un nouveau Code de procédure civile »<sup>19</sup>. Le premier chapitre du nouveau Code est expressément intitulé « les principes directeurs du procès ». Il comporte désormais vingt-quatre articles. Cinq autres dispositions ont été ajoutées aux « dispositions liminaires » dans un second chapitre. Elles concernent les règles propres à la matière gracieuse.

Le premier titre du nouveau Code relatif aux dispositions liminaires reçoit un écho favorable dans la doctrine de l'époque. « Sa rédaction tout à la fois limpide, concise, et d'une richesse étonnante, due principalement à la plume du professeur Cornu, est le fruit de sa collaboration la plus étroite avec le professeur Motulsky » a-t-on écrit à ce propos<sup>20</sup>. De même, les principes directeurs ont servi à de nombreuses reprises à opérer des choix lorsque la commission de réforme s'est trouvée face à des thèses opposées.

L'œuvre confondue des deux auteurs, consacrée dans le nouveau Code de procédure civile, a fait école. Si, dans les premières années qui suivirent l'entrée en vigueur de ce texte, certains manuels ignoraient encore les principes<sup>21</sup>, il faut remarquer qu'aucun processualiste ne tente aujourd'hui de remettre en cause ces normes dont l'existence a été formellement reconnue par le droit positif<sup>22</sup> et ce d'autant que la catégorie des principes directeurs a fait son apparition en procédure pénale.

## **2) Les principes directeurs du procès pénal.**

4. En procédure pénale, le cheminement vers la reconnaissance de principes procéduraux a été sensiblement différent. On peut schématiser cette évolution en deux périodes.

La première période est antérieure à 1990 et aux rapports de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme » présidée par le Professeur DELMAS-MARTY. Jusqu'à cette époque, on trouve peu de références doctrinales à des principes de procédure formant un corps de règles à part entière<sup>23</sup>. Les professeurs BOUZAT et PINATEL, dans leur traité de

---

<sup>18</sup> Décret 71-740 du 9 septembre 1971, *J.O.*, 11 septembre 1971, p. 9072.

<sup>19</sup> Notamment sur l'aspect historique de la réforme, PARODI C. *L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile*, Defrénois, Paris, 1976, n°5 et suiv.

<sup>20</sup> *Ibid*, n°26. Certains commentaires des dispositions liminaires furent plus ambivalents. Ainsi, M. BERTIN exposait avec ironie à propos des principes directeurs que « le travail consiste à avoir réuni et condensé en formules lapidaires, pour l'édification des futurs étudiants en droit, la satisfaction des juristes et la joie des puristes, les immortels principes de la procédure qui résultaient plus ou moins de textes épars, de la jurisprudence, et de la sagesse des nations ». BERTIN PH, Le décret du 9 septembre 1971 portant réforme partielle de la procédure civile, *Gaz. Pal.* 1971, 2, doct, p. 551.

<sup>21</sup> Par exemple, CATALA P., TERRE F. *Procédure civile et voies d'exécution*, PUF, Paris, 1976.

<sup>22</sup> En doctrine la réception des principes directeurs a dépassé le cadre de la procédure civile. On trouve aujourd'hui des développements consacrés aux principes directeurs dans des manuels de droit processuel économique. Cf. par exemple, PUTMAN E. *Contentieux économique*, PUF, Paris, 1998, pp. 287-369. Dans son manuel, le Professeur PUTMAN distingue les principes directeurs de l'action, de la procédure et de l'exécution.

<sup>23</sup> Cf. cependant la thèse de Christos BAKAS sur les « principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie » qui énumère et étudie séparément un ensemble de principes de procédure pénale. L'auteur distingue les principes communs à l'instruction et à l'audience et ceux

droit pénal et de criminologie, mentionnent deux « *grands principes* »<sup>24</sup> : celui de l'*unité de la justice civile et de la justice pénale* et celui de la *collégialité des juridictions*. Par ailleurs, sans utiliser le terme de « principe », les deux auteurs font allusion à des « *caractères généraux de l'instruction définitive* »<sup>25</sup> parmi lesquels on compte la *publicité de l'audience*, l'*oralité* et la *contradiction*<sup>26</sup>. Les Professeurs MERLE et VITU ne consacrent, de leur côté, aucun chapitre de leur traité à l'étude de principes procéduraux<sup>27</sup>. En revanche, étant amenés à comparer le rôle des parties dans les procès civil et pénal, les auteurs évoquent le principe d'*autorité* ou d'*initiative officielle*, et celui d'*indisponibilité du procès pénal*. L'expression « principe directeur » apparaît pourtant de façon aléatoire dans la doctrine pénale. A propos des règles qui régissent le droit de la preuve, le Professeur BOUZAT explique que les textes du droit pénal « *posent quelques principes directeurs mais ne se prononcent nullement sur la loyauté de telle ou telle méthode d'investigation* »<sup>28</sup>. Le pénaliste fait allusion au principe de *légalité de la preuve* ainsi qu'à celui de *liberté de la preuve*. Il évoque encore, sans les qualifier de principe<sup>29</sup>, l'*indépendance de la magistrature* ou l'article 66 de la Constitution selon lequel l'*autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles*. Dans le même temps, il vise l'article 310 al 1 du Code de procédure pénale selon lequel le président de la Cour d'assises doit, dans la recherche de la vérité, s'en tenir à son « *honneur et à sa conscience* ». La référence à des principes directeurs ne révèle pas encore une catégorie autonome et uniforme.

Le droit positif ne contribue pas à la construction d'une telle catégorie. Le Code de procédure pénale entré en vigueur en 1958 ne comporte pas une partie spéciale consacrée aux principes de procédure. Le titre préliminaire relatif aux actions publique et civile ne révèle aucune différence de nature, ni de contenu avec le reste de l'œuvre. C'est en jurisprudence que l'on va trouver des références éparées aux principes. Malgré les réticences de la doctrine légaliste<sup>30</sup>, la Cour de cassation se réfère à plusieurs reprises à des principes juridiques dans ses arrêts. Elle le fait d'abord implicitement en 1952. La Cour annule alors une procédure d'écoute opérée dans le cadre d'une instruction en affirmant que « *l'opération (...) a pour but et pour résultat d'éluder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ou son délégué ne saurait méconnaître sans compromettre les droits de la défense* »<sup>31</sup>. La juridiction suprême juxtapose dans son attendu des « *règles légales* » et des

---

propres à chacune de ces phases de la procédure. On y retrouve la *présomption d'innocence*, l'*intime conviction*, la *défense*, le débat *contradictoire*, l'*oralité*, la *publicité*, et le pouvoir discrétionnaire du président de la Cour d'assises. BAKAS CH. *Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie*, thèse, Paris 2, 1982.

<sup>24</sup> BOUZAT P., PINATEL J. *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 2, Dalloz, Paris, 1963, p. 865.

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 1034.

<sup>26</sup> Dans les développements, ces deux derniers caractères sont individuellement qualifiés de « *principe général* ». *Ibid*, pp. 1037 et 1038.

<sup>27</sup> MERLE R., VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale*, t. 2, 4<sup>ème</sup> éd., 1989, n°4 et suiv., pp. 16 et suiv.

<sup>28</sup> BOUZAT P. La loyauté dans la recherche de la preuve, *Mélanges Huguency*, Sirey, Paris, 1964, p. 155.

<sup>29</sup> Cette qualification semble sous-jacente dans le texte.

<sup>30</sup> PUECH M. Les principes généraux du droit (aspect pénal), *Journées de la société de législation comparée 1980*, vol. 2, p. 337. L'auteur explique que « *dans le régime légaliste qui est celui de la France depuis 1789 (...), il est tenu pour acquis par une doctrine unanime que les principes généraux du droit ne peuvent jouer aucun rôle dans la création du droit criminel* ». Il est effectivement convenu que le principe de la *légalité criminelle*, initialement prévu en droit substantiel, s'étend au domaine du droit processuel. Cette opinion est corroborée par la répartition de compétence opérée dans les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958.

<sup>31</sup> Cass. crim. 12 juin 1952, *JCP 1952*, II, 7241, note BROUCHOT J.

« règles générales de procédure ». En ce sens, elle manifeste l'expression de son pouvoir normatif utilisé en l'espèce autour d'un corps de règles autonomes mal défini. Dans d'autres arrêts, la Cour est plus claire. En 1983, elle décide qu'« *il se déduit des dispositions de l'article 199 du Code de procédure pénale et des principes généraux du droit que, devant la chambre d'accusation, l'inculpé doit avoir la parole en dernier* »<sup>32</sup>. La méthode de juxtaposition est similaire à celle employée en 1952 mais cette fois, le corps de règles est désigné sous le nom de « *principes généraux du droit* ». Dans d'autres arrêts, la Cour de cassation a eu l'occasion d'être plus précise en visant un principe en particulier. En 1980, elle ouvre la voie d'appel contre une ordonnance du juge d'instruction « *tant en vertu de cette disposition spéciale*<sup>33</sup> *que du principe général du double degré de juridiction* »<sup>34</sup>. Pourtant, il faut admettre que la jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas suffi, à l'instar de celle du Conseil d'Etat, à bâtir un ensemble de règles processuelles homogène. Durant cette période, les principes de procédure pénale sont demeurés à l'état embryonnaire et se sont manifestés de façon désordonnée tant en doctrine qu'en jurisprudence.

La seconde période débute avec les rapports DELMAS-MARTY sur la mise en état des affaires pénales remis au Garde des sceaux en 1989 et 1990 en vue de réformer la procédure<sup>35</sup>. Le groupe, composé d'universitaires, de magistrats, d'avocats et de fonctionnaires du ministère de la justice, a travaillé selon une méthode qui consistait à déterminer les problèmes essentiels de la phase préparatoire du procès pénal, comparer les systèmes en présence, dégager des principes fondamentaux et enfin proposer des structures d'ensemble et des règles techniques de procédure. L'originalité de cette méthode résidait dans le fait que les règles procédurales n'étaient pas envisagées de façon autonome, mais comme découlant de principes. Le rapport explique que le droit privé, par tradition, n'utilise pas fréquemment les principes généraux du droit. Il constate cependant que « *les conceptions ont évolué depuis le Code de procédure pénale de 1958* »<sup>36</sup>. Ces changements sont dus à l'adoption de « *principes directeurs du procès* » dans le nouveau Code de procédure civile et à la ratification par la France de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Commission observe encore que la Cour de cassation utilise les principes généraux du droit dans ses arrêts ou que certains d'entre eux sont présents dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le rapport DELMAS-MARTY va définir dix principes fondamentaux destinés à garantir la prééminence du droit, la protection des personnes et la qualité du procès<sup>37</sup>. Plus qu'une simple énumération, le travail de la Commission autour des principes est une véritable conceptualisation. Le rapport explique que « *ces principes sont présentés (...) de manière à montrer tout à la fois les contraintes qui en résultent, les solutions qu'ils suggèrent et les choix qu'ils laissent ouverts. Ils doivent être au cœur de toute réforme de la procédure pénale, car ils sont l'expression des limites que l'Etat de droit s'impose dans l'exercice de son pouvoir de coercition* »<sup>38</sup>. « *La commission (...) estime non seulement utile, mais aussi nécessaire, d'inscrire les dix*

<sup>32</sup> Cass. crim. 28 septembre 1983, *Bull. crim.*, p. 593.

<sup>33</sup> En l'espèce, l'article L 480-2 C. urb.

<sup>34</sup> Cass. crim. 10 janvier 1980, *Dalloz 1981*, juris., p. 96, note CHAMBON P.

<sup>35</sup> *La mise en état des affaires pénales, rapports*, La documentation française, Paris, 1991. Le rapport préliminaire fut déposé en novembre 1989. Le rapport définitif fut remis en juin 1990.

<sup>36</sup> *Ibid*, p. 69.

<sup>37</sup> Il s'agit des principes de *légalité*, d'*égalité entre les justiciables*, de la *garantie judiciaire*, de la *dignité de la personne humaine*, de la *protection des victimes*, de la *présomption d'innocence de l'accusé*, du *respect des droits de la défense*, de l'*équilibre entre les parties*, de la *proportionnalité*, et de la *célérité de la procédure*.

<sup>38</sup> *La mise en état des affaires pénales, rapports, op. cit.*, pp. 70-71.

*principes fondamentaux en tête du Code de procédure pénale. Elle tient à rappeler qu'elle y voit, d'abord, l'avantage de rendre plus visibles à tous, aux justiciables comme aux professionnels du droit, les lignes force d'une procédure pénale dont les règles techniques ne sont que le reflet plus ou moins intelligible. L'avantage est aussi, d'un point de vue juridique, de permettre un allègement des formalités de procédure, une clarification du régime des nullités et d'inciter à une démarche plus déontologique que formaliste en définissant l'esprit de notre procédure pénale »<sup>39</sup>.*

Près d'un siècle après le Traité de procédure civile d'Henry BONFILS, la doctrine pénaliste a pris conscience du rôle fondamental joué par les principes dans le droit processuel. Elle va même se montrer plus ambitieuse. Pour la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », les principes procéduraux constituent non seulement le socle de la procédure pénale interne, mais sont aussi susceptibles de s'émanciper pour former le fonds commun d'un système de procédure pénale à l'échelle européenne<sup>40</sup>. Le résultat n'a pas été immédiatement à la hauteur des prétentions affichées. Les lois des 4 janvier et 24 août 1993 qui font suite au rapport DELMAS-MARTY<sup>41</sup> ne reprennent qu'un seul principe : celui de la *présomption d'innocence*. Ce dernier, conçu comme un droit de la personnalité, est intégré dans le Code civil à l'article 9-1. En revanche, la doctrine pénaliste s'est largement emparée de la notion. Bien que le rapport de la commission parle de « *principes fondamentaux* », les auteurs font dans leur ensemble le rapprochement entre les principes directeurs du procès civil et ceux du procès pénal. Les plus sceptiques estiment que « *l'utilité de tels principes n'est pas évidente* »<sup>42</sup> tout en parlant de « *principes essentiels de la procédure pénale* »<sup>43</sup>. D'autres auteurs distinguent les « *principes généraux* » relatifs à l'organisation et au rôle des juridictions pénales<sup>44</sup> et les « *principes directeurs de l'instance pénale* » qui représentent des « *idées générales guidant son cours* »<sup>45</sup>. De plus en plus fréquemment, les universitaires réservent dans leurs ouvrages, une partie spécialement destinée à l'étude des principes directeurs. Les premières approches consistent à viser quelques grands principes incontournables<sup>46</sup>. Progressivement, un corps de principes fait surface et semble devoir être considéré comme un ensemble formant un tout cohérent mais dont la fonctionnalité est encore mal définie<sup>47</sup>.

<sup>39</sup> *Ibid*, p. 111-112

<sup>40</sup> *Ibid*, p. 112.

<sup>41</sup> Loi n°93-2 du 4 janvier 1993, *J.O.*, 5 janvier 1993, p. 215 ; loi n°95-125, du 24 août 1993, *J.O.*, 25 août 1993, p. 11991.

<sup>42</sup> STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B. *Procédure pénale*, 17<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2000, n°101, p 85.

<sup>43</sup> *Ibid*, p. 87.

<sup>44</sup> On y trouve l'*indépendance des juridictions*, le *professionnalisme des juges*, l'*absence de spécialisation des magistrats* ou encore la *collégialité*.

<sup>45</sup> PRADEL J. *Procédure pénale*, 9<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1997, n°19, p. 42, et n°262, p. 296. L'auteur ne définit pas chaque principe directeur mais il exprime l'idée selon laquelle ces derniers forment un ensemble construit autour d'un équilibre entre l'*écrit* et l'*oral*, le *secret* et la *publicité*...

<sup>46</sup> CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P. *Procédure pénale*, 3<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, Paris, 2000, n°32 et suiv., pp. 17 et suiv. Les auteurs envisagent les principes de la *présomption d'innocence*, de l'*unité des justices civile et pénale* et de la *séparation des autorités de poursuite et de jugement*.

<sup>47</sup> BUISSON J., GUINCHARD S. *Procédure pénale*, Litec, Paris, 2000, n°289 et suiv., pp. 189 et suiv. Dans cet ouvrage, sont étudiés ensemble, plus d'une quinzaine de principes directeurs de la procédure pénale du *droit au juge au droit à l'exécution de la décision*.

Le succès du rapport DELMAS-MARTY a donc d'abord été un succès doctrinal. Négligé dans un premier temps par le législateur, l'œuvre de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme » s'est imposée en théorie comme une avancée majeure de la procédure pénale. La référence à des principes directeurs du procès pénal se révèle être un vecteur indispensable du rapprochement des contentieux judiciaires. Si la Commission ambitionnait un épanouissement international pour les principes, on assiste en réalité à une réunion des deux procédures autour de principes communs<sup>48</sup>. Le législateur a fini par prendre conscience de cette réalité et, sous l'impulsion du Garde des sceaux, a intégré à l'occasion de la loi du 15 juin 2000<sup>49</sup> un article préliminaire au Code de procédure pénale. Cet article énonce de façon quelque peu arbitraire et désordonnée, un certain nombre de principes. Il est ainsi rédigé :

*« Article préliminaire :*

*I) La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.*

*Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.*

*Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.*

*II) L'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale.*

*III) Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.*

*Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur.*

*Les mesures de contrainte dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.*

*Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.*

*Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction. »*

On peut porter un regard critique sur cette lente évolution croisée entre procédures civile et pénale, entre doctrine et droit positif. En effet, si le sens général tend à l'émanation

---

<sup>48</sup> On doit constater par ailleurs le succès des principes directeurs à l'extérieur de nos frontières. Le Professeur TULKENS intervenant dans un colloque de procédure pénale a exprimé l'idée selon laquelle l'opposition des modèles accusatoire et inquisitoire apparaît dépassée. Il faut en revanche « dégager des principes directeurs du procès pénal qui permettraient de dépasser ces deux modèles ». Propos retranscrits par CHOPIN F. Compte rendu des tables rondes du colloque : Accusatoire – Inquisitoire, un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP 1997, p. 199.

<sup>49</sup> LE GUNEHEC F. Aperçu rapide de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Première partie : dispositions communes à l'enquête et à l'instruction, JCP 2000, actualité, p. 1223 ; Deuxième partie : dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction, JCP 2000, actualité, p. 1299 ; Troisième partie : dispositions concernant la phase de jugement, JCP 2000, actualité, p. 1351 ; Quatrième partie et dernière partie : dispositions concernant l'application des peines et l'après-jugement, JCP 2000, actualité, p. 1407. PRADEL J. Encore une tornade sur la procédure pénale, Dalloz 2000, n°26, point de vue, p. V.



progressive d'une catégorie de principes directeurs, il faut admettre que ce phénomène n'est pas dénué de zones d'ombres.

**5. Les principes directeurs forment un ensemble difficile à appréhender.** L'article préliminaire du Code de procédure pénale représente à lui seul une petite révolution dans la théorie des principes directeurs. Il constitue la première tentative de regrouper dans un même texte, des règles qui contiennent un caractère tout à la fois conceptuel, général et fondamental. Dans le nouveau Code de procédure civile, la plupart des articles qui composent le titre préliminaire ne forment qu'une suite de règles qu'il est difficile de distinguer des autres dispositions. A l'inverse, l'article préliminaire du Code de procédure pénale est une véritable construction positive autour de principes émanant de la tradition française, du droit européen, de l'œuvre doctrinale et jurisprudentielle. On y trouve la *séparation des fonctions*, la *présomption d'innocence*, la *garantie des droits des victimes*, la *dignité de la personne*, le *délai raisonnable*, ou encore le *droit au recours*. Malgré l'ampleur du travail doctrinal qui a précédé la rédaction du nouveau Code de procédure civile, l'objectif visé semble avoir été moins ambitieux. Henri MOTULSKY, dans son commentaire du décret de 1971, notait que les termes de « *partie générale* » ou de « *principes généraux* » avaient été volontairement omis<sup>50</sup>. L'éminent processualiste expliquait qu'« *il est (...) malaisé d'aller, dans un texte législatif ou réglementaire, au-delà de prescriptions que seule la pensée doctrinale peut regrouper en une construction intellectuelle* »<sup>51</sup>. Selon cet auteur, les principes seraient de pures constructions intellectuelles. Le Code ne devrait receler que des règles précises et techniques. Ce n'est qu'à travers l'enchaînement des différents thèmes processuels<sup>52</sup>, qu'il faudrait « *déceler le jeu de ces principes* »<sup>53</sup>. Cette réflexion n'est pas l'exact reflet de la réalité.

On trouve dans les dispositions liminaires du nouveau Code l'énoncé de véritables principes. Tel est le cas de l'article 9 selon lequel « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Intrinsèquement, cette disposition contient, dans son intégralité, l'énoncé d'un principe relatif à la charge de la preuve. A l'inverse, certains principes résultent de l'appréhension conjointe de plusieurs dispositions. Le principe de la *contradiction* se compose de quatre articles distincts<sup>54</sup>, chacun ne représentant qu'un aspect du principe. Certaines dispositions liminaires sont simplement techniques et très indirectement rattachées à un principe directeur. Pour illustration, on peut citer l'article 23 selon lequel « *le juge n'est pas tenu de recourir à un interprète lorsqu'il connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties* ». Les vingt-quatre premiers articles du nouveau Code forment donc un ensemble disparate dans lequel ne se trouvent pas uniquement des principes directeurs. Il faut encore remarquer que certains principes sont présents dans le Code, mais ne figurent pas dans les dispositions liminaires. On peut citer l'article 455 en vertu duquel « *le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens ; il doit être motivé* ». Le principe de la *motivation des décisions de justice* ne figure pas en tête du Code mais dans le corps du texte. S'il est

---

<sup>50</sup> MOTULSKY H. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *Dalloz* 1972, chron., p. 91. Le décret du 9 septembre 1971 ne comporte pas de référence aux principes mais cette mention est présente dans le Code.

<sup>51</sup> *Ibid*, n°7, p. 93.

<sup>52</sup> L'instance, l'objet du litige, les faits, les preuves...

<sup>53</sup> L'auteur fait remarquer que « *l'empirisme a donc été favorisé au détriment de la systématisation* ». *Ibid*, n°9.

<sup>54</sup> Articles 14 à 17 nouv.C.pr.civ.

pourtant un principe qui relève de l'office du juge, c'est bien celui de la *motivation*. L'adéquation entre les dispositions liminaires et les principes textuels n'est donc pas parfaite.

Malgré l'expérience acquise, l'article préliminaire du Code de procédure pénale adopté un quart de siècle plus tard présente certaines de ces faiblesses. Dans le premier article du Code de procédure pénale, on trouve un peu de tout et presque rien. Ce texte est conçu en trois parties sans que l'on ne perçoive réellement la cohérence de cette division. La première partie est un renvoi incomplet aux principes européens. La procédure doit être *équitable*, respecter le *contradictoire*, l'*équilibre entre les parties* et la *séparation des fonctions de poursuite et de jugement*. L'*égalité des justiciables* doit être garantie. Pourquoi avoir choisi ces cinq principes et en avoir omis d'autres ? Auraient pu figurer ici les principes d'*impartialité*<sup>55</sup>, ou encore de *séparation de fonctions d'instruction et de jugement*. La deuxième partie comporte un principe unique, seule réelle innovation du droit positif : la reconnaissance des *droits des victimes*. La troisième partie est une accumulation de principes et règles divers relatifs aux droits de la personne poursuivie. On y trouve dans le désordre la *présomption d'innocence*, qui figure déjà dans le Code civil, la *dignité de la personne*, le *droit au recours*. On s'étonnera de voir un principe aussi essentiel que celui des *droits de la défense* négligé dans cet article préliminaire.

Sans poursuivre dans une appréciation critique du droit contemporain, il est possible d'en tirer quelques conséquences. La progression difficile des principes directeurs vers une reconnaissance doctrinale puis positive, ajoutée aux imperfections manifestes du droit existant semble marquer dès à présent l'imprécision du concept de « principe directeur du procès judiciaire ». Un auteur contemporain remarque que « *par prudence, modestie, et sans doute par manque de temps, Henri Motulsky n'a pas vraiment défini la notion de "principe de procédure" ou de "principe directeur du procès ou de l'instance" »*<sup>56</sup>. L'auteur va plus loin : il reconnaît que « *depuis, la doctrine fut encore plus discrète et l'on ne connaît pas d'étude d'ensemble des principes de procédure* ». D'autres constatent en matière pénale que malgré le consensus autour de « *l'idée de principes directeurs* », la doctrine pénale reste divisée quant au nombre de ces principes<sup>57</sup>. Il faut alors reprendre la réflexion à son origine et tenter de donner une signification aux termes utilisés.

## II) Définition des termes du sujet

6. La profusion des écrits, la présence dans le droit positif, sont autant d'indices qui suggèrent l'existence d'une catégorie juridique de principes directeurs du procès judiciaire. Si l'on souhaite d'emblée cerner la matière de cette étude, il est indispensable de définir un à un les termes de cette proposition.

---

<sup>55</sup> Une référence à l'*impartialité* du magistrat instructeur a pourtant été faite dans l'article 2 de la loi du 15 juin 2000 qui modifie l'article 81 al 1 du Code de procédure pénale. Il y est précisé que le juge d'instruction « *instruit à charge et à décharge* ».

<sup>56</sup> BOLARD G. Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky, *JCP* 1993, I, 3693.

<sup>57</sup> BUISSON J., GUINCHARD S. *Procédure pénale*, op. cit., n°289, p. 189.

## 1) Le principe

7. Sans qu'il soit nécessaire de reprendre les études déjà complètes sur l'évolution historique de la signification du terme « principe »<sup>58</sup>, il est néanmoins utile de rechercher dans l'étymologie un premier éclaircissement. Le terme de principe provient du latin *principium* dont le sens est « commencement ». C'est autour de cette notion de « commencement » que la doctrine juridique va tenter d'approcher celle de « principe », soit par le biais de définitions imprécises, soit en visant une pluralité d'objets.

8. **Significations approximatives**<sup>59</sup>. De nombreux auteurs ont fait allusion aux principes juridiques ; leurs ont même consacré des développements importants sans toutefois tenter de les définir conceptuellement<sup>60</sup>. D'autres ont plus radicalement fait montre d'une réticence certaine envers les principes<sup>61</sup>. La première approche globale du concept est celle de Jean BOULANGER<sup>62</sup>. Ce dernier met en avant l'aspect doctrinal du terme. Le mot « principe » « est choisi pour annoncer un effort doctrinal de synthèse » il désigne « l'exposé de l'ensemble des règles qui composent le droit positif (...). Il traduit un effort de construction ». D'un autre côté, l'auteur remarque que le langage des juristes utilise le terme de règles juridiques et parallèlement celui de principes. Dès lors, les principes « constituent, en tant que tels, des éléments de l'ordre juridique positif ». Enfin, « il existe entre un principe et une règle juridique, non seulement une inégalité d'importance, mais une différence de nature ». Les bases de l'identification sont posées. Les principes peuvent être mis en avant

---

<sup>58</sup> Pour certains, le terme est employé dès les 9<sup>ème</sup>-10<sup>ème</sup> siècles, mais connaît un épanouissement définitif vers la fin du 19<sup>ème</sup> siècle. TURLAN J.M Principe. Jalons pour l'histoire d'un mot, in *La responsabilité à travers les âges*, Economica, Paris, 1989, p. 115, cité par MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, n°2, p. 4. Pour d'autres, le vocable de « principe » apparaît au 14<sup>ème</sup> siècle sous la plume d'ORESME, philosophe et économiste normand. RODIERE R. Les principes généraux du droit privé français, *Journées de la société de législation comparée 1980*, vol. 2, p. 309. En ce qui concerne la doctrine juridique, on trouve chez BECCARIA une référence générale aux principes. Ce dernier affirme dans l'introduction de son œuvre majeure « il s'est trouvé bien peu de gens pour envisager et combattre la cruauté des châtiments et l'irrégularité des procédures criminelles, cette partie si essentielle de la législation, et si négligée dans presque toute l'Europe ; il s'en est trouvé bien peu pour détruire, en remontant aux principes généraux, les erreurs accumulées depuis plusieurs siècles ». BECCARIA, *Des délits et des peines*, Librairie Droz, Genève, 1965, p. 8.

<sup>59</sup> Le terme « approximatif » n'exprime pas ici l'idée d'inexactitude. Le concept de principe juridique est délicat à approcher. Les juristes qui se sont livrés à cet exercice l'ont fait avec le sens de la mesure. Pour cette raison, on ne trouve pas à l'heure actuelle de définition unique et précise du « principe » mais des approches successives et des éclairages différents. Dans cet état d'esprit, René JAPIOT écrivait dans sa thèse que les principes « empruntent une partie de leur majesté au mystère qui les entoure ». JAPIOT R. *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Dijon, 1909, p. 302, cité par BOULANGER J. Principes généraux du droit et droit positif, *Mélanges Ripert*, t. 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 51. Pour une vue d'ensemble de la doctrine civiliste, RODIERE R. Les principes généraux du droit privé français, *op. cit.*.

<sup>60</sup> Par exemple, George RIPERT constate l'existence indéniable des principes dans l'ordre juridique. « Les principes juridiques sont invoqués par les tribunaux lorsque ne découvrant pas de loi applicable ils ont besoin de justifier une solution pour qu'elle ne paraisse pas arbitraire. L'appel aux principes ne joue alors qu'à titre supplétif. Il n'empêche qu'il prouve par lui-même que les principes existent ». L'auteur des *forces créatrices du droit* contourne pourtant l'exercice de définition. RIPERT G. *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ 1955, p. 325.

<sup>61</sup> L'opinion de René RODIERE est à cet égard, démonstrative : « En bref, selon moi, la catégorie des "principes généraux" n'existe pas en droit privé (...). C'est une catégorie vaine et prétentieuse. Que si l'on veut signifier par là que la Raison, la Justice, l'Équité, le Bon Sens doivent nous guider, on n'ajoute rien aux commandements de l'esprit ». RODIERE R. Les principes généraux du droit privé français, *op. cit.*, p. 317.

<sup>62</sup> *Ibid*, pp. 52 et suiv.

dans l'ordre juridique positif car ils se distinguent des autres règles du droit. Le droit est donc composé de règles et de principes. L'initiateur de cette théorie conclut ainsi : « *Propositions directrices, les principes règnent sur le droit positif ; ils en dirigent le développement. Les règles juridiques sont des applications des principes, à moins que, sous l'empire de considérations relatives à des situations particulières, elles n'apportent des exceptions* ».

L'identification des principes passe par la comparaison. Il faut trouver des caractères qui permettent de distinguer les principes des éléments qui les entourent et un qualificatif qui marque cette différence. Les principes juridiques deviennent des « principes généraux du droit ». Selon Henri BUCH, les principes généraux du droit constituent des généralisations de normes juridiques. Ils se distinguent alors de ces normes « *comme toute généralisation se distingue des phénomènes qui en font l'objet* »<sup>63</sup>. Une philosophe du droit distingue à son tour les « *principes directeurs du droit* » et les « *principes fondateurs du droit* »<sup>64</sup>. Les principes juridiques font partie de la première catégorie. Ils « *dirigent chaque secteur du droit positif et rendent possible la convergence de la pluralité de ses manifestations* ». Ces principes « *font de chaque secteur de la vie juridique un ensemble organique, et non la simple juxtaposition d'énoncés de décisions et d'actes* »<sup>65</sup>.

Ces propos trouvent un écho chez DWORKIN. Pour le théoricien anglo-saxon, le droit est constitué de principes et de règles<sup>66</sup>. Les principes jouent un rôle particulier dans l'interprétation des règles. Ils se situent quelque part entre les normes juridiques et la morale. L'auteur nomme principe « *un standard qu'il faut appliquer, non par ce qu'il assurera la survenue ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais par ce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité, ou quelque autre dimension de la morale* »<sup>67</sup>. Les principes sont inclus dans la catégorie des standards avec ce que l'auteur américain appelle les « *politiques* ». Ce regroupement conduit un publiciste à distinguer les « *principes au sens strict* » des « *principes au sens large* » selon qu'on y inclut ou non les « *politiques* »<sup>68</sup>.

Cette ambivalence tend à montrer que les principes juridiques occupent une place originale dans le système du droit. Ils sont au commencement de cet ordre et, en conséquence, à la charnière entre le juridique et les fondements du juridique.

**9. Définitions multiples.** En droit public, les principes juridiques ont connu un succès rapide avec la consécration positive qui leur fut accordée par le Conseil d'Etat<sup>69</sup>. La

<sup>63</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p. 55.

<sup>64</sup> GOYARD-FABRE S. *Essai critique phénoménologique du droit*, librairie Klincksieck, Paris, 1972, pp. 285 et suiv.

<sup>65</sup> *Ibid*, p. 286.

<sup>66</sup> MICHAUT F. Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin, *Droits* 1990, n°11, p. 107.

<sup>67</sup> Cité par BEAUD O. Pour une autre lecture de Ronald Dworkin, théoricien de la pratique juridique à propos de « prendre le droit au sérieux », *Droits* 1997, n°25, p. 135.

<sup>68</sup> MODERNE F. Légitimité des principes généraux et théorie du droit, *RFDA* 1999, p. 722.

<sup>69</sup> Les principes généraux du droit sont formalisés par la juridiction administrative à partir de 1945. C.E. Ass. 26 octobre 1945 *Aramu*, *Sirey* 1946, 3, p. 1, conclusions ODENT R ; *Dalloz* 1946, juris, p. 158, note MORANGE. Ils vont donner lieu à une abondante jurisprudence et à une non moins abondante somme de commentaires doctrinaux. Les arrêts visant expressément un principe apparaissent dans la jurisprudence de la Cour de cassation à la même époque. Cass. com. 20 avril 1948, *Dalloz Périodique* 1948, 1, p. 375, *Sirey* 1948, 1, p. 129. Étrangement, ce phénomène n'a pas provoqué le même engouement dans la doctrine privatiste. Sur ce point, MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999., pp. 84 et suiv.

prolifération des principes a engendré une certaine confusion<sup>70</sup> renforcée par la présence de principes en jurisprudence et dans les textes, dans le droit et en dehors du droit. Il en résulte une pluralité de sens pour un même terme.

Un théoricien italien relève que « *dans le langage commun des juristes, on parle de "principe du droit" dans plusieurs sens différents* »<sup>71</sup>. Les principes peuvent apparaître comme des dispositions législatives ayant un contenu relativement général. Il peut encore s'agir de dispositions législatives qui occupent un rôle fondamental dans l'ordre juridique et prennent une place élevée dans la hiérarchie des normes. Les principes désignent enfin des normes qui ne sont exprimées par aucun énoncé législatif spécifique, mais qui relèvent d'une élaboration doctrinale par le biais de raisonnements analogiques.

Une typologie des différents principes a été mise en évidence par un juriste polonais<sup>72</sup>. Les principes sont classés en cinq catégories : les « *principes positifs du droit* » qui sont explicitement formulés dans un texte juridique ; les « *principes implicites du droit* » conçus comme des règles constituant les prémisses ou les conséquences de dispositions légales ou normes juridiques ; les « *principes extrasystémiques du droit* » qui ne peuvent être rattachés à aucune des deux premières catégories ; les « *principes-nom du droit* » qui caractérisent les traits essentiels d'une institution juridique ; les « *principes-construction du droit* », qui relèvent d'une construction rationnelle du législateur qui, sans être des normes, déterminent l'argumentation ou l'interprétation juridique.

En France, Bruno OPPETIT a exposé à son tour diverses définitions de la notion de principe juridique<sup>73</sup>. En premier lieu, les principes sont entendus comme des exigences morales dont on extrait certaines valeurs. Ces principes sont extérieurs à l'ordre positif, mais cet ordre doit leur être conforme. En deuxième lieu, les principes peuvent résulter de constructions intellectuelles qui produisent des représentations systématiques du droit. En dernier lieu, il constituent de véritables règles de droit positif que l'on trouve parfois dans un texte, parfois dans une décision de jurisprudence.

L'énumération la plus complète est présentée dans le dictionnaire du vocabulaire juridique dirigé par le Professeur CORNU. Le terme de « principe » y prend sept sens distincts<sup>74</sup> : « 1) règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques ; 2) règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure ; 3) maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif ; 4) nom donné à une maxime intransgressable ; règle tenue pour absolue ; 5) règle générale qui doit, à défaut de texte spécial ou de dérogation particulière régir une sorte de cas, par opposition à exception ; 6) élément essentiel qui caractérise un régime, une constitution ; 7) au sens de Montesquieu, ressort qui permet à un régime de fonctionner »<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> Un auteur note à ce propos que « *les opinions les plus diverses se sont faites jour sur l'origine, la source (...), la place dans la hiérarchie des normes, et enfin le nombre de ces fameux principes* ». MORANGE G. Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit, *RDP* 1977, p. 761.

<sup>71</sup> GUASTINI R. Théorie et ontologie du Droit chez Dworkin, *Droit et Société* 1986, p. 15.

<sup>72</sup> WROBLEWSKI J. Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique, *Archivum Iuridicum Cracoviense* 1984, vol XVII, p. 5.

<sup>73</sup> OPPETIT B. Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation, *JCP E* 1989, *Cahiers du droit de l'entreprise*, n°5, p. 12.

<sup>74</sup> CORNU G. (sous la direction) *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> ed°, PUF, Paris, 2000, v° principe.

<sup>75</sup> On peut ajouter à cet ensemble de définitions celles que le même dictionnaire donne aux principes généraux du droit : « 1) règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration et à ses rapports avec les particuliers, même sans texte, et ayant une valeur égale à celle de la loi de sorte

La multiplicité des approches du même concept laisse entrevoir la difficulté qu'il y a, à entreprendre une étude autour des principes juridiques. Le vocable désigne des normes ou des éléments extra-normatifs. Il fait référence à des règles explicites ou implicites, textuelles ou jurisprudentielles, prémisses ou conséquences, absolues ou applicables par défaut. Prises dans leur globalité, les définitions font apparaître avant tout des contradictions. Il est vain de vouloir les rassembler. Le réalisme doit au contraire conduire à faire un choix préalable qui devra être précisé au cours des développements.

Les principes, au sens où nous les entendons, font partie du droit. Il faut admettre comme une réalité que le droit positif est constitué d'une part, de principes et d'autre part, de règles que nous nommons « règles techniques »<sup>76</sup>. Un tel constat est imposé par l'observation du droit positif. On ne peut remettre en cause l'existence de principes juridiques parce que le droit positif les reconnaît en tant que tels, que ce soit dans un texte ou dans une décision jurisprudentielle. En revanche, ce qui n'est pas défini explicitement dans le droit positif, c'est l'ensemble des critères qui permettent de distinguer les principes des règles techniques. L'objet de la présente étude est notamment de parvenir à identifier les caractères des principes directeurs. Une expression qu'il convient de préciser à son tour.

## **2) Le principe directeur**

**10.** Il faut reconnaître avant toute chose que le vocable « principe directeur » n'est pas exclusivement réservé aux principes du droit judiciaire<sup>77</sup>. Il semble que le qualificatif « directeur » ait été utilisé non seulement pour figurer l'une des fonctions essentielles de ces principes ; mais aussi pour distinguer ces derniers des autres principes juridiques. En procédure civile, la doctrine a d'abord développé une conception restrictive de la notion de principe directeur. Cette notion s'est peu à peu étendue dans le droit processuel, mais aussi dans d'autres domaines du droit. Dans cette acception étendue, on trouve des principes procéduraux dans les autres systèmes juridiques.

**11. La conception restrictive des principes directeurs.** Historiquement, l'expression a été d'abord utilisée par la doctrine en procédure civile. Créateurs de la formule, les auteurs lui ont donné une fonction ambitieuse et une signification précise. « *Les principes directeurs distillent la science du procès* » assure un auteur. « *Les garanties érigées en principe ont pour ambition, plus haute encore, si possible, de soumettre le procès civil à un idéal de justice. Elle tendent à y faire régner l'équité* »<sup>78</sup>. Si l'on s'en tient aux objectifs affichés, de nombreuses règles de procédure peuvent se prévaloir de la qualité de principe directeur. Cependant, la conception civiliste circonscrit les principes directeurs dans les limites des vingt-quatre premiers articles du nouveau Code de procédure civile. Dans le dictionnaire du vocabulaire juridique, le Professeur CORNU les définit clairement comme « *l'ensemble des*

---

*que celle-ci peut y déroger (...); 2) source du droit international au regard de l'article 36 du statut de la CIJ qui fait référence aux principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées : principes communs aux ordres juridiques internes et à l'ordre international* ».

<sup>76</sup> Sur la distinction entre principes et règles posée comme une condition d'existence des principes en tant que *corpus* juridique, Cf. MOLFESSIS N., La notion de principe dans la jurisprudence de cassation, *RTD civ.* 2001, p. 699.

<sup>77</sup> En théorie du droit, le Professeur BERGEL oppose, dans la catégorie des principes généraux du droit, les « *principes directeurs* » et les « *principes correcteurs* ». Les premiers sont « *directeurs* » car « *l'ordre social en dépend* » ; les seconds sont « *correcteurs* » car ils ont pour fonction de corriger des « *solutions légales qui, sans eux, pourraient s'avérer injustes ou inadaptées* ». BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°86, p. 99.

<sup>78</sup> CORNU G., FOYER J. *Procédure civile*, PUF, Paris, 1996, n°96, p. 435.

règles placées en tête du nouv.C.pr.civ. qui ont pour objet essentiel de déterminer le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil (...) et d'établir certaines garanties fondamentales »<sup>79</sup>. De son côté, Henri MOTULSKY expliquait distinctement dans ses « prolégomènes » que la détermination de principes de procédure n'avait d'autre objectif que de « tracer en présence d'une doctrine divisée et – surtout – d'une jurisprudence hésitante, voire contradictoire, l'essentiel des contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties »<sup>80</sup>.

Formellement, une telle présentation est convaincante. Le premier chapitre du nouveau Code est intitulé « principes directeurs du procès ». On admet aisément que les règles qui s'y trouvent incluses soient qualifiées de principes et que les autres dispositions ne puissent prétendre à cet attribut. Pourtant, cette position ne fait plus aujourd'hui l'unanimité.

Une première critique consiste à dire que les articles qui composent le chapitre premier du nouveau Code ne constituent pas en eux-mêmes des principes directeurs. Il faut se référer à la doctrine pour déduire les principes sous-jacents<sup>81</sup>. Les dispositions liminaires du Code ne sont donc pas des principes mais des règles techniques induites par des principes doctrinaux<sup>82</sup>. Il faut alors admettre que les vingt-quatre premiers articles du nouveau Code ne disposent d'aucun monopole sur l'appellation « principe directeur ». Ce constat conduit à une seconde critique. Le premier chapitre du nouveau Code forme un ensemble lacunaire. Ainsi, la conception restrictive qui émane de la pensée processualiste civiliste est inapte à refléter la réalité du phénomène des principes directeurs.

**12. La conception extensive des principes directeurs.** Pour donner un sens à la catégorie des principes directeurs, il faut accepter de remettre en cause la définition restrictive qui leur a été donnée dès l'origine. De façon réaliste, un auteur, commentant le décret du 9 septembre 1971, assimilait les dispositions liminaires à des principes généraux du droit<sup>83</sup>. Les principes directeurs doivent être compris comme des principes de procédure. Ils constituent donc un groupe de principes, pourvus de caractères propres et dont l'objet est d'exercer une action au sein du système processuel privé.

On trouve des principes directeurs disséminés dans tout le nouveau Code de procédure civile. Parallèlement, le Code de procédure pénale contient son lot de principes. Par ailleurs, la jurisprudence, particulièrement celle de la Cour de cassation, joue un rôle essentiel dans la détermination des principes de procédure. On voit encore apparaître des principes dans le bloc de constitutionnalité ou encore dans la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la CEDH. Plus exceptionnellement les principes procéduraux peuvent être contenus dans des textes de droit substantiel. L'expression « principe directeur » n'est pas réservée au droit processuel. On la voit apparaître dans d'autres disciplines<sup>84</sup>. De plus, les principes procéduraux ne sont pas propres au droit français. Le droit comparé apporte des illustrations de ce type de phénomène.

---

<sup>79</sup> CORNU G. (sous la direction) *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> ed°, PUF, Paris, 2000, v° Principe directeur.

<sup>80</sup> MOTULSKY H. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile, *op. cit.*, p.93.

<sup>81</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, n°568, p. 524.

<sup>82</sup> Selon Henri MOTULSKY, ces dispositions ont été pensées en des termes pragmatiques. La dogmatique des principes demeure du ressort de l'analyse intellectuelle et non du droit positif.

<sup>83</sup> BLANC E. Principes généraux de la nouvelle procédure civile (étude analytique des « dispositions liminaires » du décret du 9 septembre 1971), *JCP 1973*, I, 2559.

<sup>84</sup> Sur la présence de principes directeurs dans des domaines autres que le droit processuel, Cf. Etienne VERGES, *La catégorie des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse dactylographiée, Aix-en-Provence, 2000, n°12, p. 25.

### 13. L'existence de principes procéduraux dans les systèmes juridiques étrangers.

Un aperçu rapide du droit comparé révèle la présence de principes concernant le droit processuel dans un grand nombre de systèmes juridiques.

Dans les pays de tradition romano-germanique, les principes sont conçus comme des droits fondamentaux. On les trouve inscrits notamment dans la loi fondamentale allemande au titre du respect de la *dignité humaine*, de l'*égalité* ou plus spécialement du principe du juge légal, du droit d'être entendu ou de garder le silence<sup>85</sup>. En Italie, la Constitution contient notamment le principe de la *garantie judiciaire*, celui de la *motivation des décisions juridictionnelles*, ou le *droit au recours*. Sont encore présents la *présomption d'innocence* ou la *défense* à tous les stades de la procédure<sup>86</sup>. En Belgique, certains principes sont inscrits dans la Constitution comme celui de la *légalité de la procédure* ou encore ceux de la *publicité des audiences* et de la *motivation des jugements*. D'autres principes existent dans le droit belge sans être consacrés dans un texte. Il s'agit notamment de la *présomption d'innocence* et du *respect des droits de la défense*, ce dernier ayant valeur, aux yeux de la Cour de cassation, de principe général du droit<sup>87</sup>.

Dans les pays anglo-saxons, on trouve aussi des principes procéduraux dans les textes fondamentaux. En Grande-Bretagne où le droit écrit technique est limité, notamment en droit processuel<sup>88</sup>, le rôle des principes de procédure est essentiel. Ceux-ci proviennent de l'utilisation combinée de plusieurs textes : la grande charte de 1215, la *Petition of Right* de 1628, le *Bill of Rights* de 1689, et l'*Habeas Corpus Act* de 1679. Ces textes mentionnent par exemple, l'obligation de procéder à un *jugement loyal* conforme aux lois du pays avant toute condamnation pénale, le *droit à se défendre* dans une procédure régulière, le droit à l'*information* sur les motifs d'une accusation ou d'une mise en détention ou la présentation devant un juge lorsqu'une personne fait l'objet d'une arrestation (*protection de la liberté par l'autorité judiciaire*)<sup>89</sup>. Aux États-Unis, la Constitution fédérale comporte des clauses de *due process of law*. Il s'agit de « *garanties substantielles et procédurales dont le respect est exigé en vertu de règles ou de principes juridiques plus ou moins indéterminés* »<sup>90</sup>. On y trouve expressément mentionnés l'*autorité de la chose jugée* ou le droit à la *vie privée*. Plus généralement la *due process of law* peut être traduite comme l'exigence avant toute condamnation d'une « *procédure légale régulière* »<sup>91</sup>. Elle rend nécessaire le respect de certaines formes ou plus généralement impose aux autorités publiques de « *respecter les principes de justice et de liberté dans l'exercice de leurs prérogatives* »<sup>92</sup>.

Au Canada, un effort particulier a été accompli sur la détermination des principes procéduraux. Une commission de réforme du droit a remis en 1987 un rapport au ministre de la justice exprimant clairement l'importance des principes en procédure pénale<sup>93</sup>. Elle a notamment proposé un « *Code de la preuve* » qui débute par « *l'énumération de principes*

---

<sup>85</sup> DELMAS-MARTY M. (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, Paris, 1995, p. 72.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 291.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>88</sup> Dans ce pays, il n'existe pas de Code de procédure pénale.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>90</sup> MIATTI F. La « *Due process ou law* » américaine : quelle traduction française ? *RRJ* 1997, p. 683.

<sup>91</sup> Sur les différentes traductions de l'expression, *ibid.*, p. 686.

<sup>92</sup> *Ibid.*, pp. 690-691.

<sup>93</sup> Commission de réforme du droit du Canada, *Notre procédure pénale. Rapport*, Ottawa, 1987.



directeurs, puis présente de manière détaillée les règles qui en découlent logiquement »<sup>94</sup>. Par la suite, elle a formulé des principes généraux applicables en procédure pénale. Y figurent expressément les principes d'efficacité, de clarté, de protection, ou encore d'équité.

En définitive, l'expression « principe directeur » est un vocable posé par convention dont l'emploi se justifie en droit processuel par l'héritage doctrinal de ses concepteurs, sa reconnaissance formelle dans le nouveau Code de procédure civile et le succès certain qu'il connaît dans la doctrine pénaliste contemporaine. Il ne s'agit pas d'un terme réservé et son particularisme procédural nécessite de compléter l'expression : on parlera alors de « principe directeur du procès judiciaire ».

### **3) Le procès judiciaire**

**14. Les éléments du procès.** La notion de procès peut être considérée sous deux angles différents. Le recours à l'étymologie donne du procès l'image d'une marche, d'un progrès<sup>95</sup>.

Traditionnellement le procès est séparé de la procédure. On le conçoit comme « une suite d'actes (coups et ripostes, actes d'arbitrage, proclamation des résultats) exécutés par divers protagonistes (adversaires, juge) relativement à la matière du litige »<sup>96</sup>. Le procès se compose ainsi de plusieurs éléments : des parties, un tiers, un litige opposant les parties, et un ensemble d'actes accomplis dans le cadre du règlement du litige. La procédure est définie de son côté comme « l'ensemble des règles qui gouvernent le déroulement du procès »<sup>97</sup>.

Dans une autre acception, le procès est décrit comme « la suite des actes qui, réalisés dans certains délais et selon certaines formes déterminées devant la juridiction saisie d'un litige, conduisent à la solution de ce dernier au moyen d'un jugement »<sup>98</sup>. On perçoit, dans cette définition, un rapprochement des notions de procès (actes, juridiction, litige) et de procédure (formes, délais). Il faut admettre que le système processuel est composé de deux sous-systèmes parfois imbriqués l'un dans l'autre que sont le procès et les règles de la procédure.

Dans sa dimension sociale, le procès est un mode pacifique de règlement des litiges. Il se distingue des modes violents que sont la guerre ou le système vindicatoire. Comme mode pacifique, il se différencie de la négociation bilatérale qui ne fait pas intervenir de tiers dans la résolution du conflit<sup>99</sup>.

Voici donc réunis les différents éléments qui caractérisent le procès. Ce dernier consiste d'abord dans l'existence d'un litige qui forme son objet. Il réunit différents acteurs dans une structure triangulaire formée par des adversaires et par un tiers désintéressé<sup>100</sup>. Ces éléments

<sup>94</sup> *Ibid*, p. 5.

<sup>95</sup> Le terme vient de *processus* : progrès. Quant à celui de procédure, il vient de *procedere* : avancer.

<sup>96</sup> CORNU G., FOYER J. *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, Paris, 1996, n°94, p. 426.

<sup>97</sup> *Ibid*, p. 3.

<sup>98</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 1998, n°769, p. 329.

<sup>99</sup> BONNAN J.C. Justice étatique et justice alternative, la stratification des institutions de règlement des litiges dans l'*anthropologie juridique* de N. Rouland, et dans les textes normatifs de l'Inde ancienne, *Droit et Cultures* 1990, n°19, p. 221.

<sup>100</sup> La forme triangulaire est schématique et restrictive. On doit tenir compte du fait que les adversaires peuvent ne pas se limiter à deux parties. Il faut aussi considérer les différents tiers qui peuvent être

constituent le cadre du procès. Par ailleurs, le procès est ponctué d'étapes qui marquent les phases de son déroulement et d'actes qui le font avancer jusqu'à la décision finale<sup>101</sup>.

Il faut alors tirer les conséquences de cette définition abstraite et délimiter précisément les contours du procès judiciaire.

**15. L'étendue du procès judiciaire.** Le procès judiciaire est celui qui se déroule devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Il est trivial de faire un tel constat. Encore faut-il justifier ce choix et en fixer les limites. Traiter des principes directeurs du procès judiciaire signifie que l'on s'intéresse à deux domaines du droit processuel : la procédure civile et la procédure pénale. Un tel choix encourt deux reproches.

Le premier est de n'être pas exhaustif. La tendance doctrinale contemporaine est de rejeter l'idée d'une sectorisation des procédures. Ce mouvement a été développé par Henri MOTULSKY qui concevait le droit processuel dans son ensemble comme une « *synthèse des grands types de procédures suivies en France devant nos trois ordres de juridiction* »<sup>102</sup>. Plus récemment, le droit processuel a été défini comme « *la description synthétique et comparée des règles de procédure applicables aux différents contentieux, civil, administratif, pénal, disciplinaire, communautaire etc.* »<sup>103</sup>. Il faut reconnaître que s'en tenir au droit judiciaire peut présenter le risque de donner une dimension réduite aux conclusions de l'étude. Cette option peut néanmoins être justifiée. Historiquement, le droit processuel privé forme un tout. Ainsi, depuis un édit de Saint-Germain en Laye de 1641, l'autorité administrative a été soustraite aux juridictions de droit commun. Le contentieux administratif apparaît donc d'abord sous le jour d'une procédure d'exception. Avec la création des juridictions administratives, le particularisme de ce droit trouve un prolongement. A l'inverse, litiges civils et répressifs sont soumis au même ordre de juridiction. A l'heure actuelle, de nombreuses différences marquent encore les contentieux judiciaire et administratif, notamment au regard des principes procéduraux<sup>104</sup>. Ainsi, la CESDH n'édicte des principes de procédure que relativement aux « *droits et obligations de caractère civil, (ou) du bien fondé de toute accusation en matière pénale* ». Il faut reconnaître enfin que la singularité du contentieux administratif découle de la présence dans le litige d'une partie publique. Cette partie est aussi représentée dans le procès pénal mais elle y tient aujourd'hui, d'un point de vue processuel, une place quasiment équivalente à celle des autres.

---

amenés à participer au procès. Tel est le cas notamment des témoins qui sont appelés à intervenir au cours de l'instance.

<sup>101</sup> Bien que la CEDH admette comme « *faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6§1 de la Convention* » l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt (CEDH 19 mars 1997 *Hornsby c/ Grèce*, JCP 1997, II, 22949, note SUDRE F. DUGRIP O. ; *Dalloz* 1998, juris., p. 74, note FRICERO N.), on optera pour une limitation du procès judiciaire à la résolution du litige. La question de l'exécution des décisions ne sera abordée qu'incidemment, notamment lorsqu'elle susceptible d'entraîner une procédure devant un juge. Cf. aussi l'arrêt du 21 avril 1998 par lequel la CEDH déclare l'article 6§1 applicable à une procédure judiciaire d'exécution d'un acte notarié garantissant une créance. CEDH 21 avril 1998, *Estima jorge c/ Portugal*, *Dalloz* 1998, som. com., p. 369, observations FRICERO N.

<sup>102</sup> FOYER J. Préface in, MOTULSKY H. *Droit processuel*, op. cit.

<sup>103</sup> BARANES W., FRISON-ROCHE M.A., ROBERT J. H. Pour le droit processuel, *Dalloz* 1993, chron., p. 9.

<sup>104</sup> Bien que certains auteurs mettent en évidence l'existence de principes communs à tous les contentieux, BARANES W. FRISON-ROCHE M.A. ROBERT J. H. Pour le droit processuel, op. cit., p. 11. Il faut admettre que progressivement, les différences s'estompent notamment avec l'entrée en vigueur du Code de justice administrative dont le titre préliminaire (partie législative du Code issue de l'ordonnance 2000-387 du 4 mai 2000, *J.O.*, 7 mai 2000) comprend une liste de principes de procédure. On y trouve notamment les principes du *contradictoire*, de la *publicité des débats* et *des jugements*, du *secret des délibérés*, de la *motivations des jugements*... Cf. notamment, DEYGAS S. La création du Code de justice administrative, *Procédures* 2000, n°6, p. 3.

Le second reproche est de réunir pour une même recherche deux contentieux que l'on oppose traditionnellement : la procédure pénale serait de droit public « *par essence* »<sup>105</sup> alors que la procédure civile qui ne met en cause que des parties privées posséderait un objet lui-même privé<sup>106</sup>. Il y a, dans cette affirmation une double confusion entre droit processuel et droit substantiel<sup>107</sup> d'une part et entre droit processuel et parties au procès d'autre part. Le caractère public ou privé d'une procédure ne dépend pas des parties en litige, mais de l'objet du procès : la résolution d'un litige par une sentence juridictionnelle. Le caractère public ou privé de la procédure ne dépend pas plus du droit substantiel en cause dans le procès<sup>108</sup>. L'objet du droit processuel n'est pas le droit substantiel mais le déroulement et l'issue du procès. Il y a là une nuance de taille qui conduit à admettre que procédures civile et pénale relèvent à la fois du droit public et du droit privé<sup>109</sup>. Le droit judiciaire est public lorsque ses règles visent l'organisation des juridictions ou la compétence<sup>110</sup>. Il est privé s'il régit le sort des actes accomplis dans le déroulement de l'instance. Le procès protège les parties au procès<sup>111</sup>, mais il garantit aussi la prééminence de la règle de droit. Ce double objet couvre l'ensemble du droit processuel<sup>112</sup>. Il ne permet pas d'établir une distinction entre procédure civile et pénale<sup>113</sup>. Le procès judiciaire s'étend encore aux procédures qui bordent ce procès.

**16. Les procédures satellites.** En matière civile, les principes directeurs, de par leur position dans le nouveau Code, sont applicables devant toutes les juridictions<sup>114</sup>. Les juridictions professionnelles sont concernées comme celles composées par des juges consulaires. De même, il n'est pas établi de distinction entre juridictions de droit commun et

<sup>105</sup> RASSAT M.L. La réforme de la procédure pénale en France, le « rapport Rassat », *RICPT 1997*, p. 259.

<sup>106</sup> Sur la distinction droit privé et droit public, SAVATIER R. Droit privé et droit public, *Dalloz 1946*, chron., p. 25.

<sup>107</sup> Cf. sur la question de la nature du droit pénal substantiel, GASSIN R. Le droit pénal : droit public ou droit privé ?, *Problèmes actuels de sciences criminelles 1991*, n°4, p. 51.

<sup>108</sup> Cette confusion fut présentée et critiquée par le Professeur ATIAS dans un colloque sur le caractère inquisitoire ou accusatoire de la procédure pénale. Celui-ci écrit : « *La procédure n'étant qu'au service du droit substantiel mis en cause, devrait se contenter d'en refléter la nature en faisant l'économie d'un débat qui n'est pas le sien* ». ATIAS CH. Quelle procédure pénale pour quel droit ? *RIDP 1997*, p. 30.

<sup>109</sup> Nous choisissons de mettre de côté la distinction entre procédure civile et droit judiciaire privé, non parce qu'elle n'est pas significative mais car il n'existe pas de parallèle en procédure pénale. Il faudra entendre dans la suite de cette étude, sous le terme de procédure civile, l'ensemble des règles du droit judiciaire applicable aux litiges de nature civile.

<sup>110</sup> BEIGNIER B. *Les droits fondamentaux dans le procès civil*, Monchrestien, Paris, 1997, p. 7.

<sup>111</sup> Qu'elles soient publiques ou privées.

<sup>112</sup> « *Le procès est situé au carrefour des chemins du droit public et du droit privé. Pour les parties, le procès est un instrument de satisfaction du droit privé ; mais pour l'Etat, c'est une forme de réalisation du droit* » COUTURE E. Le procès comme institution, *RIDC 1950*, p. 276.

<sup>113</sup> Un autre élément de distinction proviendrait du fait que « *ces deux branches du droit s'opposent, non seulement par une différence de degré, mais par une véritable différence de nature* » (VITU A. Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile, *Mélanges Voirin*, LGDJ, Paris, 1967, p. 812). De très nettes dissemblances pourraient être notées relativement au rôle des parties et du juge dans les deux procédures, à la charge de la preuve, ou encore au déroulement de l'instance. Sans entreprendre ici de long développement à ce sujet, il sera démontré que les deux contentieux judiciaires se rapprochent progressivement et que des similitudes de plus en plus nombreuses apparaissent spécialement en ce qui concerne les principes directeurs. Leur étude rend nécessaire le décloisonnement du contentieux.

<sup>114</sup> Ils sont placés dans le livre premier sur les « *dispositions communes à toutes les juridictions* ».

spécialisées. La Cour de cassation a eu l'occasion de faire intervenir un principe dans l'audience d'une commission régionale d'invalidité et d'incapacité permanente et d'inaptitude du travail<sup>115</sup>. Au-delà du Code, et même en l'absence de texte, elle a mis en avant le principe du *double degré de juridiction* pour admettre l'appel contre la sentence d'une commission arbitrale des journalistes<sup>116</sup>.

Plus délicate est la question de la matière gracieuse qui ne se rattache pas directement au procès judiciaire. Le premier argument en ce sens est tiré du nouveau Code de procédure civile. Le chapitre premier est consacré aux « *principes directeurs du procès* » alors que le chapitre 2 comprend « *les règles propres à la matière gracieuse* ». Le procès est conçu *a priori* comme une matière purement contentieuse. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, s'est prononcé dans ce sens<sup>117</sup>. Il est certain que la saisine de la juridiction gracieuse est soumise à l'absence de litige. La procédure d'ordonnance sur requête n'oppose pas plusieurs parties dans une même instance. La juridiction gracieuse connaît une procédure d'exception. Elle ne doit pas être soumise aux principes directeurs<sup>118</sup>. Pourtant, à y regarder de plus près, on perçoit l'action de certains d'entre eux. Un premier exemple peut être tiré du *contradictoire*. Comme élément des *droits de la défense*, la *contradiction* s'impose aux parties, mais aussi au juge. L'article 16 al 1 du nouveau Code de procédure civile ne laisse aucun doute à ce sujet. La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer cet aspect partiel du *contradictoire* en matière gracieuse<sup>119</sup>. D'autres principes s'appliquent à l'instance devant la juridiction gracieuse. On peut citer pour illustration ceux qui concernent les voies de recours. Le *double degré de juridiction* par le biais de la voie d'appel et le *droit au recours*, par celui du pourvoi en cassation, sont autant de manifestations de la présence des principes directeurs dans une matière qui ne relève que partiellement d'un procès judiciaire. Cette intervention des principes est essentielle à ce stade de la procédure. En effet, si le litige n'est pas présent, il peut être latent. Lorsque le juge confère un droit par la voie d'une ordonnance, la situation peut basculer dans un conflit entre le bénéficiaire de ce droit et ceux à qui il est opposé. L'intervention de la juridiction gracieuse est alors la première étape d'un processus qui doit déboucher sur un véritable contentieux<sup>120</sup>.

Une autre situation délicate, est celle du litige porté devant la juridiction arbitrale. On se situe dans le cadre d'un procès qui concerne un litige et oppose plusieurs adversaires autour d'un tiers. En revanche, ce dernier n'a pas la qualité de juridiction de l'ordre

<sup>115</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 15 mars 1995, *Dalloz* 1996, som. com., p. 138, observations JULIEN P. Il s'agissait en l'espèce du principe du *contradictoire*. La Cour de cassation met en avant explicitement l'article 16 nouv.C.pr.civ.

<sup>116</sup> Cass. soc. 25 juin 1959, *Bull. civ.*, n°809.

<sup>117</sup> Il décide que les articles 26 et 27 du nouveau Code de procédure civile « *figurent dans un chapitre fixant les "règles propres à la matière gracieuse"* ; *qu'en cette matière, les principes directeurs du procès, qui sont d'ailleurs énoncés dans un chapitre différent du même titre, ne peuvent s'appliquer ; qu'il en est ainsi en particulier du caractère contradictoire de la procédure* ». C.E. ass. 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, *Dalloz* 1979, juris., p. 606, note BENABENT A. ; *JCP* 1980, II, 19288, conclusions FRANC M., note BORE J. Cf. aussi, DELVOLVE P. Le nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'Etat, *Dalloz* 1979, chron., p. 281.

<sup>118</sup> BERGEL J.L. Juridiction gracieuse et matière contentieuse, *Dalloz* 1983, chron., p. 165.

<sup>119</sup> S'il est admis que le juge puisse, dans cette matière, retenir dans sa décision des faits qui n'ont pas été invoqués par le requérant, c'est à condition de les soumettre d'abord à la discussion. Telle a été la solution retenue par la Cour de cassation en 1993 dans un arrêt où elle visait expressément l'article 16 al 1 et le principe de la *contradiction*. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 13 janvier 1993, *Bull. civ.*, n°17, *RTD civ.* 1993, p. 647, observations PERROT R.

<sup>120</sup> BERGEL J.L. Juridiction gracieuse et matière contentieuse, *op. cit.*, p. 166.

judiciaire<sup>121</sup>. L'article 1460 du nouveau Code de procédure civile prévoit que certains principes directeurs énoncés en tête du Code sont applicables à l'instance arbitrale<sup>122</sup>. Bien que cette instance ne fasse pas partie du procès judiciaire au sens strict du terme, sa procédure est déterminée par le nouveau Code. L'immixtion des principes dans ce contentieux en est une conséquence logique. La jurisprudence est allée plus loin. Elle a eu l'occasion à plusieurs reprises de mettre en avant des principes extérieurs au Code dans le cadre de procédures arbitrales. En droit européen, la doctrine considère que les principes procéduraux de la CESDH sont applicables aux sentences arbitrales françaises en ce qu'elles tranchent des contestations sur des « *droits et obligations à caractère civil* »<sup>123</sup>. Une étude des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme révèle que tout en admettant la régularité du recours à l'arbitrage, la CEDH soumet la procédure au respect des principes relatifs au *procès équitable*<sup>124</sup>. La Cour de cassation n'est pas en reste. Elle a récemment décidé qu'« *il appartient au juge de la régularité des sentences arbitrales d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre* »<sup>125</sup>.

Une dernière procédure soulève la question de l'appartenance au procès judiciaire : celui qui se déroule devant les autorités administratives indépendantes. Ces autorités ont des missions d'enquête et détiennent des pouvoirs de sanction. Les décisions de certaines d'entre elles sont susceptibles d'un recours devant la Cour d'appel de Paris. D'une nature juridique complexe<sup>126</sup>, ces institutions sont soumises au respect d'un certain nombre de principes<sup>127</sup>. L'importance prise par les principes est croissante, particulièrement en ce qui concerne la procédure devant la Commission des opérations de bourse<sup>128</sup>. Le fonctionnement des

<sup>121</sup> Mis à part, le cas de l'amiable composition devant un magistrat.

<sup>122</sup> Il s'agit des articles 4 à 10, 11 al 1, et 13 à 21.

<sup>123</sup> FLAUSS J.F. L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales, *Gaz. Pal.* 1986, 2, doct., p. 407.

<sup>124</sup> *Ibid*, p. 408.

<sup>125</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 16 mars 1999, *Dalloz* 1999, juris., p. 497, note COURBE P. Son intervention s'étend aux procédures d'arbitrage international. Dans un arrêt de 1992, la première chambre civile ouvrait la voie de la révision contre une sentence internationale en vertu des « *principes généraux du droit en matière de fraude* » (Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 25 mai 1992, *Rev. Crit. DIP* 1992, p. 699, observations OPPETIT B). La Cour de cassation utilisait alors le principe *fraus omnia corrumpit* à l'occasion d'une opération de rétention de pièces de procédure.

<sup>126</sup> Sur la nature juridique et le statut des autorités administratives indépendantes, Cf. notamment, SABOURIN P. Les autorités administratives indépendantes dans l'Etat, *in*, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988, p. 93 ; HUBAC S. PISIER E. Les autorités face aux pouvoirs, *in*, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988, p. 117. Plus généralement sur ces institutions, GENTOT M. *Les autorités administratives indépendantes*, Monchrestien, Paris, 1991.

<sup>127</sup> Sur les principes généraux gouvernant la procédure devant les autorités administratives indépendantes, Cf. PUTMAN E., *Contentieux économique*, PUF, Paris, 1998, pp. 185 et suiv.

<sup>128</sup> Dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de soumettre les agents de la COB au *secret de la mise en état* et à la *présomption d'innocence* (CA Paris 15 janvier 1993, *Dalloz* 1993, juris., p. 273, note DUCOULOUX-FAVARD C.). Concernant ses pouvoirs de sanctions, la Commission s'est elle-même soumise à une « *charte des droits de la défense* » par laquelle elle s'est engagée à respecter ce principe mais encore ceux relatifs aux libertés individuelles ou encore celui de la *motivation* de ses décisions (DE BELVAL B. Procédure et Commission des opérations de bourse à l'occasion du décret du 31 juillet 1997, *Procédure* 1998, n°1, p. 3.). De même, l'article 6 du décret n°2000-721 du 1<sup>er</sup> août 2000 relatif à la procédure de sanctions administratives prononcées par la COB (*J.O.*, 2 août 2000, p. 11939), prévoit que lorsque le rapporteur notifie les griefs à la personne mise en cause, « *cette notification (...) est accompagnée du rapport d'enquête et d'un document rappelant les droits de la défense et notamment la possibilité de se faire assister ou représenter par toute personne de son choix et de prendre connaissance et copie des pièces du*

autorités administratives indépendantes dans l'exercice de leur pouvoir de sanction est assimilable, en de nombreux points, aux poursuites judiciaires classiques. Pour cette raison, le droit commun procédural pénètre dans ces contentieux spéciaux par le biais des principes directeurs.

Les principes directeurs opèrent donc dans le champ d'un procès judiciaire étendu qui possède un noyau dur constitué par les procédures civile et pénale et par les satellites qui sont notamment les procédures spéciales, gracieuses, arbitrales ou administrato-répressives. Sans mettre ces procédures spéciales au premier plan, il faudra les prendre en compte dans l'étude qui va suivre. Elles permettront d'appréhender globalement la place et le rôle des principes dans le système processuel. On peut remarquer toutefois que les contentieux parallèles au procès judiciaire sont soumis à certains principes et se dérobent aux autres. Cette diversité d'application soulève la question du regroupement des principes directeurs dans une catégorie juridique autonome.

#### **4) La catégorie juridique**

17. Le concept de « catégorie juridique » appartient à la théorie du droit. Vouloir entreprendre une étude sur la « catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire » relève donc d'une démarche qui déborde le cadre d'une recherche de droit positif. Définies comme des « *ensembles de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun* »<sup>129</sup> les catégories permettent l'identification précise des concepts juridiques et la définition des relations qu'ils entretiennent avec les éléments qui les entourent. Les catégories sont conçues comme des « *constructions intellectuelles destinées à une meilleure connaissance, à une meilleure application du droit* »<sup>130</sup>. Pour parvenir à cet objectif, il faut procéder à la détermination d'un objet et à son observation. Par cette opération, on doit être capable de décrire le contenu de la catégorie juridique donnée et de mettre en évidence sa singularité vis-à-vis des autres.

L'objet de la présente étude est constitué par l'ensemble des principes directeurs du procès judiciaire. Il ne peut être posé de façon préliminaire et théorique que ces principes forment un ensemble distinct de celui des règles techniques de la procédure. On peut simplement formuler une hypothèse de départ qui ne doit être conçue ni comme un postulat, ni comme une réalité établie. Elle ne représente qu'une donnée incertaine susceptible d'être

---

*dossier* ». De son côté, la Cour de cassation a déclaré l'article 6§1 de la CESDH applicable à la procédure de sanction diligentée par la COB. Toutefois, la Cour met en avant les procédures de contrôle *a posteriori* des décisions de l'autorité administrative pour admettre des dérogations à la Convention européenne (Cass. com. 9 avril 1996, *Bull. civ.*, n°115. Elle admet notamment le défaut de *publicité de l'audience*). Récemment, l'assemblée plénière a accentué son contrôle en utilisant le principe de la *séparation des fonctions d'instruction et de jugement*. Elle a confirmé l'annulation d'une décision prise par la COB alors qu'un membre de la commission, chargé de procéder à l'instruction de l'affaire avait ensuite participé aux délibérés (Cass. ass. plén. 5 février 1999, *JCP 1999*, II, 10060, note MATSOPOULOU H. ; DUCOULOUX-FAVARD C. La Commission des opérations de bourses et les droits de l'homme, *Petites affiches 10 février 1999*, p. 14). Suite à cette condamnation, la COB a inséré dans son règlement intérieur un alinéa rédigé ainsi : « *ni le Président ni aucun membre de la commission ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il a exercé les fonctions de rapporteur* ». (*JCP 1999*, III, 20050). De façon plus générale sur le respect des principes procéduraux par les autorités administratives indépendantes, Cf. SALOMON R. Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière, conformité aux garanties fondamentales, *JCP 2000*, I, 264.

<sup>129</sup> BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°180, p. 193.

<sup>130</sup> *Ibid*, n°190, p. 204.

confirmée ou infirmée à l'issue de la recherche. Cette hypothèse est celle de l'existence d'une communauté de principes dotée d'une identité propre.

Un doute a été entretenu à ce sujet dès l'émergence de la réflexion théorique autour des principes procéduraires. L'un des promoteurs de ces principes développe une pensée marquée d'ambiguïté<sup>131</sup>. Les principes posséderaient une autorité morale due au fait qu'ils détiennent les caractères de généralité, de légitimité intrinsèque et une vocation à diriger l'interprétation de l'ensemble du Code. D'un autre côté, les principes ne seraient que de simples règles de droit « dont la violation encourt sanction comme n'importe quelle autre ». L'auteur affirme ainsi que « chacun ne vaut ni plus ni moins que les autres dispositions du Code ». Une telle position ne cadre pas avec la réalité des principes. D'un point de vue purement formel, il n'y a aucun intérêt à isoler en tête d'un Code un ensemble de règles qui s'identifient aux autres. D'un point de vue matériel, il convient de rechercher si les différents principes directeurs possèdent un contenu, des caractères, une fonction, qui permettent tant de les regrouper autour de critères unitaires que de les démarquer des autres règles. Cette tâche nécessite que soit définie la matière de l'étude. Cette matière est constituée par un *corpus* de principes directeurs dont l'observation méthodique devrait permettre de dire si l'existence d'une catégorie peut être posée avec certitude.

### III) Détermination d'un *corpus* objet de l'observation

18. Dans le cadre d'une recherche conceptuelle, la définition d'un *corpus* est assurément un exercice difficile et sujet à contestation. Pour ce qui est des principes juridiques, certains estiment que l'établissement d'une « liste » de principes restreint la portée du concept. Le contenu de la catégorie des principes est évolutif. Si l'on tente de le définir, on s'expose à « conférer à ce qui n'est qu'un aspect historique de la formule générale une valeur absolue à travers l'espace et le temps »<sup>132</sup>.

Le risque est donc grand de définir un concept à partir d'un échantillon donné et d'en réduire ainsi la portée. Il l'est encore plus lorsque le concept étudié n'est pas formellement mis en évidence dans son ensemble par le droit positif. Le droit processuel textuel ne définit explicitement des principes que dans le premier chapitre du nouveau Code de procédure civile<sup>133</sup>. De son côté, la Cour de cassation utilise parfois les vocables « principe », « principes généraux », « principes essentiels de procédure », sans que l'on puisse dégager de cette pratique une démarche systématisée. La définition d'un *corpus* peut constituer un piège duquel on ne pourra pas s'échapper. En l'absence de référence formelle dans le droit positif, l'établissement d'une liste de principes procède d'une démarche intuitive. L'observation du matériau sélectionné selon cette méthode va réduire la portée des conclusions. On tombe dans le cercle vicieux qui consiste à dégager une définition sans valeur doctrinale puisqu'elle est issue d'un échantillon prédéfini selon des critères aléatoires.

Dans le même temps, on peut avancer qu'une étude conceptuelle ne possède de valeur que si elle s'appuie sur une réalité tangible. Une démarche qui se veut scientifique n'a de portée que si elle emploie une méthode empirique. Dans le cas contraire, elle court le risque

---

<sup>131</sup> CORNU G. FOYER J. *Procédure civile*, op. cit., p. 456.

<sup>132</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p. 55.

<sup>133</sup> Ce chapitre est intitulé : « Des principes directeurs du procès ». En revanche, l'article préliminaire du Code de procédure pénale ne contient pas cette appellation.

de « *sombrer dans l'indifférence doctrinale* »<sup>134</sup> voire d'être accueillie avec scepticisme ou réticence.

Face à ce dilemme, les recherches récentes sur les principes du droit privé rendent compte d'attitudes différentes. La première consiste à se raccrocher systématiquement au vocable « principe » lorsqu'il est utilisé dans le droit positif. Telle est l'option prise dans une thèse sur « *la notion de principe général en droit privé* »<sup>135</sup>. L'auteur retient dans son *corpus*, toutes les règles de droit visées dans un texte ou dans une décision juridictionnelle sous les termes de « principe général », « principe fondamental », « principe supérieur », « principe directeur », « principe essentiel ». La seconde attitude prend en compte une catégorie particulière de principes. Elle apparaît dans la thèse du professeur MORVAN sur « *le principe de droit privé* »<sup>136</sup>. Celui-ci attache cette notion à un phénomène jurisprudentiel qui s'est développé dans la seconde moitié du siècle : celui des visas de principe. Ce phénomène réside dans le fait, pour la Cour de cassation, d'intégrer dans le visa d'un arrêt, la référence à une ou plusieurs règles qu'elle nomme « principe ».

Ces deux démarches, si elles semblent trouver des fondements méthodologiques évidents, n'en sont pas moins exposées à la critique. La première est la plus essentielle : il faut admettre dès maintenant que le phénomène des principes juridiques ne se développe pas exclusivement dans le droit positif. Si tous les principes peuvent être conçus comme des normes juridiques, il faut reconnaître que la qualification de « principe » résulte souvent de l'analyse doctrinale. C'est là un aspect tout à fait fondamental que l'on ne peut négliger sous peine de passer à côté d'une partie importante de la matière observable. L'exemple le plus caractéristique en droit processuel est celui du principe qui détermine le rôle du juge et des parties dans le procès civil. Dès les premiers écrits sur les principes directeurs du procès civil, le terme de principe *dispositif* apparaît dans la doctrine<sup>137</sup>. Pourtant, ni les textes juridiques ni la Cour de cassation n'employaient à ce propos le terme de principe. Ce phénomène se reproduit dans la doctrine contemporaine. Le nouveau Code de procédure civile règle le rôle du juge et des parties dans son premier chapitre. Le principe relatif à cette répartition n'a pas été défini ou nommé dans le Code. Une controverse doctrinale est alors apparue sur le choix d'un qualificatif. Certains auteurs continuent à employer le terme de « *principe dispositif* »<sup>138</sup>, d'autres préfèrent parler de « *principe de coopération* »<sup>139</sup>, d'autres enfin distinguent le « *principe accusatoire ou d'initiative* » et le « *principe dispositif* »<sup>140</sup>.

Il n'est pas possible d'ignorer le rôle joué par la doctrine dans la détermination, le choix ou la qualification des principes juridiques. Tout exercice d'énumération préalable des principes de procédure doit être opéré sur la base d'une pluralité de sources : le droit écrit, la jurisprudence, la description doctrinale du droit positif et enfin la pensée doctrinale théorique. La détermination d'un *corpus* n'est donc pas un simple exercice d'observation du droit. Elle doit résulter d'un aller-retour sans cesse réitéré entre règles de droit et analyses des auteurs, entre observation d'une matière juridique et réflexion théorique sur le concept de principe. Le

---

<sup>134</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 69.

<sup>135</sup> DE BECHILLON M. *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 1998, pp. 28 et suiv.

<sup>136</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 65.

<sup>137</sup> VIZIOZ H. *Etudes de procédure*, éditions Bière, Bordeaux, 1956, pp. 441.

<sup>138</sup> CROZE H., MOREL CH, *Procédure civile*, PUF, Paris, 1988, p. 168.

<sup>139</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°1100, p. 468.

<sup>140</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, op. cit., n°534 et suiv., pp. 476 et suiv.



*corpus* ne peut être posé d'emblée. Il découle d'une approche progressive et de plus en plus précise. C'est ainsi que nous avons procédé.

La méthode est celle de l'approximation. Le *corpus* choisi ne peut être exhaustif. La prétention à l'exhaustivité doit être rejetée pour plusieurs raisons. D'une part, le groupe des principes directeurs est évolutif. Une énumération totale à un moment donné lui confère une contingence réductrice. D'autre part, les principes n'étant pas, en tant que catégorie, formellement déterminés par le droit positif, toute définition qui résultera de leur étude ne peut prétendre à la perfection. Elle sera, en toute hypothèse, une définition ouverte.

Au cours de la recherche, un certain nombre de critères distinctifs des principes directeurs ont émergé progressivement du *corpus* utilisé. Est alors apparue une brèche entre les principes qui présentaient tous les caractères identifiés et ceux dont un ou plusieurs caractères faisaient défaut. Ainsi, on a pu constater que certains éléments du *corpus* pouvaient être rangés avec certitude dans la catégorie des principes directeurs ; alors que la présence d'autres était sujette à controverse. Toutefois, ne sélectionner que les principes incontestables pour définir le cadre de ce travail reviendrait à négliger toutes les situations limites qui contribuent à mieux connaître la matière. Pour cette raison l'échantillon présenté se veut représentatif des certitudes et des ambiguïtés qui résultent de l'étude des principes. Ces derniers seront énumérés sans souci de classement particulier si ce n'est le critère précédemment adopté : principes incontestables (qui possèdent tous les caractères de la catégorie) et principes controversés (dont l'un des caractères au moins fait défaut ou n'est pas significatif) du droit judiciaire<sup>141</sup>.

#### PRINCIPES INCONTESTABLES

- le contradictoire
- les droits de la défense
- le procès équitable
- l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles
- la publicité des débats
- l'oralité des débats
- le secret des délibérés
- la présomption d'innocence
- le droit au juge
- le droit au recours
- la célérité
- l'égalité devant la justice
- l'égalité des armes
- la charge de la preuve d'une prétention incombe à son auteur
- la liberté de la preuve
- l'intime conviction
- la preuve légale (ou système des preuves légales)
- la motivation des décisions de justice
- l'indépendance des juges, de la justice
- l'impartialité des juges, de la justice
- la séparation des fonctions

#### PRINCIPES CONTROVERSEES

- la loyauté (dans la recherche de la preuve)
- la coopération
- le « principe » dispositif
- le « principe » d'initiative
- l'inviolabilité du domicile
- la collégialité
- le juge unique
- l'immutabilité du litige
- l'immunité de juridiction
- la plénitude de juridiction
- l'opportunité des poursuites
- le droit pour la personne poursuivie d'avoir la parole en dernier
- le secret de la mise en état

<sup>141</sup> Ces caractères seront mis en évidence dans la première partie de la thèse.

- la dignité de la personne humaine
- le droit à la vie
- la liberté d'aller et de venir
- l'autorité de la chose jugée (*non bis in idem*)
- l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil
- la séparation des autorités judiciaire et administrative
- l'intimité de la vie privée
- la conciliation
- la fraude corrompt toute chose

Les différentes composantes du sujet ayant été identifiées et définies, il faut à présent confronter les principes directeurs avec les notions voisines afin de mieux cerner les contours de cette catégorie de normes.

## IV) Confrontation des principes directeurs du procès judiciaire avec les notions voisines

19. Après avoir donné un premier éclairage sur les principes directeurs, il paraît nécessaire de prendre du recul et, afin de cerner plus strictement le concept, de le situer au sein d'une catégorie plus vaste. Cette approche théorique doit conduire à évacuer la confusion entre principes directeurs et sources du droit (1) afin de mettre en lumière l'intégration des principes parmi la catégorie des normes juridiques (2)

### **1) Principes directeurs du procès judiciaire et sources du droit**

20. La question des sources du droit judiciaire n'a pas occasionné de recherche théorique sur les principes directeurs en particulier. Il faut établir un rapprochement entre les principes de procédure et d'autres notions comme celle des principes juridiques ou encore celle des principes généraux du droit pour introduire dans le droit processuel, une controverse plus générale<sup>142</sup>. On s'aperçoit alors qu'une importante partie de la doctrine établit une relation entre les principes et les sources du droit.

Cette relation procède d'abord d'une assimilation des principes généraux à la jurisprudence. On a ainsi pu affirmer que la consécration des principes généraux du droit par la jurisprudence, en droit privé, en a fait une source du droit<sup>143</sup>. Il est vrai que le juge ne se réfère pas uniquement au droit écrit. « *C'est bien parce que tout le droit ne se trouve pas dans la loi et qu'il appartient au juge de le découvrir ailleurs, et notamment dans ces principes, que les règles de droit ne se confondent pas avec la seule légalité et qu'elles peuvent prendre d'autres formes telles celles de principe* », affirme un auteur<sup>144</sup>. Si le juge

<sup>142</sup> Sur l'inclusion des principes directeurs dans la catégorie des principes du droit, Cf. de Bechillon M. *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 1998, p. 29. Cf. aussi *infra* n°51 et suiv.

<sup>143</sup> BERGEL J.L. *op. cit.*, n°84, p. 97. On trouve la même idée en droit administratif : si les principes généraux sont l'œuvre du juge, ils s'identifient à la jurisprudence et prennent ainsi la nature de sources du droit (JEANNEAU B. *La nature des principes généraux du droit*, *Travaux de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris*, Tome 23, 1962, p. 208).

<sup>144</sup> OPPETIT B. *Les principes généraux de la jurisprudence de cassation*, *JCP E. 1989 Cahiers du droit de l'entreprise* n°5, p. 14.

utilise les principes généraux au même titre que d'autres sources du droit, on conçoit que ces principes s'intègrent dans la catégorie des sources.

La réalité n'est pas si simple. La majeure partie de la doctrine s'accorde à penser que la notion même de source est marquée d'une forte ambiguïté<sup>145</sup>. On a aussi constaté la présence d'un discours idéologiquement marqué dans la théorie des sources<sup>146</sup>. Quelles que soient les incertitudes que revêt la notion, une première similitude peut être établie entre les sources du droit et les principes directeurs. Une source est un début, un commencement, ce qui est premier<sup>147</sup>. Le principe est aussi un commencement, une cause d'action<sup>148</sup>. Ce parallèle donne un indice mais demeure peu démonstratif. Afin de confronter efficacement les deux concepts, il faut rechercher les caractères essentiels des sources du droit à travers la typologie traditionnelle<sup>149</sup> pour savoir si les principes directeurs peuvent être considérés comme des sources formelles (A) ou comme des sources matérielles (B) du droit.

### A) Sources formelles et principes directeurs du procès judiciaire

**21. La notion de source formelle.** La source formelle est d'abord considérée comme un support du droit. C'est à dire la documentation dans laquelle se trouve l'énoncé de règles de droit. Dans cette acception particulièrement stricte se situe « *la partie visible de la matière juridique* »<sup>150</sup>. Il semble que par leur côté purement documentaire, ces sources ne présentent qu'un intérêt limité au regard de notre problématique. On peut désigner ensuite, sous le terme de « sources formelles », « *les différents modes d'édition, les différents procédés de formulation des normes juridiques* »<sup>151</sup>. Sur la base de cette définition, il est possible de dresser une typologie plus complète des sources formelles du droit<sup>152</sup>. On y trouve les sources du droit international (traités et accords internationaux) et du droit interne (Constitution, loi, règlement administratif, coutume et jurisprudence). C'est à cette présentation, communément admise, qu'il convient de comparer les principes directeurs du procès judiciaire.

<sup>145</sup> Selon certains, l'idée de source est une « *notion équivoque, qui se prête à une pluralité de significations* » (AMSELEK P. Brèves réflexions sur la notion de sources du droit, *APD 1982*, tome 27, p. 251). Pour d'autres la relativité d'une définition rend inapte la transposition de toute théorie d'une société à une autre (ROUBIER P. L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, *Mélanges Ripert*, LGDJ ; Paris, 1950, p. 9).

<sup>146</sup> HABA E.P. Logique et idéologie dans la théorie des sources, *APD 1982*, tome 27, p. 235.

<sup>147</sup> GOYARD-FABRE S. Les sources du droit et la révolution copernicienne : quelques réflexions sur Kant et Rousseau, *APD 1982*, tome 27, p. 247.

<sup>148</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC 1962*, p. 55.

<sup>149</sup> Ou la *summa divisio* telle que la nomme le Professeur JESTAZ, Sources délicieuses... (remarques en cascades sur les sources du droit), *RTD Civ.* 1993, p. 73. Une étude d'ensemble de la théorie des sources du droit ne rentre pas dans le domaine de cette étude. On tentera plutôt, à l'aide de quelques références significatives, de brosser un aperçu rapide de la matière afin d'identifier les éléments les plus révélateurs de la confrontation.

<sup>150</sup> JESTAZ PH. Sources délicieuses... (remarques en cascades sur les sources du droit), *RTD Civ.* 1993, p. 73 ; VANDERLINDEN J. Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse, *RTD Civ.* 1995, p. 69.

<sup>151</sup> AMSELEK P. Brèves réflexions sur la notion de sources du droit, *APD 1982*, tome 27, p. 253. Emanant d'une conception positiviste du droit, ces sources ne possèdent aucune dimension axiologique. Elles fondent et légitiment l'existence des règles juridiques. Elles sont créatrices de droit. A l'image du nom qu'elles portent, ces sources ne constituent que la forme du droit et, même si elles sont à l'origine de la règle, elles ne peuvent se confondre avec cette règle.

<sup>152</sup> Cette typologie classique est empruntée à TERRE F., *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 1998, n°149 et suiv., p. 165 et suiv.

**22. L'intégration des principes directeurs dans la catégorie des sources formelles.** A première vue, l'idée selon laquelle les principes peuvent être assimilés, à l'image de la coutume ou de la jurisprudence, aux sources du droit peut surprendre. Quel point commun existe-t-il entre le principe du *contradictoire*, celui des *droits de la défense*, de la *publicité des débats* et la jurisprudence ? Ces notions ne sont pas assimilables. Pourtant, la confusion est entretenue par la doctrine et ce pour différentes raisons.

**23. Principes directeurs et principes généraux du droit international.** La principale source de confusion provient du droit international. L'article 38 du statut de la Cour internationale de justice<sup>153</sup> mentionne un certain nombre de sources auxquelles la Cour devra se référer pour rendre ses décisions<sup>154</sup>. La présence des principes généraux du droit au côté des conventions, de la coutume, de la jurisprudence ou de la doctrine internationale, ne devrait laisser aucun doute sur l'identification de ces principes aux autres sources formelles. En réalité, l'introduction des principes généraux dans cette clause procède, à la fois, d'une tradition et d'une crainte. D'une part, bien avant l'institution de la CIJ, les juridictions arbitrales utilisaient ces principes<sup>155</sup> ; d'autre part, il n'existe pas de champ juridique plus incomplet que celui du droit international. C'est donc pour résoudre les éventuelles lacunes de ce droit que les rédacteurs du statut ont convenu de la référence aux principes généraux. Ceci ne fait pas de ces principes des sources formelles, comme nous aurons l'occasion de le voir plus loin.

**24. Principes directeurs et jurisprudence.** Le parallèle a pu être établi entre les principes généraux et la jurisprudence. L'idéologie révolutionnaire et la doctrine de la séparation des pouvoirs ont conduit à accorder l'exclusivité du pouvoir normatif au législateur. Progressivement, l'autorité judiciaire s'est émancipée et l'utilisation de ces principes fut, pour le juge, un important facteur de développement de son pouvoir normatif<sup>156</sup>, tant ces principes donnaient un fondement et une autorité à la résolution judiciaire d'un litige<sup>157</sup>. Dès lors, il a pu sembler évident d'attribuer aux principes généraux les caractères de la jurisprudence et notamment, l'intégration parmi les sources formelles du droit.

**25. Principes directeurs et coutume.** La coutume est traditionnellement considérée comme une source formelle du droit en ce qu'elle produit directement, par un processus

<sup>153</sup> Ces principes étaient déjà mentionnés, dès 1920, dans le statut de la Cour permanente de justice internationale et devaient être repris en 1945 lors de la création de la CIJ.

<sup>154</sup> 1) Les conventions internationales générales ou spéciales établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ; 2) la coutume internationale comme preuve d'une pratique acceptée comme étant de droit ; 3) les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ; 4) sous réserve des dispositions de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

<sup>155</sup> Un auteur a pu recenser 147 décisions qui s'y réfèrent avant 1920. BRIMO A. Les principes généraux du droit et les droits de l'homme, *APD 1983*, tome 28, p. 257.

<sup>156</sup> Selon la tradition révolutionnaire, le juge n'était apte qu'à une application stricte de la loi. L'hypothèse d'un texte obscur ou d'un vide juridique donnait lieu, selon l'article 12 du décret des 16-24 août 1790, au référé législatif. En vertu de ce texte les juridictions devaient s'adresser au corps législatif chaque fois qu'un problème d'interprétation se posait. Un tribunal de cassation était chargé de veiller à une application stricte de la loi par les tribunaux et rendait compte de sa mission au pouvoir législatif. Ce système fut avantageusement remplacé par l'article 4 du Code civil et l'interdiction du déni de justice. Progressivement, les juges s'émancipèrent vis-à-vis du droit écrit en recourant à l'interprétation téléologique, analogique, et aux principes généraux du droit (PERELMAN CH. Ontologie juridique et sources du droit, *APD 1982*, tome 27, p. 23). Sur le pouvoir normatif du juge, Cf. *infra*, n°80 et suiv.

<sup>157</sup> Selon M. PERELMAN, les principes permettent au juge de concilier le respect de la loi et les exigences de l'équité, *op. cit.* p. 31.

déterminé (la répétition, l'*opinio necessitatis*) une règle de droit dont on peut se prévaloir en justice<sup>158</sup>. La coutume tient une place particulière vis-à-vis du droit écrit. Elle peut détenir son pouvoir de celui-ci par une prescription expresse dans un texte législatif ou réglementaire (coutume *secundum legem*). Elle peut s'appliquer en l'absence de référence textuelle, notamment dans l'hypothèse d'une lacune du droit écrit (coutume *praeter legem*). Enfin, on lui connaît un rôle subversif, celui d'édicter une règle contraire au droit écrit (coutume *contra legem*)<sup>159</sup>. Les principes généraux du droit et, particulièrement, les principes directeurs du procès, connaissent aussi ces trois fonctions. Ils peuvent être exprimés par un texte<sup>160</sup> ; ils peuvent jouer un rôle en dehors de toute référence textuelle<sup>161</sup> ; quant aux principes utilisés *contra legem*, la doctrine récente a largement démontré le rôle subversif joué par certains principes généraux<sup>162</sup>. *Secundum, praeter, contra legem*, les principes généraux du droit auraient donc un rôle similaire à celui de la coutume. Ils partageraient la même nature.

**26. L'exclusion des principes directeurs du procès de la catégorie des sources formelles.** On peut démontrer que l'identification des principes à des sources formelles relève d'une confusion sur la nature intrinsèque de ces deux notions. D'une part, bien qu'ils entretiennent des liens avec la jurisprudence, les principes doivent en être distingués ; d'autre part, ils ne peuvent pas non plus être comparés à la coutume, malgré les rapprochements qui ont pu être établis.

**27. Distinction des principes directeurs et de la jurisprudence.** Les principes se dissocient de la jurisprudence parce qu'ils procèdent d'une idée différente et qu'ils n'exercent pas les mêmes fonctions au sein du système juridique. La jurisprudence est un mode de production du droit. Elle résulte du pouvoir normatif du juge. Quelle que soit la légitimité de ce pouvoir, il est indéniable que toute juridiction détient la compétence de déterminer elle-même une règle de droit apte à résoudre un litige. La jurisprudence se manifeste donc par la détermination juridictionnelle d'une règle de droit<sup>163</sup>. On cherchera en vain, parmi les principes directeurs, un mode formel de création du droit. Au contraire, les principes proviennent eux-mêmes de sources formelles. Certains ont une origine textuelle (conventionnelle, légale ou réglementaire) ; d'autres proviennent de la jurisprudence. Principes et jurisprudence se servent mutuellement. Cette dernière nomme « principe » la règle de droit à laquelle elle souhaite donner une portée normative supérieure et la catégorie des principes utilise la jurisprudence pour étendre son domaine et développer des applications particulières. Certaines règles de droit émanent des principes directeurs mais de façon

---

<sup>158</sup> TERRE F. *Introduction générale au droit, op. cit.*, n°207 et suiv. Cette opinion demeure sujette à contestation dans la mesure où pour acquérir une juridicité, la coutume doit être reconnue comme telle par le juge.

<sup>159</sup> Sur ces différents aspects, Cf. notamment, TERRE F. *Introduction générale au droit, op. cit.*, n°202 et suiv., p. 223 et suiv.

<sup>160</sup> Par exemple, l'article 9-1 du Code civil vise le principe de la *présomption d'innocence* de façon explicite

<sup>161</sup> Les juridictions judiciaires en font une large utilisation, notamment pour combler les lacunes législatives ou réglementaires. Pour illustration, la première chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris affirmait dans un arrêt du 26 avril 1990<sup>161</sup> : « *Les principes généraux du droit prohibent la recherche de la vérité par n'importe quel procédé et interdisent au juge d'admettre une preuve qui aurait été obtenue par un moyen frauduleux* ». On ne trouvera pas, dans cette décision, de source textuelle qui permette, à l'instar des principes généraux du droit, d'obtenir le rejet d'une preuve obtenue frauduleusement. Un principe général, ici, celui de la *loyauté de la preuve*, a bien été utilisé *praeter legem*.

<sup>162</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon – Assas, Paris, 1999.

<sup>163</sup> Sur la controverse théorique concernant la détermination des principes juridiques par le juge, Cf. *infra*, n°80 et suiv.

indirecte<sup>164</sup> de sorte que le principe ne se suffit pas à lui même. Il a besoin du juge pour se développer. Les principes directeurs ne sont donc pas formellement créateurs de droit, à l'instar de la jurisprudence.

**28. La distinction des principes directeurs et de la coutume.** La coutume trouve sa positivité dans un double processus, matériel et psychologique. Elle possède un contenu propre qui s'impose au juge. A l'inverse, les principes généraux « *ne constituent (...) qu'un embryon de norme dépourvu de l'élément matériel indispensable à la formation de la règle coutumière* »<sup>165</sup>. De même l'élément psychologique qui donne naissance à la coutume ne trouve pas d'équivalent dans le domaine des principes généraux. Les « croyances collectives »<sup>166</sup> ou plutôt les valeurs sociales qui sont à l'origine des principes ne peuvent être comparées avec cet élément psychologique.

**29. Conclusion.** On ne peut assimiler les principes, ni à la jurisprudence ni à la coutume. Seraient-ils alors des sources formelles autonomes ? Cette idée doit être rejetée. Les sources formelles sont des procédés de création et de formulation de normes juridiques. Les sources vont donc produire du droit. La fonction propre de ces sources est la construction de normes. Celles-ci n'existent qu'en tant que structures juridiques<sup>167</sup> aptes à engendrer et à encadrer des normes. A l'inverse, les principes généraux ne produisent formellement aucune règle de droit. Ils proviennent eux-mêmes de sources formelles et sont donc plus proches des normes juridiques que des sources formelles<sup>168</sup>. A moins qu'ils ne relèvent de la catégorie des sources matérielles du droit.

## B) Sources matérielles et principes directeurs du procès judiciaire

**30. La notion de source matérielle.** L'idée même de source matérielle prolonge celle des sources formelles. Si les sources formelles existent, les règles qu'elles créent ne sont pas sans fondement. Elles remontent toujours à une origine plus profonde. Les normes juridiques possèdent des origines non formelles qui apparaissent comme des « *sources primaires* »<sup>169</sup> de création du droit. Leur identification revient originairement à l'école du droit historique<sup>170</sup>. C'est une conception plus large de la notion de source que présente ce courant avec l'objectif affiché de remettre en cause le primat de la loi comme mode d'édiction des normes<sup>171</sup>. Une

<sup>164</sup> Par exemple, l'interdiction pour un magistrat, de siéger comme président et juge commissaire dans deux instances ayant prononcé, le redressement puis la liquidation judiciaire du débiteur est une application jurisprudentielle du principe de la *séparation des fonctions*. C.A. Grenoble, 11 septembre 1997, *Dalloz* 1998, juris, p. 128, note RENUCCI J.F. Le principe engendre cette interdiction mais la source formelle demeure la décision jurisprudentielle.

<sup>165</sup> *Ibid*, p. 208.

<sup>166</sup> *Ibid* p. 208

<sup>167</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC*, 1962, p. 55.

<sup>168</sup> M. HERCZEGH estime d'ailleurs que l'article 38 du statut de la CPJI n'a pas codifié les sources du droit international mais s'est contenté d'énumérer les différents groupes de normes que la Cour serait susceptible d'appliquer. HERCZEGH G. Le rôle des principes généraux du droit dans le droit international public, *journees de la société de législation comparée* 1980, n°2, p. 271.

<sup>169</sup> Selon l'expression de Paul ROUBIER, L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, *Mélanges Ripert*, tome 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 9.

<sup>170</sup> DUFOUR A. La théorie des sources du droit dans l'école du droit historique, *APD* 1982, tome 27, p. 85.

<sup>171</sup> *Ibid*, p. 88.

nouvelle définition est ainsi proposée par SAVIGNY<sup>172</sup> : « nous appelons sources du droit, les raisons ou causes génératrices du droit en général, donc aussi bien celles des institutions juridiques que celles des règles de droit que l'on en tire par abstraction »<sup>173</sup>. Une typologie fut présentée récemment<sup>174</sup> autour des différents sens du mot « source »<sup>175</sup>. Cette liste, étendue mais non exhaustive, donne une idée assez claire de l'ensemble des phénomènes susceptibles de jouer un rôle direct ou indirect dans le processus d'élaboration des normes. Qu'en est-il, dès lors, des principes juridiques que l'on ne retrouve pas dans ces énumérations ?

### 31. *L'assimilation des principes juridiques aux sources matérielles du droit.*

L'affirmation selon laquelle les principes jouent un rôle en tant que sources matérielles du droit tient à deux raisons essentielles. La première est due à la proximité de ces principes avec l'idée de morale ; la seconde provient de la vocation de ces principes à inspirer la création de règles de droit.

**32. *Principes et morale.*** Quoiqu'un peu simplifiée, l'idée du lien existant entre les valeurs morales et les principes juridiques n'en est pas moins vraie<sup>176</sup>. « *Refuge ultime de l'arbitraire* » nous dit-on, « ces principes s'induisent du néant ou plutôt d'une nébuleuse idéologique » proche des notions de justice et de morale<sup>177</sup>. Quelle est donc la nature de la relation qui permet de lier principes du droit et morale ? C'est ROUBIER qui l'indique<sup>178</sup>. Il propose une représentation de la chaîne de création du droit par strates. Au dessus de l'ordre concret des choses (pratiques et coutumes spontanément suivies), se trouve l'ordre juridique formel (celui de la législation et de la jurisprudence). Le juriste va tenter de systématiser cet ensemble de règles pour en dégager des principes généraux. Ces mêmes principes sont en fait la traduction d'un ordre moral qui inspire tout le système. L'ordre moral constitue, chez ROUBIER, l'amorce du processus créatif. Il engendre alors un certain nombre de principes, parfois imperceptibles, qui inspirent à leur tour, la création de l'ordre juridique positif. La relation directe, telle qu'elle est exposée entre principes du droit et ordre moral, a d'importantes conséquences sur la fonction de production normative des principes.

<sup>172</sup> Cité par A. DUFOUR, *ibid*, p. 105.

<sup>173</sup> Sur la base de cette définition, d'autres auteurs distingueront les *sources du droit*, telles la conviction du peuple, la législation et la science ; et les *sources de connaissance du droit* : le droit écrit (loi, règlement) et oral (coutume). G. PUCHTA et G. BESELER, cités par DUFOUR, *ibid*, p. 107. Par la suite, typologies et définitions sont venues préciser le domaine des sources matérielles. Par exemple, AMSELEK, y voit de façon générale les origines du droit ou plus précisément, les facteurs qui influent sur le contenu de la réglementation juridique, sur la substance du droit. L'auteur y range l'histoire, les mœurs, les rapports de forces sociaux, l'environnement naturel. Ces sources confèrent au droit sa valeur et sa validité, mais non son autorité. Leur fonction est donc « *légitimatrice* ». AMSELEK P. Brèves réflexions sur la notion de sources du droit, *op. cit.* p. 252.

<sup>174</sup> JESTAZ PH. Source délicieuse, *op. cit.* p. 73 et suiv.

<sup>175</sup> 1) les fondements idéologiques d'un système juridique donné (souveraineté nationale, volonté divine...). Cette source d'inspiration participe à la production du droit en ce qu'elle oriente et détermine les modes de production ; 2) la résultante des forces sociales : acteurs économiques, familles, partis, syndicats, églises et lobbies, mais aussi d'autres groupes sociaux informels ou non clairement identifiés ; 3) certaines « *forces créatrices du droit* », particulièrement organisées autour des activités de production et d'application du droit : commissions parlementaires, ministères, tribunaux, services administratifs, auxiliaires de justice, services d'éditions juridiques.

<sup>176</sup> Cf. *infra* n°112 et suiv. concernant la double dimension axiologique et utilitariste des principes directeurs. Cette dualité dépasse largement le domaine de la morale.

<sup>177</sup> VANDERLINDEN J. Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse, *RTD Civ.* 1995, p. 69.

<sup>178</sup> ROUBIER P. L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, *op. cit.* p. 23.

**33. Principes directeurs et production de normes juridiques.** Quelques exemples permettent de montrer que les principes du droit processuel ont indéniablement une action sur le développement du droit. Cette activité n'est pas toujours évidente à déceler dans la mesure où certains d'entre eux n'apparaissent pas, explicitement, en droit positif. Ainsi, depuis longtemps déjà, des principes comme le *droit au recours*, ou la *célérité des procédures* influencent Codes et réformes successives du droit judiciaire.

Le principe de *célérité*<sup>179</sup> n'a jamais reçu de consécration officielle en droit français. Sa dimension idéaliste a toujours dissuadé législateur et pouvoir réglementaire d'en faire un impératif. Tout au plus, a-t-on vu apparaître un ersatz de célérité à travers l'exigence du « délai raisonnable » posé par la CESDH puis par le Code de procédure pénale<sup>180</sup>. Malgré son inexistence formelle, ce principe inspire pourtant nombre de règles du droit processuel. La *plénitude de juridiction* de la Cour d'assises, compétente pour juger tous les individus renvoyés devant elle, quelle que soit la nature de l'infraction commise<sup>181</sup>, la même plénitude de compétence des juridictions pénales pour interpréter ou apprécier la validité des actes administratifs individuels ou réglementaires<sup>182</sup>, sont autant de règles inspirées par la nécessité de rendre rapidement la justice en évitant les renvois d'une juridiction à une autre. Cette idée motive l'exception de connexité qui permet à deux affaires d'être jugées ensemble lorsqu'il existe un lien entre elles, afin de garantir « l'intérêt d'une bonne justice »<sup>183</sup>. Enfin, les nombreux délais prévus en matière de détention provisoire, visent à limiter les atteintes à la liberté des personnes, mais aussi à faire pression sur les juges d'instruction, afin que ceux-ci clôturent rapidement leur information lorsqu'une personne est détenue<sup>184</sup>.

Le *droit au recours juridictionnel* a attendu sa consécration officielle pendant de longs siècles<sup>185</sup>. Le projet de Constitution du 19 avril 1946 disposait pourtant dans son article 11 que « la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice et l'insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle ». Depuis ce projet, aucun texte n'a visé expressément le droit d'agir en justice. La consécration tardive du principe n'est venue qu'en 1993 avec une décision du Conseil constitutionnel<sup>186</sup> qui reconnaît la valeur constitutionnelle du *droit au recours*, droit englobé dans le principe plus général du *droit au juge*. Pourtant, l'idée de droit d'action est le fondement même de l'institution juridictionnelle, sa raison d'être. Le droit d'action, bien avant son apparition en droit positif, était déjà à l'origine d'innombrables règles de procédure, comme la définition et le régime de l'action en justice dans le nouveau Code de procédure civile<sup>187</sup>, ou des actions publique et civile dans celui de procédure pénale<sup>188</sup>.

<sup>179</sup> SILVESTRE C. Le principe de la célérité en procédure pénale française, *RRJ 1996-1*, p. 145.

<sup>180</sup> Dans l'article préliminaire issu de la loi du 15 juin 2000.

<sup>181</sup> Article 231 C. pr. pén. modifié par la loi du 15 juin 2000. Aujourd'hui, la Cour d'assises détient la plénitude de juridiction en première instance et en appel.

<sup>182</sup> Article 111-5 nouveau du C. pen.

<sup>183</sup> Article 101 et suiv. nouv. C. pr. civ.

<sup>184</sup> Articles 145-1 et suiv. C. pr. Pen. Le contentieux de la détention provisoire a été confié, par la loi du 15 juin 2000, à une nouvelle juridiction : le « juge des libertés et de la détention ». Outre la redéfinition de la durée de la détention provisoire, la loi prévoit de nombreuses dispositions visant à « renforcer le droit d'être jugé dans un délai raisonnable » (articles 73 à 77 de la loi).

<sup>185</sup> RENOUX TH. Le droit au recours juridictionnel, *JCP 1993*, I, 3675.

<sup>186</sup> CC déc° n°93-325, 13 août 1993, *J.O. 18 août 1993*, p. 11722

<sup>187</sup> Articles 30 à 32-1 nouv. C. pr. civ.

<sup>188</sup> Articles 1 à 11 C. pr. Pen.



En jurisprudence, les principes directeurs du droit positif ont une activité créatrice de droit à travers un syllogisme antérieur au syllogisme judiciaire traditionnel<sup>189</sup>. Ce raisonnement permet au juge de déduire d'un principe une règle technique susceptible de résoudre le litige qui lui est soumis<sup>190</sup>. Toutefois, cela ne permet pas d'assimiler les principes directeurs aux sources matérielles du droit.

**34. La dissociation des principes et des sources matérielles.** Si l'on prend la définition des sources matérielles comme mode de création ou d'élaboration du droit, il semble incontestable que les principes puissent trouver leur place dans cette catégorie. Pourtant deux indices font douter de la validité d'une telle allégation. Le premier relève de la différence de nature entre les principes et les autres sources matérielles ; le second concerne l'ambiguïté de la relation causale entre les principes et les autres règles de procédure.

Dans l'inventaire présenté plus haut, les sources matérielles (dogmes idéologiques, groupes sociaux, poids de l'histoire) sont autant d'éléments qui ne présentent pas de juridicité propre. Leur étude relève non du droit, mais plutôt des sciences politiques ou sociales<sup>191</sup>. Ces sources sont méta-juridiques ou extra-juridiques. Leur influence sur le contenu des règles de droit est incontestable mais ces sources ne participent pas de l'ordre positif. Au contraire, les principes directeurs se présentent diversement vis-à-vis du droit. Certains ne sont pas affirmés officiellement ou trouvent une consécration tardive, d'autres à l'inverse, sont énoncés clairement par des textes (*présomption d'innocence*) ou par la jurisprudence (*droits de la défense*). Tous les principes ne sont donc pas en dehors du droit. Les principes infra-juridiques représentent, en réalité, une infime partie de l'ensemble<sup>192</sup>. La plupart des principes directeurs sont intégrés au domaine du droit<sup>193</sup> et jouent, en son sein, un rôle dans le processus de création. Dès lors, il semble bien que les sources matérielles se distinguent des principes directeurs en raison de la frontière juridique qui existe entre les deux catégories<sup>194</sup>.

<sup>189</sup> Sur l'analyse du syllogisme MOTULSKY H. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 1991.

<sup>190</sup> Pour le Professeur MESCHERIAKOFF (MESCHERIAKOFF A.S. La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, *AJDA* 1976, p. 596), le raisonnement possède, deux étapes distinctes. La seconde est celle de la mise en œuvre pure et simple de la règle de droit. Cette règle, la majeure, est appliquée à une situation de fait, ou à un acte, qui représente la mineure. Pour autant, le juge doit avoir préalablement défini la règle applicable en l'espèce. L'exercice n'est pas toujours aisé, notamment lorsque la règle applicable n'existe pas ou présente une certaine ambiguïté. Le juge devra donc formuler un syllogisme préliminaire d'interprétation ou de création d'une règle de droit adaptée à la situation de fait. C'est dans ce contexte que le juge peut avoir recours à un principe, constituant la majeure du raisonnement, pour en déduire une règle nouvelle, la mineure, de nature jurisprudentielle, mais découlant logiquement d'une application du principe. Les principes utilisés par le juge sont « *infra-juridiques* », c'est à dire, qu'ils se trouvent en dehors du droit positif. La jurisprudence s'inspire effectivement de sources matérielles n'ayant pas valeur de normes juridiques, cependant, elle utilise tout autant un certain nombre de principes qu'elle identifie formellement comme des éléments de l'ordre positif. C'est cette dernière hypothèse qui est évoquée ici.

<sup>191</sup> Encore que le droit relève, lui aussi, des sciences sociales, entendues largement comme l'étude des phénomènes sociaux. Sur ce point, Cf. KELSEN H. *Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., traduction Thévenaz, éd. de la Braconnière, Neuchâtel, 1988, p.26.

<sup>192</sup> Cf. *infra* n°256 et suiv. sur l'influence du seuil de flexibilité sur la positivité des principes directeurs.

<sup>193</sup> Cf. *infra* n°36 et suiv. sur l'assimilation des principes directeurs aux normes juridiques.

<sup>194</sup> Cf. sur ce point l'opinion contraire du Professeur VANDERLINDEN, Contribution en forme de mascarade à une théorie des sources du droit, *op. cit.* p. 80. L'auteur développe l'idée selon laquelle on ne doit pas distinguer entre les producteurs officiels ou reconnus, et les producteurs officieux. Il conclut en estimant que « *tous ceux qui concourent à la formulation d'un mécanisme juridique – par cette qualification il est nécessairement officiel ou obligatoire, et tous les autres ne produisent pas du droit*

On pourrait tout de même concevoir, qu'au sein du système juridique, les principes directeurs soient des sources de droit dans la mesure où ils donnent naissance à des normes plus précises. Pourtant même cette idée n'est pas univoque. La relation entre principes et règles techniques du droit processuel est à double sens. Les principes peuvent préexister aux règles techniques et en inspirer l'existence ou la création. Mais les règles techniques peuvent aussi précéder la consécration du principe dans le temps. Dès lors, on ne peut réellement savoir si le principe est issu de la généralisation des règles existantes ou s'il a toujours été à l'origine de ces règles avant de trouver sa place dans le droit positif. La seconde hypothèse privilégie la reconnaissance des principes comme sources du droit. Au contraire, la première hypothèse ne permet pas de supposer que le principe précède systématiquement la règle technique dans l'élaboration du droit. Cette position est proche de celle de KELSEN<sup>195</sup> qui considère que, dans son sens le plus étendu, il y a une source du droit dans toute norme générale ou individuelle dans la mesure où il en découle des obligations, des responsabilités, ou des droits subjectifs. Le théoricien de la norme en déduit que cette conception extensive de la notion de source prend alors un sens trop imprécis et se révèle inutilisable. Cette crainte est partagée par AMSELEK<sup>196</sup> qui souligne le double sens de la notion de source. D'un certain point de vue, elle évoque l'action d'engendrer, de donner le jour ; d'un autre, elle suggère celle de fonder, ou de donner l'aval. L'emploi de cette notion équivoque n'est pas sans parti pris idéologique. L'utilisation métaphorique de l'idée de source, tend à imposer « *une vision naturaliste du droit* »<sup>197</sup> qui assimile les principes juridiques à des données naturelles incontournables du droit. Elle masque, en fait, la frontière entre le normatif et le non-normatif<sup>198</sup>.

Il faut, dès lors, réfuter cette idée selon laquelle les principes directeurs pourraient être assimilés à des sources - formelles ou matérielles - du droit. La position particulière qu'ils occupent dans le processus d'élaboration et d'évolution du système juridique processuel ne doit pas faire oublier que ces principes sont avant tout des normes juridiques.

## **2) Principes directeurs du procès judiciaire et normes juridiques**

35. Bruno OPPETIT enseignait que « *les principes ont, par eux-mêmes, une valeur positive : ce sont bien des normes juridiques puisqu'ils peuvent servir de moyen de droit au soutien d'un pourvoi et que leur visa peut fonder une cassation au même titre que celui d'une norme formelle* »<sup>199</sup>. La Cour suprême tranche des questions de droit. En se fondant sur les principes généraux dans ses arrêts, elle confère logiquement à ces principes une nature

---

*mais quelque chose autour et alentour du droit, une solution officieuse – sont producteurs de droit et point n'est besoin de distinguer entre eux ».*

<sup>195</sup> KELSEN H. *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 134.

<sup>196</sup> AMSELEK P. Brèves réflexions sur la notion de sources du droit, op. cit. p. 254.

<sup>197</sup> *Ibid* p. 254

<sup>198</sup> AMSELEK estime que la métaphore incite à perdre de vue l'identité du droit. « *On est conduit à se représenter confusément le droit comme quelque chose d'informe qui ruissellerait en quelque sorte sur la société (...), qui jaillirait de façon spontanée de ses profondeurs auxquelles il serait immanent : il y aurait des droits et des obligations qui suinteraient directement, sans le canal des normes ni l'intervention du législateur. (...) Remonter à la source d'un fleuve, c'est rechercher l'endroit où ses eaux sortent de terre ; de même, s'enquérir de la source d'une règle juridique, c'est rechercher le point par lequel elle est sortie des profondeurs de la vie sociale pour apparaître à la surface du droit ».* op. cit. p. 254-255.

<sup>199</sup> OPPETIT B. Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation, *JCP E. 1989, Cahiers du droit de l'entreprise*, n°5, p. 12.

normative<sup>200</sup>. Il convient de vérifier cette hypothèse en montrant que les principes directeurs présentent non seulement les caractères génériques de la normativité juridique (A) mais encore que cette normativité présente des particularismes (B).

### A) La normativité générique des principes directeurs du procès judiciaire

36. A première vue, la perspective de dégager les critères de la norme juridique paraît une œuvre bien ambitieuse<sup>201</sup>. La controverse fait date et trouve sa raison d'être dans la relativité même de la tâche. Définir ce qu'est le droit est une activité presque vaine. Aucune conception universaliste ne peut être retenue et l'anthropologie montre que les définitions qui sont fournies révèlent principalement une vision occidentale d'un phénomène qui dépasse ce simple cadre<sup>202</sup>. La question suscite un débat doctrinal contemporain<sup>203</sup> où l'on voit s'affronter les définitions positivistes et celles plus métaphysiques<sup>204</sup>. Dire ce qui est droit, relève déjà d'une prise de position idéologique. De nombreux auteurs ont ainsi, tenté une définition globale de la notion<sup>205</sup>. A notre tour, dans les limites d'un cadre paradigmatique déterminé, il faut entreprendre un travail de définition destiné à vérifier que les principes directeurs trouvent leur place dans la catégorie des normes juridiques. Ces dernières prennent

<sup>200</sup> Le raisonnement doit d'ailleurs être inversé. Si la Cour de cassation peut se fonder sur des principes pour résoudre un litige, c'est en raison de la nature normative de ces principes. D'autres auteurs reprennent cette conception sans autre souci de démonstration. On constate ainsi que « *les principes sont des normes juridiques dotées d'une généralité, d'une stabilité et d'une importance particulières, considérées comme des normes fondamentales, qui ne se déduisent d'aucune autre* ». GERARD PH. Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, *Déviance et société* 1988, n°1 p. 75.

<sup>201</sup> La question de la juridicité n'est certes pas nouvelle. On enseigne que le débat relève d'une tradition romano-canonique et que les premiers affrontements en la matière opposèrent, dans la Rome classique, Sabiniens et Procliens. ARNAUD A.J. Essai d'une définition stipulative du droit, *Droits* 1989, n°10, p. 11.

<sup>202</sup> MIAILLE M. Définir le droit, *Droits* 1990, n°11, p. 41. Il faut accepter de replacer le droit dans « *une organisation socio-politique dont il est partie intégrante* ». C'est d'ailleurs, « *dans les rapports avec cette organisation qu'il peut être défini comme un système ou un sous-système* » (COLLEYN J.P. Valeurs et droit dans une société sans pouvoir politique univoque, *Droit et culture* 1983, n°6, p. 23).

<sup>203</sup> Deux numéros de la revue *Droits* y sont intégralement consacrés. *Droits* n°10 et 11 des années 1989 et 1990.

<sup>204</sup> « *La seule réponse pensable est celle-ci : en Dieu. Lui seul possède, par essence, la qualité d'être droit* » nous dit le Professeur SERIAUX, *Droits* 1989, n°10, p.85.

<sup>205</sup> On peut approcher le droit, de façon très générale, comme « *l'ensemble des règles qui régissent les rapports humains dans une société* » (DUBOUCHET P. Programme pour une théorie générale du droit, *RRJ* 1996, p. 329) ; encore que cette définition ne distingue pas les normes juridiques des normes non-juridiques. Une autre approche permet de considérer que la règle de droit « *n'est autre chose qu'un assemblage de signes déclaratifs d'une volonté à une ou des conduites émises par un souverain* » (Définition de BENTHAM retranscrite par NIORT J. F. Formes et limites du positivisme juridique, *RRJ* 1993, p. 157). Là encore, l'aspect quelque peu philosophique de la définition n'éclaire pas suffisamment la matière. AUBRY et RAU enseignaient avec plus de précision que « *le droit est l'ensemble des préceptes ou règles de conduite à l'observation desquels il est permis d'astreindre l'homme par une coercition extérieure ou physique* » (Cités par SEVE R. La juste diversité des définitions du droit, *Droits* 1989, n°10, p.89). Plus moderne enfin, est la définition des Professeurs OST et VAN DE KERCHOVE selon laquelle « *le droit est un ensemble de normes dont l'appartenance de chacune à l'ensemble peut être appréciée à la lumière d'une règle de reconnaissance dont les juridictions constituent elles-mêmes, de manière ultime, les interprètes* » (OST F., VAN DE KERCHOVE M. *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publication des facultés universitaires de St Louis, Bruxelles, 1987, p. 180).

la forme de propositions obligatoires (a), sanctionnées (b) qui trouvent un fondement juridique dans leur origine étatique (c).

### a) La norme juridique comme proposition obligatoire

**37. Une proposition.** Sans être le critère déterminant, l'existence d'une proposition obligatoire est néanmoins un élément nécessaire à la constitution d'une règle de droit. Une norme n'est pas une chose. Elle ne se voit pas, mais possède un sens ; elle se comprend<sup>206</sup>. La proposition se situe, en premier lieu, dans un contenant : l'*instrumentum* (une source formelle). Il faut ensuite un contenu qui constitue la règle de droit en elle-même : le *negotium*. Ce contenu se présente sous la forme d'un modèle de conduite : il s'agit de quelque chose qui doit être ou doit se produire ; ou encore d'une personne, d'un organe ou d'une institution qui doit être ou se conduire d'une certaine façon<sup>207</sup>. A ce stade, les principes directeurs entrent parfaitement dans le cadre défini. L'article 22 du nouveau Code de procédure civile dispose que « *les débats sont publics, sauf le cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil* ». Le principe de la *publicité des débats* s'analyse bien comme un modèle de conduite. Ce dernier signifie notamment que les portes de la juridiction sont ouvertes au public pendant le temps de l'audience sans que les magistrats ne puissent s'y opposer.

**38. Une proposition contraignante.** Le droit s'analyse comme « *un ordre de contrainte* »<sup>208</sup>, « *un système de règles de comportement énoncées et appliquées* »<sup>209</sup>, « *un ensemble de règles imposées aux hommes* »<sup>210</sup>. L'essence même de la norme est donc d'être impérative<sup>211</sup>. Ce critère est tout à fait déterminant. Il vise à distinguer les normes des lois scientifiques. Si le rôle de la science est de décrire les phénomènes, celui du droit est bien de prescrire. La démarcation traditionnelle entre « l'être » et le « devoir être », le *sein* et le *sollen*, se retrouve dans ce caractère contraignant de la norme<sup>212</sup>.

<sup>206</sup> DE BECHILLON D. *Qu'est ce qu'une règle de droit ?* éditions Odile Jacob, Paris, 1997, p. 166.

<sup>207</sup> *Ibid* p. 171.

<sup>208</sup> CHEVALLIER J. Droit, ordre, institution, *Droits 1989*, n°10, p.19.

<sup>209</sup> MIAILLE M. Définir le droit, *Droits 1990*, n°11, p. 41.

<sup>210</sup> CARRE DE MALBERG cité par PFERSMANN O. Carré de Malberg et la hiérarchie des normes, *RFDC 1997*, n°31, p. 481.

<sup>211</sup> DE BECHILLON D. *Qu'est ce qu'une règle de droit ? op. cit.* p. 174 et 187.

<sup>212</sup> Ce caractère prescriptif provient donc de la fonction du droit. « *Les normes de conduites (...) sont des instruments de guidage des conduites humaines* » (AMSELEK P. Le droit, technique de direction publique des conduites humaines, *Droits 1989*, n°10, p.7). Ces règles définissent un champ et des méthodes d'action en fonction d'un certain nombre de circonstances. Il s'agit de déterminer une latitude ou une marge de manœuvre des conduites humaines. En ce sens, le droit agit sur les libertés, attribuant, ou limitant un espace de liberté pour chacun (RENAUT A. L'idée contemporaine du droit, *Droits 1989*, n°10, p.73). L'idée contemporaine de l'obligation édictée par la norme juridique provient de ce que les sociétés modernes font apparaître des groupes sociaux multiples et partagés. La coexistence de la diversité provoque une contradiction inévitable des intérêts. Le caractère obligatoire du droit serait la réponse nécessaire « *aux besoins fonctionnels des sociétés complexes de structure hétérogène* », une condition essentielle de la vie sociale (PETEV V. Une conception socio-axiologique du droit, *Droits 1989*, n°10, p.69). En droit processuel apparaît la nécessité de réguler l'affrontement des intérêts antagonistes. On peut ainsi établir un parallèle entre la fonction globale de la norme juridique dans la société et le rôle plus particulier des règles du droit processuel. A titre d'exemple, le principe de la *liberté de la preuve* permet aux parties de rechercher et d'opposer à leurs adversaires des éléments établis « *par tout mode de preuve* » (Article 427 C.pr.pén. notamment, pour le jugement des délits) ; à condition de respecter le principe de *loyauté de la preuve* qui interdit la production d'une

**39. Les principes directeurs comme propositions contraignantes.** La contrainte inhérente à chaque norme ne présente pas une réelle uniformité. Certaines d'entre elles prévoient une obligation, à l'égard d'un destinataire direct. C'est le cas du principe du *contradictoire* qui oblige notamment le juge à « *faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* »<sup>213</sup>. D'autres normes s'adressent indirectement à leur destinataire ; soit en attribuant des droits à certains qui vont pouvoir les opposer ; soit en ne déterminant pas expressément leur destinataire. Ainsi l'article 455 du nouveau Code de procédure civile prévoit que « *le jugement (...) doit être motivé* ». Sans être désigné explicitement dans cet article, chaque juge de première instance n'en est pas moins tenu par le principe de la *motivation des décisions de justice*. De même, certaines règles contiennent une obligation, à travers le devoir, pour autrui, de respecter le droit ouvert qu'elles consacrent au profit d'une personne. L'article 9-1 C. civ. qui dispose que « *chacun a droit au respect de la présomption d'innocence* » interdit indirectement à toute personne de porter atteinte, avant une décision définitive de condamnation, à la *présomption d'innocence* d'autrui. Le droit se transforme naturellement en obligation<sup>214</sup>.

Le caractère contraignant du principe ne signifie par pour autant une négation totale de la liberté. Il s'agit là d'une évidence. Comme le souligne un auteur, « *impératif ne signifie pas inadaptable* »<sup>215</sup>. Il existe ainsi des règles plus tolérantes à l'égard des modèles de comportement qu'elles édictent<sup>216</sup>. Les principes ont, ainsi, été classés parmi les normes « *molles* » en ce qu'ils s'avèrent peu contraignants en rapport aux autres règles de droit<sup>217</sup>. Sans parler de « *droit mou* », en raison de l'antinomie qui existe entre les deux termes, on peut dire que les principes se rangent effectivement dans la catégorie des normes présentant une certaine flexibilité<sup>218</sup>. L'article 6§1 de la CESDH prévoit que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal indépendant et impartial* ». Soumis à la chambre criminelle de la Cour de cassation, le principe d'*impartialité* a parfois fait l'objet d'une interprétation stricte. La Cour a considéré que le moyen pris de la partialité d'un magistrat ne pouvait être appliqué au ministère public, ce dernier « *ne décidant pas du bien fondé de l'accusation en matière pénale* »<sup>219</sup>. En ne donnant pas de définition précise de la notion de « *tribunal* », la CESDH a créé, volontairement, une norme flexible, qui, tout en demeurant impérative, confère au juge un large pouvoir d'interprétation.

---

preuve qui aurait été obtenue frauduleusement (Cass. crim. 12 juin 1952, *JCP* 1952, II, 7241, note BROUCHOT ; Cass. soc 20 novembre 1991, *Daloz* 1992, juris, p. 73, conclusions CHAUVY).

<sup>213</sup> Article 16 nouv. C. pr. civ.

<sup>214</sup> Cf. notamment sur la distinction entre règles injonctives et permissives, PALLARD H.R. La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique, *RRJ*, n°32, 1988, p. 211.

<sup>215</sup> DE BECHILLON D. *Qu'est ce qu'une règle de droit ? op. cit.* p. 216.

<sup>216</sup> Une première distinction est établie par Paul AMSELEK, entre les normes « *à fonction directive souple* » et celles à « *fonction directive autoritaire* » (Cité par DE BECHILLON D., *ibid*, p. 191). Le Professeur TIMSIT fait valoir l'idée selon laquelle la norme ne prend sa signification qu'avec son interprétation et son exécution. Le caractère contraignant de la norme peut ainsi être gradué et donner au juge une plus grande liberté de « *décodage* » (TIMSIT G. Pour une nouvelle définition de la norme, *Daloz* 1988, chr, p. 267). Plus grande est cette liberté plus le juge peut donner à la règle une signification différente de son sens premier ; ou encore, plus il peut déroger à la règle initialement établie. A l'inverse, plus la norme apparaît contraignante, plus le juge est lié par la proposition de départ.

<sup>217</sup> *Ibid*, p. 192.

<sup>218</sup> Sur la flexibilité comme critère de reconnaissance des principes directeurs Cf. *infra* n°241 et suiv.

<sup>219</sup> Cass. crim. 6 janvier 1998, *Procédures* 1998, n°4, p. 17, note BUISSON J.

Il est possible de mieux comprendre la notion de principe au regard de la définition d'une proposition obligatoire grâce à une distinction établie par le Professeur TROPER. Ce dernier considère le droit comme « *un ensemble d'énoncés à fonction ou signification prescriptive* »<sup>220</sup>. Au sein de cet ensemble, il identifie plusieurs types de normes et notamment certaines, dont la fonction est de servir à en formuler d'autres. Par la généralité de leur formulation, les principes présentent une certaine aptitude à engendrer d'autres règles qui viennent en préciser l'application<sup>221</sup>.

Le caractère impératif de la règle n'est pourtant pas un critère suffisant pour identifier la norme juridique, encore faut-il que l'obligation édictée par la règle soit respectée, c'est à dire que la transgression soit sanctionnée.

### b) La norme juridique comme proposition sanctionnée

**40. Une définition de la sanction.** Ce sont en premier lieu les pénalistes qui ont mis en avant le caractère sanctionnateur de la norme, puis la doctrine civiliste a repris ce critère<sup>222</sup>. Toutefois, la sanction n'est pas le propre de la règle de droit mais de la norme conçue de façon plus générale. A la norme sociale correspond une réaction du groupe : désapprobation, exclusion ; à la norme juridique correspondent des sanctions spécifiques. Il n'en reste pas moins qu'une proposition obligatoire ne devient normative que si elle est assortie d'une sanction quelle qu'elle soit<sup>223</sup>. On peut dire avec AMSELEK que la norme est un « *outil* », dont la sanction garantit l'efficacité, ou encore sert la finalité instrumentale<sup>224</sup>.

<sup>220</sup> TROPER M. Pour une définition stipulative du droit, *Droits* 1989, n°10, p. 101.

<sup>221</sup> Ainsi, le principe de *coopération* (Selon l'expression du Professeur CADIET, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 1998) se décline dans le nouveau Code de procédure civile en de multiples articles relatifs à la mission de chacun des acteurs au sein du procès. Au juge, la charge de « *trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » (article 12) ; aux parties celle de déterminer par leurs prétentions l'objet du litige (article 4). Ces deux dispositions (parmi d'autres) proviennent du principe de *coopération* dont la fonction est notamment, de permettre la formulation d'autres normes.

<sup>222</sup> Pour BECCARIA, la sanction est l'unique moyen d'éviter que l'homme n'assouisse ses travers. « *Il fallait des moyens sensibles dit-il pour empêcher cet esprit despotique de replonger dans l'ancien chaos les lois de la société. Ces moyens sensibles sont les peines établies contre ceux qui enfreignent les lois* » (BECCARIA J. *Des délits et des peines*, Librairie Droz, Genève, 1965, p.8). L'auteur dans sa défiance envers ses semblables estime par ailleurs que « *ni l'éloquence, ni les déclamations, ni même les vérités les plus sublimes ne suffisent à refréner longtemps les passions excitées par les tentations de la réalité présente* ». On retrouve cette idée dans la doctrine civiliste classique. Pour GENY, les règles du droit positif se distinguent des normes sociales car elles sont susceptibles d'une sanction extérieure et coercitive (GENY F. *Science et technique en droit privé positif*, tome 1, Sirey 1913, p. 47). Il semble émettre l'idée selon laquelle la sanction serait le critère de la juridicité d'une norme. Plus nuancé, un anthropologue n'en met pas moins la sanction au cœur du débat sur la normativité (COLLEYN J.P. Valeurs et droit dans une société sans pouvoir politique univoque, *Droit et Culture* 1983, n°6, p. 23). En l'absence d'un pouvoir politique univoque, certaines sociétés dites primitives connaissent des comportements sanctionnés par un conseil de famille ou de village : autocritique publique, bannissement, coups de corde ou mise au fer. L'auteur constate que ces sociétés fonctionnent essentiellement sur un consensus social autour d'un certain nombre de règles. La crainte de la réprobation possède une « *force normative* » plus importante que la sanction (*Ibid.*, p. 27. ).

<sup>223</sup> Cette opinion est combattue par HART qui estime que le respect des normes ne dépend pas de l'existence d'une sanction mais plutôt, de leur « *légitimité propre* ». Si les individus considèrent comme juste, la règle posée, ils s'y soumettront. Cité par NIORT J.F. Formes et limites du positivisme juridique, *RRJ* 1993, n°52, p. 157. Opinion tirée de l'ouvrage de HART H.L.A. *Le concept de droit*, trad° Van de KERCHOVE, FUSL, Bruxelles, 1988.

<sup>224</sup> AMSELEK P. Le droit, technique de direction publique des conduites humaines, *op. cit.* p. 8.

Un grief pertinent a été opposé à cette thèse. Le Professeur DE BECHILLON<sup>225</sup> met en cause le fait que le châtement puisse être intégré dans la définition de la norme et stigmatise ainsi une conception pénaliste de la normativité<sup>226</sup>. Aussi, est-il préférable de se référer à la définition plus large du Professeur JESTAZ<sup>227</sup>. La sanction n'est pas un mal infligé à celui qui a commis un acte illicite, mais l'ensemble « *des conséquences précises attachées à la règle* ». Il s'agit alors de tous les « *effets de droit* » que produit une règle lorsqu'on l'applique. On retrouve dans cet ensemble la peine, mais aussi, la nullité, l'irrecevabilité d'un acte ou une obligation pécuniaire (indemnisation)... La sanction n'est plus la réaction contre une transgression mais le fait que des conséquences précises sont attachées à une règle. Ce « *tarif* » fait partie intégrante de la norme juridique et semblerait la différencier des règles relatives aux mœurs, à la morale ou à la religion. Ce cheminement vers une juste définition de la sanction permet de vérifier que ce critère est bien présent chez les principes directeurs.

**41. Les principes directeurs et la sanction.** La question de la sanction des principes directeurs fera l'objet de développements ultérieurs<sup>228</sup>. Il faut simplement, à partir de quelques exemples, démontrer que les principes possèdent intrinsèquement une sanction potentiellement applicable. Par exemple, le principe *du droit au juge*, consacré par les droits constitutionnel et européen<sup>229</sup>, se trouve sanctionné de différentes façons : positivement, tout d'abord, par la faculté d'agir en justice prévue par les articles 30 et suivants du nouveau Code de procédure civile ; mais aussi négativement, par l'interdiction faite au juge de refuser de statuer. C'est la prohibition du déni de justice prévue à l'article 4 du Code civil. Le magistrat encourt alors une peine d'amende et d'interdiction d'exercer des fonctions publiques<sup>230</sup>. Le seul principe du *droit au juge* peut ainsi conduire à des sanctions tant procédurales que pénales. Le principe de la *motivation*, qui s'impose en matières civile et pénale, fait notamment obligation aux juridictions pénales ayant rendu une décision en dernier ressort, de même qu'à la chambre de l'instruction<sup>231</sup>, de motiver leurs décisions. L'article 593 du Code de procédure pénale prévoit que ces arrêts et jugements seront déclarés nuls, « *s'ils ne contiennent pas de motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif* ». Ici le texte prévoit non seulement la sanction relative à la violation d'un

<sup>225</sup> DE BECHILLON, *Qu'est ce qu'une règle de droit ? op. cit.* p. 70.

<sup>226</sup> En effet, en reprenant la chronologie, on remarque que l'obligation préexiste à la sanction. La règle de droit existe, même en l'absence de toute application par les juridictions. Elle inspire le respect dès sa naissance et bien avant qu'une punition ne tombe sur l'individu qui l'a transgressée. Sa normativité ne dépendrait donc pas de son effectivité. Cette vision, idéaliste de la norme a le mérite de mettre en lumière une faille dans la théorie de la sanction. Les conceptions qui sont proposées relèvent d'une vision pénaliste de la norme. Le châtement qui s'abat sur le fautif n'est que la juste rétribution de son acte a-normal.

<sup>227</sup> Cité par DE BECHILLON, *ibid*, p. 75.

<sup>228</sup> Cf. *infra* 2<sup>de</sup> partie sur l'action des principes directeurs et plus précisément, l'action sur les autres normes du droit processuel (titre 1, chapitre 2) et l'action sur le déroulement du procès judiciaire (titre 2).

<sup>229</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, Précis Dalloz, 25<sup>ème</sup> édition, Paris 1999, n°52 et suiv. p.99 et suiv.

<sup>230</sup> Article 434-7-1 C. pén.

<sup>231</sup> L'article 83 de la loi du 15 juin 2000 a modifié le nom donné à la juridiction d'instruction du second degré. La chambre d'accusation est désormais désignée sous le nom de « chambre de l'instruction ». A l'instar du chapitre 5 du premier titre dans lequel il est inséré, l'article 83 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001. Pour ne pas générer de confusion, l'expression « chambre de l'instruction » sera utilisée uniquement lorsqu'elle se rapporte à des dispositions textuelles et non lorsqu'elle se réfère à une décision de jurisprudence.

principe ; mais aussi les critères qui permettront à la Cour de cassation de décider s'il y a lieu ou non d'appliquer cette sanction<sup>232</sup>.

La sanction des principes n'est pourtant pas suffisante à leur conférer la nature de norme juridique. Un dernier caractère doit être identifié.

### c) L'origine étatique comme fondement de la juridicité

**42. Une définition de la norme juridique.** La définition esquissée manque encore de singularité. Aucun élément ne permet de distinguer les normes juridiques des normes sociales ou culturelles. Il faut donc dégager le critère qui permet d'établir la juridicité d'une norme. Celui qui caractérise la règle de droit. On contrôlera alors, que les principes directeurs sont bien des normes juridiques. Le droit s'analyse dans un système de règles autonomes ayant pour finalité d'optimiser le contrôle politique du corps social<sup>233</sup>. Ce contrôle ne peut avoir lieu que si le système politique institué possède « *le monopole de l'exercice et de la maîtrise de la puissance publique* »<sup>234</sup>. Ces considérations conduisent irrémédiablement à considérer que c'est l'Etat, qui donne à la norme sa juridicité. Il constitue la référence qui permet de distinguer le droit des autres normes<sup>235</sup>. L'Etat est chargé, non seulement de créer le droit,

<sup>232</sup> Ces deux exemples appellent une remarque. S'il est vrai que les principes susvisés sont effectivement sanctionnés, il est intéressant de constater que la règle qui établit le principe n'est pas celle qui prévoit la sanction. Il ne s'agit pas d'un trait particulier attaché aux principes. On peut citer de nombreuses règles qui présentent cette caractéristique. Ainsi, certains textes d'incrimination en droit pénal de fond définissent des infractions sans prévoir de sanction. L'article 311-1 nouveau du Code pénal dispose que « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». C'est l'article 311-3 qui prévoit la sanction relative à l'interdiction du vol : « *le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F. d'amende* ». Aucune spécificité donc à voir les principes directeurs sanctionnés par d'autres dispositions que celles qui les édictent. Pourtant, si l'on se penche davantage sur la question, on s'aperçoit que les principes peuvent agir directement, comme celui de la *motivation des décisions de justice* ; ou indirectement, comme celui du *droit au juge*. Ce dernier n'est pas expressément consacré dans le nouveau Code de procédure civile. Il y est pourtant sanctionné ! Curieux phénomène, en effet, qu'une règle apparemment inexistante et qui produit tout de même des effets. On retrouve ici une des singularités des principes directeurs. Ils sont créateurs de droit et peuvent donc être indirectement sanctionnés à travers l'application de règles plus précises qu'ils ont engendrées. Ainsi, les règles relatives à l'action en justice relèvent de l'une des applications du *droit au juge*. La sanction de ces règles précises constitue indirectement la sanction du principe lui-même. Le mécanisme sanctionnateur relatif aux principes directeurs se présente sous une forme complexe mais n'en reste pas moins conforme à la définition précédemment formulée.

<sup>233</sup> DE BECHILLON D. *Qu'est ce qu'une règle de droit ? Op. Cit.* p. 140

<sup>234</sup> WILLKE H. Le droit comme codage de la puissance publique légitime, *Droits 1989*, n°10, p. 113.

<sup>235</sup> DE BECHILLON D. *Qu'est ce qu'une règle de droit ? Op. Cit.* p. 69. L'Etat possède, seul, le pouvoir de conférer à une règle la valeur de règle de droit et ce pouvoir trouve son fondement dans l'idée de souveraineté. L'Etat souverain est la seule organisation sociale à disposer de la puissance publique, du monopole de la contrainte (Selon la théorie de CARRE DE MALBERG présentée par DUBOUCHET P. Programme pour une théorie générale du droit, *RRJ 1996*, p. 335). Il peut imposer, si nécessaire par la force physique, le respect des normes qu'il édicte. Cette présentation est satisfaisante. Elle se limite pourtant à une conception très occidentale de la norme juridique. On se reportera à ce sujet, à la vision de l'anthropologue du droit M. ASSIER-ANDRIEU qui défend la thèse d'une origine strictement occidentale de la notion de droit. L'auteur prétend ainsi que la puissance exportatrice du droit occidental est telle, qu'il est de plus en plus difficile pour un ethnologue d'étudier un système qui ne soit pas partiellement influencé par le notre. Le phénomène n'est pas sans conséquences dans la mesure où l'on pourra toujours « *s'émerveiller de trouver partout du droit semblable au nôtre, alors que c'est précisément le nôtre que l'on serait en train de regarder* ». Une telle réflexion met à mal les conceptions universalistes du modèle occidental (ASSIER-ANDRIEU L. *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, Paris 1996, p. 41). Il est possible de se contenter de ce modèle dans la mesure où la présente étude trouve son objet dans le droit processuel français. C'est aussi une conception moderne



mais aussi de dire ce qui est droit. Il a donc un pouvoir de validation qui s'exprime principalement par l'action du juge<sup>236</sup>. Ce dernier a une fonction d'habilitation, de reconnaissance de ce qu'il estime être du droit. Une règle coutumière ou un principe de vie sociale peut ainsi devenir, sous la plume du juge, une nouvelle règle de droit. Dans ce dernier cas, le juge ne définit pas le contenu de la norme, mais confère à une norme sociale préexistante le statut de norme juridique.

Le droit provient donc de l'Etat, ou plus précisément des organes de l'Etat. Législateur, pouvoir réglementaire ou judiciaire peuvent créer une norme juridique ou donner une valeur juridique à une norme initialement extra-juridique. Ce critère étant posé, il est possible de vérifier que les principes directeurs sont des normes qui possèdent une origine étatique.

**43. Les origines étatiques des principes directeurs.** Il ne s'agit pas ici, de dresser en détail, l'inventaire des sources des principes directeurs. Cette question sera envisagée ultérieurement<sup>237</sup>. Il faut pourtant identifier, à l'aide de quelques exemples, les origines formelles de ces principes. Certains principes sont clairement visés dans un texte écrit possédant une origine étatique : une loi ou un décret, un Code. C'est le cas notamment du principe de *l'intime conviction*, visé tant à l'article 353 du Code de procédure pénale relatif à la Cour d'assises, qu'à l'article 427 relatif à la *liberté de la preuve* devant le tribunal correctionnel. Avec *l'intime conviction*, on se trouve face à un prototype de norme juridique. La question est donc résolue pour les principes qui sont inclus dans un Code, encore qu'il ne s'agisse pas toujours d'un Code de procédure<sup>238</sup>. D'autres principes sont expressément consacrés par la jurisprudence. Ils tiennent leur juridicité de cette reconnaissance par le juge, émanation du pouvoir étatique. Ainsi, le principe, essentiel en procédure des *droits de la défense*, n'a jamais été cité en tant que tel dans un texte, mais fait l'objet de nombreuses et anciennes applications prétorienne<sup>239</sup>. Dans une décision récente, l'assemblée plénière de la Cour de cassation reconnaissait d'ailleurs, que « *la défense constitue, pour toute personne, un droit fondamental à caractère constitutionnel* »<sup>240</sup>.

Pour autant, certains principes sont plus difficiles à classer dans la catégorie des normes juridiques. Ils ne sont pas explicitement reconnus par un organe étatique, même si leur présence, à travers certaines applications techniques, est tout à fait remarquable. Tel était le cas du principe de *dignité* avant sa reconnaissance formelle. Ce principe ressortait nettement de certaines décisions de justice, tel l'arrêt *Tomasi c/ France* rendu par la CEDH le 27 août

---

de la notion qui rompt avec « *le pluralisme des pouvoirs du moyen âge* » (PECES-BARBA MARTINEZ G. Une définition normative du droit, *Droits 1990*, n°11, p. 51). L'Etat moderne se veut à la fois centralisé et démocratique. Il possède le monopole de la production ou de la reconnaissance de ce qui est droit ; mais il est aussi soumis à son acceptation par le corps social. Si l'on s'en tient aux sociétés démocratiques, la juridicité des normes posées par l'Etat souverain suppose, de la part des justiciables, la croyance dans le caractère légitime de l'autorité dont elles émanent (DE BECHILLON D. *Qu'est ce qu'une règle de droit*, Op. Cit. p. 248). Ces considérations dépassent le cadre strict de la définition du droit, pour aborder celui de son effectivité. « *Le système étatique est (...) juridique parce que effectif au sens où il n'est pas renversé* » écrit le Professeur DE BECHILLON (*ibid*, p. 249).

<sup>236</sup> D'ORS A. Tout ce qu'approuvent les juges, *Droits 1989*, n°10, p. 51.

<sup>237</sup> Cf. *infra* n°65 et suiv. sur les origines organiques des principes directeurs du procès.

<sup>238</sup> A l'image du principe de la *présomption d'innocence* déjà cité, qui a pris sa place dans le Code civil à l'article 9-1 ou celui du respect de la vie privée prévu par l'article 9 du même Code.

<sup>239</sup> Pour illustration, Cass. civ. 7 mai 1828, *Sirey 1828*, 1, p. 329 ; Cass. crim. 12 juin 1952, II, 7241, note BROUCHOT J. Récemment, l'expression *droits de la défense* a été inscrite dans l'intitulé du premier chapitre de la loi du 15 juin 2000.

<sup>240</sup> Cass. ass. plén 30 juin 1995, *Dalloz 1995*, juris, p. 513.

1992<sup>241</sup>. Pourtant, le principe de *dignité* n'était pas expressément reconnu par le droit positif international ou interne. La *dignité* est devenue une norme juridique grâce à la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain<sup>242</sup>. La consécration législative fait de la *dignité* une norme juridique, car reconnue par un organe de l'Etat en tant que telle.

**44. L'intégration des principes directeurs dans la catégorie des normes juridiques.** En définitive, pour que les principes puissent être considérés comme des normes juridiques, ils doivent trouver une consécration en droit positif. Une source formelle du droit doit les viser ou les évoquer. On observera que certains principes perdent, ou ne trouvent pas cette reconnaissance<sup>243</sup>. Ils occupent, au regard de l'ordre juridique, une position latente, qui ne leur confère vraisemblablement que le statut de norme sociale. L'ensemble des critères génériques de la normativité s'applique aux principes directeurs du procès judiciaire. Chacun de ces principes constitue une proposition obligatoire, sanctionnée et possédant une origine étatique. On en conclut sans difficulté que les principes directeurs sont des normes juridiques et non des sources du droit. Etant parvenus à classer les principes directeurs dans une catégorie particulière, on pourrait être tenté de se satisfaire de ce résultat. Il faut aller plus loin et rechercher le particularisme de ces normes.

## B) La normativité spécifique des principes directeurs du procès judiciaire

**45. Principes et règles du droit.** Un auteur définit le droit comme « l'ensemble des principes et des règles à caractère normatif »<sup>244</sup>. Si l'on interprète littéralement cette formule, on en déduit qu'il existe deux types de normes bien distinctes dans le droit : les principes du droit et les règles juridiques. Cette hypothèse formulée par plusieurs auteurs<sup>245</sup>

<sup>241</sup> CEDH 27 août 1992 *Tomasi c/ France*, série A n°241-A, SUDRE F. L'arrêt de la CEDH du 27 août 1992 *Tomasi c/ France* : mauvais traitement et délai raisonnable, *RSC 1993*, p. 33 ; *Dalloz 1993*, som. com., p. 383, observations RENUCCI J.F. ; *RSC 1993*, p. 142, observations PETITTI L.E. M. TOMASI, activiste corse avait été arrêté, détenu et avait subi des sévices durant sa garde à vue avant d'être acquitté par la Cour d'assises de Gironde le 22 octobre 1988. Ayant agi devant la CEDH pour « torture, traitements inhumains et dégradants » visés à l'article 3 de la CESDH, il obtint gain de cause

<sup>242</sup> Ce texte introduisait dans le Code civil un article 16 ainsi rédigé : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Disposition d'une loi sur la bioéthique, cet article n'en détient pas moins une large portée et s'impose, à l'instar du *respect de la vie privée* et de la *présomption d'innocence*, dans le procès judiciaire. Le Conseil constitutionnel, à l'occasion de l'examen de cette loi, a posé la *dignité* comme principe à valeur constitutionnelle. CC 27 juillet 1994 343-344 DC, *Dalloz 1995*, juris., p. 237, note MATHIEU B, *Dalloz 1995*, som. com., p. 299, observations FAVOREU L.

<sup>243</sup> Cf. *infra* n°256 et suiv. sur les relations entre flexibilité et positivité des principes directeurs

<sup>244</sup> ARNAUD A.J. Essai d'une définition stipulative du droit, *Droits 1989*, p. 11.

<sup>245</sup> Par exemple, Jean BOULANGER affirme qu'« au dessus des luttes d'intérêts que se livrent les hommes, il y a les règles juridiques, mais, au dessus des règles juridiques, il y a les principes » (BOULANGER J. Principes généraux du droit et droit positif, Mélanges Ripert, LGDJ, Paris, 1950, p. 51). Ici encore, la distinction règles – principes apparaît explicitement, encore que l'auteur ne précise pas s'il entend par « principes » les normes juridiques ou sociales. L'intérêt de la réflexion réside surtout dans le fait que les principes sont « au dessus » des autres règles du droit. Jusqu'ici, les relations entretenues entre les deux types de normes ne sont pas explicitées. Un pas de plus est franchi par DWORKIN qui reprend, tout en la développant, l'idée selon laquelle le droit n'est pas constitué que de règles explicites, mais aussi de principes (GUASTINI R. Théorie et Ontologie du droit chez DWORKIN, *Droit et Société 1986*, p. 15). Cependant, pour ce théoricien, les principes n'ont qu'une fonction supplétive. Ils interviennent lorsque la loi n'apporte pas de solution claire à un cas concret. Il met en parallèle la notion de « principes » et celle de « politiques », tous deux éléments de la catégorie

ne permet pas de se faire une idée claire et cohérente sur la relation entretenue par les principes directeurs et les autres règles du droit processuel. Il faut alors situer les principes directeurs dans une catégorie plus précise que celle des normes juridiques en s'attachant, dans un premier temps, à l'utilisation du vocable « principe » afin de savoir s'il se révèle être un trait significatif pour identifier les principes directeurs (a) ; puis, dans un second temps, en situant ces principes directeurs vis-à-vis des autres principes du droit (b).

#### a) L'utilisation du vocable « principe » comme trait distinctif ?

46. Certaines études de droit privé abordant le thème des principes se sont fondées sur la présence de ce terme notamment en jurisprudence<sup>246</sup> pour élaborer un *corpus* de principes du droit privé. Pourtant, l'appellation « principe » est loin d'être un critère déterminant dans la reconnaissance de ce type de normes. Ce terme jouit, comme le rappelle un auteur « d'une grande faveur auprès des juristes »<sup>247</sup> alors même qu'il n'est pas défini de façon précise. Son utilisation trop courante conduit à lui attribuer de nombreuses significations<sup>248</sup>. L'utilisation polysémique de la locution « principe » est une source inévitable de confusions. On trouve notamment, en doctrine et en jurisprudence, une multitude d'expressions semblables ou similaires qui ne recouvrent pas toujours la même réalité ( $\alpha$ ). La confusion est encore accrue lorsque la même règle reçoit, selon la source dont elle provient, le qualificatif « principe » ou une qualification proche ou encore, aucune qualification ( $\beta$ ). On relèvera enfin, un certain nombre d'exemples dans lesquels le terme est employé de façon abusive pour donner une portée plus grande à une simple règle technique ( $\delta$ ).

#### $\alpha$ ) Les variations terminologiques autour du vocable « principe »

47. On observe tout d'abord une diversité d'applications dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La juridiction peut se contenter de réduire le concept à sa plus simple expression terminologique. Elle procède ainsi lorsqu'elle utilise la technique du visa de principe. La Cour affirme alors : « vu le principe du respect des droits de la défense »<sup>249</sup> ou encore, « vu le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers »<sup>250</sup>. On peut trouver un visa plus vague dans une autre décision qui mentionne « vu les principes qui régissent la

---

plus vaste des « standards » (BEAUD O. Pour une autre lecture de R. DWORKIN, théoricien de la pratique juridique, à propos de « prendre les droits au sérieux », *Droits* 1997, n°25, p. 135. Cf. aussi sur le rapprochement des principes directeurs avec les standards, *infra* n°243 et suiv.). Les principes sont dictés par les notions de justice, d'équité ou de morale, mais possèdent des effets juridiques en ce qu'ils servent à « justifier l'adoption d'une règle nouvelle ».

<sup>246</sup> Notamment, DE BECHILLON M. *La notion de principe général de droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 1998, p. 28.

<sup>247</sup> GERARD PH. Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, *Déviance et société* 1988, n°1, p. 75.

<sup>248</sup> OPPETIT B. Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation, *JCP E* 1989, Cahiers du droit de l'entreprise n°5, p. 12. On y trouve certaines règles morales, qui semblent avoir une influence sur le droit positif. On désigne aussi par cette formule les grandes tendances du fonctionnement d'une institution juridique. Il s'agit alors, non d'une norme juridique qui s'impose, mais d'une expression conceptualisée à vocation pédagogique. On y trouve enfin de véritables règles de droit dont le particularisme est discutable (Sur la diversité des définitions du terme « principe », Cf. *supra*, n°7 et suiv.).

<sup>249</sup> Cass. ass. plén., 30 juin 1995, *Dalloz* 1995, juris, p. 513 note DRAGO R ; *Droit pénal* 1995, n°8, p. 16, note MARON A.

<sup>250</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 4 février 1986, *Bull. civ.* 1<sup>ère</sup> partie, n°7, p. 6.

*compétence juridictionnelle internationale* »<sup>251</sup>. Ici la référence générale à un ensemble de principes n'est pas d'une grande utilité à la définition du concept, dans la mesure où la première chambre civile n'a pas déterminé quelles étaient les règles contenues dans ces principes. La sobriété demeure lorsqu'il s'agit d'évoquer une expression latine. La Cour décide alors qu'« *il n'appartient pas à l'Etat requis de faire application du principe non bis in idem lorsqu'un jugement définitif a été rendu par les autorités compétentes d'un Etat tiers* »<sup>252</sup>. Elle utilise enfin cette terminologie dans le corps de son arrêt pour précéder un descriptif plus long de la règle appliquée. En 1952, elle affirme « *qu'il est de principe qu'un juge d'instruction doit toujours agir à visage découvert en déclarant ses qualités et fonctions, et qu'il ne lui appartient pas, à peine d'excès de pouvoir, de tendre des pièges aux témoins ou aux inculpés* »<sup>253</sup>. La même technique est employée par les juridictions du fond. On peut citer, à titre d'exemple, un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence faisant application de l'expression suivante : « *en vertu du principe de l'indépendance des procédures, (...) la décision de la juridiction administrative n'a pas, au pénal, l'autorité de la chose jugée* »<sup>254</sup>. La tournure des décisions de justice évolue vers des notions voisines. Par exemple la Cour d'appel de Paris évoque une référence générique dans un arrêt du 26 avril 1990 où elle affirme : « *Considérant que les principes généraux du droit prohibent la recherche de la vérité par n'importe quel moyen* »<sup>255</sup>. De même la chambre criminelle estime qu'« *il résulte des principes généraux de la procédure pénale que le demandeur qui se dérobe à un mandat de justice, n'est pas en droit de se faire représenter pour se pourvoir en cassation* »<sup>256</sup>. On est passé de l'emploi d'un principe général du droit à celui d'un principe général de procédure pénale.

Au 19<sup>ème</sup> siècle, la Cour suprême était plus réticente à employer le terme « principe » ; elle lui préférerait, notamment, celui de « règle générale ». Elle considérait ainsi que, sauf disposition contraire expresse, les décisions devaient « *être déférées à des juges supérieurs* », les ordonnances d'instruction n'étant « *pas exemptes de la règle générale* »<sup>257</sup>. La Cour visait-elle déjà un principe général du droit ? Toujours est-il que l'on retrouve, dans cet arrêt, la formulation du principe du *double degré de juridiction*. Quelques expressions, plus modernes, sont venues ponctuer les arrêts de cassation. La Cour estime que « *la publicité des débats est un principe essentiel de la procédure* »<sup>258</sup>. Elle met en contradiction plusieurs principes de nature différente en admettant qu'« *une dérogation au principe de souveraineté nationale et de territorialité de la loi pénale se justifie, en l'espèce, par un autre principe fondamental de l'ordre juridique, selon lequel, lorsqu'une peine sanctionne les mêmes faits, un condamné ne peut être contraint à la subir deux fois* »<sup>259</sup>. Sans le nommer, on retrouve ici, le principe de *l'autorité de la chose jugée*. En dernier lieu, la Cour va utiliser expressément le terme « principe directeur » pour désigner les règles de droit incluses dans les dispositions

<sup>251</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 6 février 1985, *Bull. civ.* 1<sup>ère</sup> partie, n°55, p. 54.

<sup>252</sup> Cass. crim., 2 mars 1992, pourvoi n°92-80.137.

<sup>253</sup> Cass. crim., 12 juin 1952, *JCP* 1952, II, 7241, note BROUCHOT J.

<sup>254</sup> C.A. Aix-en-Provence, 5<sup>ème</sup> chambre, 18 décembre 1997, *Bull. Aix.* 1998-1, p. 368, observations BONFILS PH.

<sup>255</sup> C.A Paris, 1<sup>ère</sup> chambre d'accusation, 26 avril 1990, *JCP* 1991, II, 21704, note PANNIER J.

<sup>256</sup> Cette solution a été abandonnée. Cf. sur ce point, *infra*, n°211.

<sup>257</sup> Chambres réunies, 29 octobre 1813, cité par LARGUIER, Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, *Mélanges VITU*, Cujas, Paris, 1989, p. 287.

<sup>258</sup> Cass. crim., 24 décembre 1984, pourvoi n°84-90.673

<sup>259</sup> Cass. crim., 11 juin 1986, pourvoi n°85-93.316.

liminaires du nouveau Code de procédure civile. Elle déclare, par exemple, qu'« *il ne résulte d'aucun élément que l'employé ait contesté, tant le principe de la créance que son montant, si bien que la Cour ne pouvait, valablement débouter de sa demande l'employeur sans violer les principes directeurs du procès civil, le principe dispositif, ensemble, les articles 6,7 et 9 du nouveau Code de procédure civile* »<sup>260</sup>.

On constate donc aisément que, loin d'être une expression consacrée, le terme « principe directeur » ne trouve qu'une place très limitée dans la jurisprudence judiciaire, recluse dans une stricte référence au Code. Parallèlement, les magistrats utilisent des expressions similaires sans que l'on sache vraiment, si cette pluralité terminologique recouvre une unité de sens.

La doctrine n'est guère plus rigoureuse dans le maniement des termes. Les principes directeurs sont d'abords englobés dans la catégorie, plus générale, des « *principes généraux de procédure* »<sup>261</sup>. Un autre auteur reconnaît que l'on doit entendre le terme « principe directeur » de la façon la plus large possible, comme les « *règles cardinales gouvernant la matière répressive* »<sup>262</sup>. Ce dernier utilise d'ailleurs l'expression tant en droit pénal de fond qu'en procédure pénale, et reconnaît que la doctrine utilise indifféremment, pour désigner ces normes, le terme « principe directeur » ou « principes généraux »<sup>263</sup>. De façon plus précise, la doctrine va employer le terme « principe » en visant telle ou telle règle de procédure. En 1980, un auteur abordant la question des principes généraux du droit pénal évoquait l'existence d'un : « *principe de loyauté dans la recherche des preuves* »<sup>264</sup>. Toutefois, à cette époque le droit positif ne visait pas formellement la loyauté comme un principe juridique. Dans son analyse, l'auteur ne justifie pas l'utilisation de ce terme. Il se contente de l'utiliser sans se référer à une source positive. Certains sont plus explicites et constatent que « *le droit positif français (...) contient de nombreuses dispositions que favorise la célérité du procès pénal. Cependant, notre code de procédure pénale ne formule pas expressément ce principe* »<sup>265</sup>. Ici, la doctrine reconnaît qu'elle a elle-même conféré la qualité de principe, à une règle de procédure, indépendamment du droit positif. Cette attitude est observée, lorsque l'on souhaite voir une règle particulière, trouver une consécration positive. Le Professeur RENOUX, sensible à l'évolution du droit au recours en droit français, affirmait ainsi en 1993 : « *s'il est, en droit constitutionnel français, un droit fondamental qui devrait, dans un proche avenir, trouver dans la Convention européenne des droits de l'homme, une source d'inspiration, c'est bien le droit au recours juridictionnel* »<sup>266</sup>. La doctrine peut enfin

<sup>260</sup> Cass. soc, 19 décembre 1990, pourvoi n°87-45.486.

<sup>261</sup> DRAGO G., MOLFESSIS N. Chronique de justice constitutionnelle, *Justices* 1997, n°5, p. 247.

<sup>262</sup> DANTI-JUAN M. Les principes directeurs du droit pénal et le Conseil constitutionnel, *Travaux de l'institut de sciences criminelles du Poitiers*, « *droit constitutionnel et droit pénal* », Cujas, 2000 (à paraître)

<sup>263</sup> Cf. sur le rapport entre les deux concepts, *infra* n°51.

<sup>264</sup> PUECH M. Les principes généraux du droit (aspect pénal), *Journée de la société de législation comparée, 1980*, vol 2, p. 337.

<sup>265</sup> SILVESTRE C. Le principe de célérité en procédure pénale française, *RRJ* 1996, n°64, p. 145. On peut considérer que depuis la loi du 15 juin 2000, le principe de *célérité* est matériellement présent dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale sous la forme de l'exigence du « *délai raisonnable* ».

<sup>266</sup> RENOUX TH. Le droit au recours juridictionnel, *JCP* 1993, I, 3675. Certes, l'auteur ne parle pas expressément de « principe », mais, dans le corps de son article, on retrouve ce terme à travers les éléments qui composent ou qui fondent le droit au recours. Sont évoqués les « *principes écrits* » de la *séparation des pouvoirs* et de *l'égal accès à la justice*, ou ceux « *non écrits* », du *droit d'agir en justice*

employer l'appellation « principe » pour viser une règle d'application générale, alors même que la positivité de cette règle, en tant que principe, paraît douteuse. C'est le cas de la *collégialité* dont la doctrine a longtemps considéré qu'il s'agissait d'un principe à l'image du Professeur JEANDIDIER évoquant « *le principe de la collégialité pour l'instruction au premier degré* »<sup>267</sup>. Pourtant, il semble que la *collégialité*, en tant que principe de droit positif, n'ait pas survécu à la succession des réformes<sup>268</sup>.

On est tenté de se tourner vers des références plus officielles. Une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe édicte un certain nombre de « *principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice* »<sup>269</sup>. Dans ce texte, on retrouve un ensemble de propositions visant à favoriser la *célérité* des procédures, la *coopération* des parties, la *loyauté*, *l'immuabilité du litige*, le *double degré de juridiction*. Aucun principe n'est pourtant énoncé clairement dans une formulation générale. On y trouve d'ailleurs des recommandations plus particulières sur la limitation de l'utilisation abusive des voies de recours, ou encore sur les sanctions disciplinaires prises par les organisations professionnelles d'avocats. Il est donc difficile de faire le tri, dans un texte - qui n'est d'ailleurs ni doctrinal ni de droit positif - entre les principes directeurs et les simples règles techniques. La confusion est encore plus vive pour certaines règles dont la qualification varie selon l'époque et les sources.

### β) La multiplicité de qualifications pour une même règle de droit

**48.** Si l'on prend en considération une règle juridique, telle qu'elle est définie par son contenu, on s'aperçoit que cette règle est utilisée, tant en doctrine qu'en jurisprudence, sous des expressions très différentes. Une illustration significative peut être trouvée avec le *double degré de juridiction*<sup>270</sup>.

Cette règle n'est pas nouvelle<sup>271</sup> mais le principe n'a pas toujours été affirmé comme tel. En 1813, les chambres réunies de la Cour de cassation estimaient que sauf disposition contraire expresse, les décisions doivent « *être déferées à des juges supérieurs* », et que les ordonnances du juge d'instruction « *ne sont pas exemptes de cette règle générale* »<sup>272</sup>. Le mot « principe » n'est pas encore évoqué mais la généralité des termes employés, la limitation des dérogations à une disposition contraire expresse et l'emploi d'une expression proche de « principe général » donnaient déjà le ton. La doctrine, quant à elle, utilise très largement la

---

ou des *droits de la défense*. Le *droit au recours*, droit fondamental, est donc constitué de plusieurs principes et acquiert, de ce fait, la même qualité.

<sup>267</sup> JEANDIDIER W. La juridiction collégiale d'instruction du premier degré, *Mélanges Vitu*, Cujas, 1989, p. 263. Cf. aussi VILLACEQUE J. qui évoque le « *principe collégial* » ; Le Tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile, la collégialité menacée par les juges uniques, *Dalloz* 1995, chron, p. 317.

<sup>268</sup> BADIE F. *La réforme de l'instruction préparatoire en France*, Thèse, Aix-en-Provence, 1992.

<sup>269</sup> *Recommandation n°R (84) 5, du 28 février 1984*, Publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1984.

<sup>270</sup> De même pour l'obligation de *loyauté* dans la recherche des preuves, Cf. Etienne VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse dactylographiée, Aix-en-Provence, 2000, pp. 64-65, n°50.

<sup>271</sup> Cf. notamment DURIEUX F. *Le double degré de juridiction appliqué à la peine, théorie et pratique d'une voie de recours à partir de l'étude de 6 mois d'arrêts de la Cour d'appel de Lyon*, Thèse, St Etienne, 1991.

<sup>272</sup> Arrêt cité par LARGUIER J. Remarques sur l'évolution d'une voie de recours, le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, *Mélanges VITU*, Cujas, 1989, p. 287.

formule « *principe du double degré de juridiction* ». On le trouve assimilé à une « *voie royale* »<sup>273</sup> ; on se réfère, en procédure civile, à la jurisprudence du Conseil d'Etat qui assimile le droit d'appel à un « *principe général du droit* », le législateur pouvant seul y déroger<sup>274</sup>. En procédure pénale, le texte qui fait autorité est désormais le protocole additionnel à la CESDH qui consacre, dans son article 2§1, le droit pour toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal, de faire examiner, par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation<sup>275</sup>. La jurisprudence judiciaire cultive pourtant la diversité des terminologies. Dans un arrêt de 1954, la chambre criminelle estimait que le droit d'appel du ministère public est « *une règle générale et absolue qui ne comporte d'exception que dans le cas (...) où un texte de loi y déroge expressément* »<sup>276</sup>. Quelques décennies plus tard, elle était plus explicite sur la même question en considérant qu'« *il résulte de l'article 185 C. pr. pen et des principes généraux du droit que l'appel du ministère public s'étend à toutes les décisions rendues en matière de détention provisoire* »<sup>277</sup>. L'allusion aux *principes généraux du droit*, à propos des effets de l'appel, vise assurément le *droit d'appel* conçu en tant que principe. La Cour poursuit en effet en considérant que « *les juges du second degré ont méconnu le sens et la portée du principe susénoncé, que la cassation est, dès lors, encourue de ce chef* ». Les « *principes généraux du droit* » visés en tête de l'arrêt se transforment finalement en un « *principe susénoncé* » unique relatif au *droit d'appel*. Mais *droit d'appel* et *double degré de juridiction* sont-ils synonymes ? La réponse est incertaine<sup>278</sup>. Deux mois plus tôt, la Cour d'appel de Douai avait

<sup>273</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé*, Litec, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 1998, n°1581, p. 666.

<sup>274</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, Précis Dalloz, 25<sup>ème</sup> édition, Paris 1999, n°1344, p. 924. En réalité, le juge administratif n'est pas aussi clair, il se contente de viser le *double degré de juridiction* dans un paragraphe consacré aux principes généraux du droit. C.E. 21 février 1968, *Recueil* p. 123. L'ambiguïté est entretenue par un arrêt de 1980 dans lequel le Conseil distingue les principes généraux du droit et « *la règle du double degré de juridiction* ». C.E. ass. 31 octobre 1980, *Recueil*, p. 394. En revanche, si l'on s'en réfère à un arrêt du 4 janvier 1957, le Conseil d'Etat décide qu'un appel peut être formé devant lui « *sans que puissent faire obstacle à un tel appel les dispositions de l'article 3 du décret du 27 décembre 1948, lesquelles, en l'absence de toute disposition législative expresse, ne sauraient légalement exclure cette voie de recours* ». C.E. 4 janvier 1957 *Sieur Lamborot, Rec.*, p. 12. Si l'on suit le raisonnement du Conseil d'Etat, le droit d'appel ne peut être remis en cause par un texte réglementaire. Implicitement, l'appel est conçu par la juridiction administrative comme un principe général du droit.

<sup>275</sup> STEFANI G., LEVASSEUR., BOULOC B. *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 17<sup>ème</sup> édition, Paris, 2000, n°23, p. 22. Ce protocole a été publié dans un décret du 24 janvier 1989. La France y a émis une réserve en déclarant que le nouvel examen pouvait se limiter à un contrôle de l'application de la loi (simple pourvoi en cassation). Cette réserve dénature, à l'évidence, l'idée même de *double degré de juridiction*. L'ambiguïté est entretenue par l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui, depuis la loi du 15 juin 2000, dispose *in fine* que « *toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction* ». On peut se demander quel est l'intérêt d'une telle disposition si ce n'est de réaffirmer le droit au recours en cassation. Ce droit a d'ailleurs été assimilé au *double degré de juridiction* par la Cour de cassation, laquelle considère que ce principe « *peut se limiter à un contrôle de l'application de la loi, tel que le recours en cassation* ». Cass. crim. 23 juin 1999, Dalloz 1999, som. com., p. 327, observations PRADEL J.

<sup>276</sup> Cass. crim. 14 octobre 1954, *Bull. crim.*, n°293.

<sup>277</sup> Cass. crim. 6 juillet 1993, *Dalloz 1993*, juris., p. 429, note KEHRIG S.

<sup>278</sup> On peut en effet citer le cas du recours atypique contre la décision d'ouverture d'une tutelle, prévu à l'article 493 C.civ. La décision prise par le juge des tutelles est susceptible de faire l'objet d'un recours dans les quinze jours devant le tribunal de grande instance (article 1215 nouv.C.pr.civ. et article R 311-3 C.O.J.). Dans ce cas, le *double degré de juridiction* est effectif alors même qu'il n'y a pas d'appel. De même, la réserve française de circonstance au protocole n°7 additionnel à la CESDH prévoit que le recours en cassation peut faire office de *double degré de juridiction* en matière pénale. ANGEVIN H.,

admis l'appel du Procureur contre l'ordonnance d'un juge d'instruction en visant « *le principe fondamental du double degré de juridiction gouvernant toujours notre procédure pénale (...) sa mise en œuvre suppose que le ministère public dispose du droit d'appel contre toutes les ordonnances* »<sup>279</sup>. L'acception *double degré de juridiction* n'est pas ignorée par la chambre criminelle. A deux reprises en 1980 et 1981, elle visait expressément le « *principe général du double degré de juridiction* » pour admettre un recours d'une partie privée devant la chambre d'accusation<sup>280</sup>. De son côté, la deuxième chambre civile semblait emboîter le pas au Conseil d'Etat en établissant une distinction entre principe de droit et « *règle du double degré de juridiction* »<sup>281</sup>. Ainsi, dans deux arrêts qualifiés d'« *exceptionnels* » pour leur double visa de principe<sup>282</sup> la Cour de cassation affirmait : « *vu la règle du double degré de juridiction et le principe du contradictoire* »<sup>283</sup> ou encore « *vu la règle du double degré de juridiction ensemble les principes du respect des droits de la défense* »<sup>284</sup>. Doit-on pour autant en déduire que le *double degré de juridiction* ne figure pas parmi les principes du procès ? La réponse est assurément négative mais elle montre que la dénomination de principe n'est pas un critère adéquat de reconnaissance.

Doctrine et jurisprudence multiplient les appellations pour une règle de droit dont le contenu est lui-même mal défini. Faut-il parler de *droit d'appel* ou de *double degré de juridiction* ? L'une de ces deux notions englobe-t-elle l'autre ? Recouvrent-elles toutes les deux un double examen au fond de l'affaire devant une juridiction supérieure ou différemment constituée ? Le double examen a-t-il le statut de règle ? De principe ? De principe général, ou fondamental ? L'absence de cohérence dans les écrits doctrinaux et jurisprudentiels rend ainsi l'opération d'identification des principes directeurs très délicate. Elle l'est plus encore du fait de l'utilisation détournée du vocable « principe ».

#### δ) L'utilisation abusive de la dénomination « principe »

**49. L'utilisation du vocable à propos de règles techniques.** L'emploi du terme « principe » est un moyen, pour le juge, de donner à la règle qu'il énonce, une portée juridique plus grande. Aussi discutable qu'elle puisse paraître, cette méthode est pourtant couramment pratiquée. La Cour de cassation mentionne par exemple, les « *principes généraux* », sans plus d'indication, dans une décision qui ne vise qu'une simple règle technique. Le 8 mars 1995, la chambre criminelle affirmait : « *il résulte des principes généraux de procédure, que le demandeur qui se dérobe à l'exécution d'un mandat de justice n'est pas en droit de se faire représenter pour se pourvoir en cassation* »<sup>285</sup>. Cette attitude n'était d'ailleurs pas nouvelle puisque la même chambre visait déjà en 1976 « *les principes généraux du code de procédure pénale* » pour interdire le pourvoi en cassation à une

---

Incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur la procédure pénale française et plus spécialement sur celle de la Cour d'assises, *Droit pénal 1991*, n°7, p. 1.

<sup>279</sup> C.A. Douai 4 mai 1993, *Gaz Pal 1993*, 1, juris., p. 272, note LEVY R.

<sup>280</sup> Cass. crim. 10 janvier 1980, *Bull. Crim. 1980*, n°18, *Dalloz 1981*, juris p. 96, note CHAMBON P. *Gaz Pal 1980*, 2, juris, p. 654. ; Cass. crim. 24 février 1981, *Bull. Crim. 1981*, n°69, *JCP 1981*, II, 19689, note JEANDIDIER W. *Dalloz 1981*, juris, p. 469, note MALAVAL P.

<sup>281</sup> « *Vu la règle du double degré de juridiction* » affirme-t-elle à deux reprises. Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 13 octobre 1971, *Bull. civ.* n°275 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 6 novembre 1974, *Bull. civ.*, n°284.

<sup>282</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 76.

<sup>283</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 12 juillet 1972, *Bull. civ.*, n°219.

<sup>284</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 12 mai 1976, *Bull. civ.*, n°155.

<sup>285</sup> Cass. crim. 8 mars 1995, *Dalloz 1996*, som com, p. 256, notre PRADEL J.



personne s'étant soustraite à un mandat d'arrêt<sup>286</sup>. On voit mal en l'espèce, quel principe général peut fonder l'interdiction du pourvoi en cassation<sup>287</sup>. Comment pourrait-elle alors en déduire la règle de l'interdiction du pourvoi ? Cette dernière pourrait constituer elle-même, un des « principes généraux de la procédure » visé dans l'arrêt. On peut exprimer de sérieuses réserves sur cette qualification. Sans anticiper sur la suite des développements<sup>288</sup>, il semble bien que cette règle ne présente pas la généralité ni même la continuité requise pour entrer dans la catégorie des principes de procédure<sup>289</sup>.

Le même phénomène peut être observé lorsque la Cour de cassation se réfère, dans son dernier attendu, au « principe ci-dessus rappelé », pratique courante en procédure pénale. Dans un arrêt du 28 octobre 1997<sup>290</sup>, elle censurait la décision d'une juridiction du fond qui avait prolongé une période de détention provisoire. Dans son premier attendu, la chambre criminelle citait l'article 145-3 du Code de procédure pénale faisant obligation aux juges d'instruction qui prolongent une période de détention provisoire en matière criminelle de mentionner des indications particulières justifiant la poursuite de la privation de liberté ainsi que la durée prévisible de l'information judiciaire<sup>291</sup>. Cet article provient partiellement du principe de la *motivation des décisions de justice* mais doit s'analyser plutôt comme une disposition d'application spéciale de ce principe (motivation particulière). L'obligation d'indiquer un délai prévisible d'achèvement de la procédure n'est pas en rapport direct avec le principe de la *motivation*. Dans le dernier attendu, la Cour reprochait à la chambre d'accusation d'avoir « méconnu le principe ci-dessus rappelé ». De quel principe s'agissait-il ? Celui de la *motivation* qui n'est pas cité expressément dans l'arrêt, ou celui de l'article 145-3 qui doit plutôt s'analyser en une règle technique d'application partielle du principe de la *motivation*. La Cour a éludé la question en évoquant abusivement le terme « principe » tout en se référant à une règle ordinaire.

Toute disposition n'est pas un principe et la Cour de cassation, par un usage peu systématique et extensif du terme, détourne la signification et l'autorité de la notion de principe. Elle influence par là même la doctrine qui va qualifier de principe, des règles de pure technique procédurale. En procédure civile, un auteur fait référence au « principe selon lequel un jugement qui a écarté une fin de non-recevoir et ordonné une mesure d'instruction, sans trancher ni tout, ni partie du principal, ne peut être frappé d'appel indépendamment du jugement sur le fond. Ce principe a été affirmé avec fermeté par de nombreux arrêts de la Cour de cassation »<sup>292</sup>. Ici, le terme « principe » est utilisé pour une règle très spécifique, mais consacrée puis réaffirmée systématiquement en jurisprudence. L'origine de la confusion consiste bien dans le fait que la jurisprudence a créé la règle et en a maintenu l'application. Cette attitude semble conférer à la règle une importance ou une portée particulière qui lui

---

<sup>286</sup> Cass. crim. 30 novembre 1976, *JCP* 1980, II, 19437, note MAYER-JACK A.

<sup>287</sup> On pourrait rechercher l'origine de cette règle dans le principe du *droit au recours*, mais ce principe semble justement incliner vers l'ouverture du pourvoi. On pourrait aussi se référer au principe de la *liberté d'aller et venir*, mais il semble encore que la soustraction à un mandat d'arrêt soit un moyen, pour la personne poursuivie, de se maintenir en liberté conformément à l'inspiration du principe. La règle posée par la Cour suprême semble donc constituer une dérogation à ces deux principes.

<sup>288</sup> Cf. *infra* le titre 2 de la première partie sur les caractères distinctifs des principes directeurs.

<sup>289</sup> La Cour de cassation a récemment opéré un revirement de jurisprudence en la matière. Cass. crim. 30 juin 1999, *Bull. crim.* n°167 ; *JCP* 2000, I, 207, observations MARON A.

<sup>290</sup> Cass. crim. 28 octobre 1997, *Procédures* 1998, n°1, p. 17 com. n°17, note BUISSON J.

<sup>291</sup> Cette compétence ayant été transférée au juge des libertés et de la détention par la loi du 15 juin 2000, l'obligation de motivation a été reportée sur les ordonnances prises par ce magistrat.

<sup>292</sup> WIEDERKEHR G. Chronique de justice civile, *Justices* 1997, n°7, p. 171.

vaut la qualification de « principe ». Il ne s'agit en fait que de l'une des nombreuses modalités d'application du *double degré de juridiction*.

**50. Un trait distinctif insuffisant.** Suite à ces développements, une évidence apparaît : le terme « principe » par la diversité de ses acceptions appelle une multiplicité d'utilisations très différentes. La théorie du droit évoque cette diversité. Il existerait, au sein des « principes du droit », un certain nombre de catégories différentes<sup>293</sup>. La démultiplication des significations pour un même terme n'est pas sans porter préjudice à la notion de principe. L'emploi d'un sens large ou de sens multiples dénature cette catégorie de règles de droit et la vide de son sens. Jean BOULANGER constatait ainsi que la notion de principe n'a pas acquis de valeur juridique qui lui soit propre. L'appel aux principes ne serait « *qu'un moyen de simplifier la référence que l'on donne à des règles juridiques* »<sup>294</sup>. La pratique juridique serait donc celle de l'utilisation synonymique des expressions « principe », « règle » ou encore « norme ». Le vocabulaire juridique en serait simplifié mais les mots en perdraient finalement leur sens.

Sans adopter cette position extrême, il est possible de conclure que l'utilisation du terme « principe » n'est pas un critère distinctif permettant de reconnaître un principe directeur du procès judiciaire. Pour autant, on ne doit pas non plus négliger systématiquement l'expression. Son utilisation fournit un indice qui doit être confronté à une analyse plus approfondie relative aux caractères distinctifs des principes directeurs. Ceci d'autant plus que ces principes présentent un certain nombre de similarités avec les autres principes du droit.

### b) Les principes directeurs et les autres principes du droit

**51.** Au-delà de la typologie purement théorique présentée ci-dessus, on trouve, en droit positif, d'autres catégories de principes telles que la très vaste catégorie des « principes généraux du droit » ou celle, plus restreinte, des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Dans les textes, le vocable est utilisé par l'article 34 de la Constitution sous les termes imprécis de « principes fondamentaux ». En droit international, on retrouve encore des principes dans le statut de la Cour internationale de justice. La doctrine enfin, utilise l'expression « arrêt de principe » pour désigner les décisions de justice qui posent une solution jurisprudentielle nouvelle. Toutes ces locutions existent dans le langage juridique et désignent des notions qu'il convient de distinguer des principes directeurs.

**52. Principes directeurs et principes généraux du droit.** La catégorie des principes généraux du droit n'est pas définie de façon uniforme selon les auteurs et les matières. Bien connue en droit administratif, elle est plus ambiguë en droit privé. Il faut en délimiter rapidement les contours.

Apparus dans les arrêts du Conseil d'Etat, les principes généraux du droit administratif concernent tant le fond de la matière que la procédure. L'idée en fut conceptualisée par la suite en doctrine<sup>295</sup>. Ces principes peuvent être définis par un certain nombre de critères<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> WROBLEWSKI J. Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique, *Archivum Juridicum Cracoviense* 1984, vol XVII, p. 5. Sur la typologie dégagée par cet auteur, Cf. *supra*, n°9.

<sup>294</sup> BOULANGER J. Principes généraux du droit et droit positif, *Mélanges Ripert*, tome 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 51.

<sup>295</sup> MORANGE G. Une catégorie juridique ambiguë, les principes généraux du droit, *RDP* 1977, p. 761.

<sup>296</sup> RIVERO J. Le juge administratif français, un juge qui gouverne ?, *Dalloz* 1951, chron, p. 21.

Ils apparaissent dans les décisions de justice des juridictions administratives. Ils peuvent être invoqués nommément ; mais les juges font aussi allusion de façon plus large aux « principes généraux du droit ». Ils ont valeur de droit positif et le juge administratif en assure le respect. Le fondement de leur autorité est indépendant de tout texte comme le rappelle la traditionnelle formule « *applicables même en l'absence de texte* »<sup>297</sup>. Ils s'imposent face aux textes réglementaires mais cèdent devant la législation. Peu à peu ces principes se sont diversifiés, mais ils conservent une certaine unité formelle en ce qu'ils proviennent tous d'une création prétorienne de la juridiction administrative.

Le juge judiciaire n'est pas resté en retrait vis-à-vis de cette évolution. Il utilise aussi le concept de principes généraux du droit et notamment en procédure<sup>298</sup>. Pour autant, on ne trouve pas de définition uniforme de ce concept et l'on a même pu affirmer que cette notion « *ne désigne aucun élément particulier du droit positif* »<sup>299</sup>. Il faut alors se référer plus généralement à la notion telle qu'elle est abordée par les théoriciens du droit. De nombreux auteurs ont essayé de lui donner un contenu<sup>300</sup>. On y voit principalement l'œuvre jurisprudentielle. Ces principes dont l'appartenance au droit positif est affirmée, visent à combler les lacunes du droit écrit ou à en éclairer la signification ou la portée<sup>301</sup>.

Les principes généraux du droit privé et du droit public forment une même famille<sup>302</sup>. En considérant le droit comme un système<sup>303</sup>, ils « *constituent l'ensemble des propositions directrices auquel, tant la structure que le développement du système sont subordonnés* »<sup>304</sup>. Ils énoncent les propositions fondamentales de la vie juridique et jouent un rôle important dans l'interprétation juridique. Cette réunion dans un même ensemble des principes de droit public et de droit privé n'emporte pas l'adhésion de tous. La doctrine récente tente de souligner certaines divergences fondamentales entre les deux catégories, allant même jusqu'à nier l'existence de « *principes généraux du droit privé* »<sup>305</sup>. Il faudrait alors utiliser un

<sup>297</sup> Expression consacrée par l'arrêt *Aramu*, C.E. Ass. 26 octobre 1945, *Sirey 1946*, 3, p. 1, conclusions ODENT R ; *Dalloz 1946*, juris, p. 158, note MORANGE G.

<sup>298</sup> Cf. par exemple C.A. Chambéry 30 mai 1990, *JCP 1991*, II, 21704, note PANNIER J.

<sup>299</sup> DE BECHILLON M. *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 1998, p. 277.

<sup>300</sup> Pour certains, ce sont des règles que l'on trouve dans des textes ou dans des sources non écrites découlant de concepts philosophiques, politiques, juridiques ou sociaux qui dominent l'ordonnement juridique d'une société (PEPY A. *Encyclopédie Dalloz*, Lois et décrets, n°113). D'autres les définissent comme des règles du droit positif, apparues en droit international et en droit administratif, mais connues aujourd'hui de toutes les juridictions. Ces principes ne sont pas nécessairement formulés dans des sources écrites et sont donc moins rigides et moins précis que les prescriptions textuelles. C'est la généralité qui les caractérise le mieux et les distingue des simples règles de droit (BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°69, p. 85).

<sup>301</sup> JEANNEAU B. La nature des principes généraux du droit en droit français, *Travaux de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris*, tome 23, 1962, p. 203. Cf. aussi SARGOS P. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les gardes fous des excès du droit, *JCP 2001*, I, 306. Pour le magistrat à la Cour de cassation, le principe général « *est une notion première qui commande un ensemble de règles particulières qui viennent se ranger sous son application. Il est porteur de ce que l'on serait tenté d'appeler aujourd'hui une "règle de raison"* ».

<sup>302</sup> « *C'est au niveau des principes généraux que le droit public et le droit privé se rejoignent bien souvent. L'exemple du principe de la liberté de la défense est typique à cet égard* ». JEANNEAU B., *op. cit.* p. 204.

<sup>303</sup> Cf. *infra* n°279 et suiv.

<sup>304</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC 1962*, p. 55.

<sup>305</sup> « *L'expression de principes généraux du droit privé est une invention doctrinale qui ne correspond à aucune réalité juridique* » affirme le Professeur MORVAN dans sa thèse. Pour cet auteur, le vocable

vocabulaire soulignant l'indépendance des principes en droit privé : il s'agit, selon l'expression du Professeur MORVAN du « *principe de droit privé* »<sup>306</sup>. La réunion du droit privé et du droit public ne pourra se produire « *qu'après que le droit privé aura été doté d'une somme minimale de propositions théoriques, strictement adéquate à son contenu* »<sup>307</sup>. Quel que soit le vocable retenu, il est utile d'inclure les principes directeurs dans une catégorie plus vaste de principes juridiques ou de principes généraux du droit.

Les rapprochements entre principes directeurs et principes généraux du droit sont de divers ordres. Les principes directeurs sont parfois conçus, dans leur ensemble, comme des principes généraux. En procédure civile, le Professeur BOLARD procède à une véritable inclusion. Pour lui, « *comme tous les principes généraux du droit, les principes directeurs du procès civil rappellent les limites du positivisme juridique* »<sup>308</sup>. On en déduit logiquement que les principes directeurs forment une partie des éléments de la catégorie des principes généraux<sup>309</sup>.

D'autres fois, c'est un principe directeur en particulier qui fait l'objet d'une assimilation. Tel est le cas de l'*autorité de la chose jugée* : « *Principe élémentaire d'équité, principe général du droit, principe absolu a-t-on dit de non bis in idem* » affirme-t-on à son

---

ne refléterait qu'une pâle « *imitation des principes généraux du droit administratif* ». L'auteur estime que la Cour de cassation ne s'est jamais référée expressément à un « *principe général du droit* ». MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éd. Panthéo-Assas, Paris, 1999, pp. 97-98. Ce constat est erroné, il est possible de citer au moins deux arrêts de la chambre criminelle qui visent sans détour le « *principe général du double degré de juridiction* ». Cass. crim. 10 janvier 1980 et Cass. crim. 24 février 1981, *préc.* De même, dans le célèbre arrêt *Doré* en date du 17 mai 1984, la chambre criminelle affirme solennellement « *qu'il se déduit des dispositions de l'article 199 précité et des principes généraux du droit, que, dans tout débat se terminant par un jugement ou un arrêt, le prévenu ou son conseil devront avoir la parole en dernier* », Cass. crim. 17 mai 1984, *JCP*, 1985, II, n°20332, obs BORRICAND J. *Dalloz*, 1984, juris, p. 536, note JEANDIDIER W. Cette expression est utilisée par la Cour de cassation, mais les juges du fond ne sont pas en reste. A peine un mois avant la décision de l'assemblée plénière de 1990 en matière d'écoutes téléphoniques, la Cour d'appel de Paris créait un régime d'écoutes « *conformément aux principes généraux de la procédure pénale* ». C.A. Paris 18 octobre 1990, *Dalloz* 1990, juris., p. 536, réquisitions KEHRIG S.

<sup>306</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, *op. cit.* p. 99.

<sup>307</sup> *Ibid*, pp. 98-99. La volonté de distinguer le *principe de droit privé* des *principes généraux du droit public* (plus particulièrement administratif) n'est pas d'ordre purement terminologique. En réalité, l'auteur rejette la généralité comme spécificité des principes du droit privé. Avec la disparition de ce caractère, c'est l'appellation tout entière qui doit être modifiée. Telle n'est pourtant pas notre opinion. Nos recherches ont conduit à placer la généralité parmi les critères distinctifs des principes directeurs. Cf. *infra* n°224 et suiv.

<sup>308</sup> BOLARD G. Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri MOTULSKY, *JCP* 1993, I, 3693.

<sup>309</sup> L'allusion peut être moins directe. Un auteur étranger aborde de façon générale le problème des principes généraux du droit en estimant que « *le rôle des principes généraux du droit découle de leur effet général sur l'ensemble du système légal, quand ils se manifestent dans plusieurs branches du droit simultanément* » (BEKES I. Le rôle des principes généraux du droit dans le droit pénal, *Journées de la société de législation comparée* 1980, vol 2, p. 359). Il évoque ensuite « *le principe d'égalité devant la loi, qui, à son époque, proclamait l'absence de différence devant les tribunaux. Ce principe de la procédure pénale, exprimait la nécessité de jugements prononcés par des tribunaux indépendants (...)* ». Il ressort de ces affirmations que le principe général d'*égalité devant la loi* possède un aspect procédural. En tant que principe de procédure, cette règle peut être considérée comme un principe directeur. Elle en possède d'ailleurs tous les caractères. Le principe directeur de l'*égalité devant la justice* peut aussi être considéré comme un principe général du droit en ce qu'il découle du principe de l'*égalité devant la loi*.

propos<sup>310</sup>. La jurisprudence n'est pas étrangère à cette incorporation. A propos du *double degré de juridiction*, elle vise de façon générale « *les principes généraux du droit* » pour déterminer les modalités d'application du droit d'appel<sup>311</sup>. Dans l'arrêt du 30 juin 1995 où la Cour de cassation mentionnait dans son visa « *le principe des droits de la défense* », le premier avocat général faisait allusion dès le début de ses conclusions aux « *principes généraux de la justice, dont vous êtes précisément les gardiens* »<sup>312</sup>. Les principes directeurs seraient donc le « volet » judiciaire, processuel, des principes généraux du droit. Ce serait pourtant cantonner la valeur des principes de procédure dont certains sont consacrés au rang de principes constitutionnels.

**53. Principes directeurs et principes constitutionnels.** Les principes ayant une valeur constitutionnelle sont de plusieurs ordres. On y trouve les principes « particulièrement nécessaires à notre temps », les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », mais aussi de simples « principes à valeur constitutionnelle », soit inscrits dans la Constitution, soit consacrés par le Conseil constitutionnel. Certains principes directeurs sont inclus dans l'une de ces deux dernières catégories.

Concernant les principes à valeur constitutionnelle, une décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1996, affirme que la recherche des auteurs d'infraction est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits à valeur constitutionnelle, mais que le législateur doit les concilier avec l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties parmi lesquelles figurent la *liberté individuelle* et l'*inviolabilité du domicile*<sup>313</sup>. Par la suite, le Conseil estime que la loi déferée devant lui « *n'a pas apporté une atteinte excessive au principe d'inviolabilité du domicile* »<sup>314</sup>. On retrouve donc au rang des principes constitutionnels le principe directeur de *l'intimité de la vie privée* à travers celui de *l'inviolabilité du domicile* ; ces principes étant, selon le Conseil constitutionnel, des composantes du principe de *la liberté individuelle*<sup>315</sup>. Dans une décision du Conseil, relative à l'examen de la loi « Sécurité et Liberté »<sup>316</sup>, la juridiction constitutionnelle va confirmer l'existence de principes constitutionnels dont certains relèvent de la procédure pénale, tels que le principe selon lequel *l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles*<sup>317</sup>, celui de *l'indépendance des juges du siège*<sup>318</sup>, celui de *l'égalité devant la justice* ou encore celui de la *présomption d'innocence*. Ces principes, visés par la Constitution, ou créés par le Conseil constitutionnel, peuvent être considérés comme des principes directeurs du procès

<sup>310</sup> PRALUS M. A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne de l'un des aspects de *non bis* ? APD 1996, n°18, p. 37.

<sup>311</sup> Cass. crim. 6 juillet 1993, *Dalloz* 1993, juris, p. 429, note KEHRIG S.

<sup>312</sup> Conclusions de JEOL M. sous l'arrêt de l'assemblée plénière du 30 juin 1995, *Dalloz* 1995, juris, p. 513.

<sup>313</sup> CC. 16 juillet 1996, 96-377 DC, *Dalloz* 1998, som com, p. 154, note RENOUX TH ; *Dalloz* 1997, juris, p. 69, note MERCUZOT B. ; *RFDC* 1996, p. 806, note RENOUX TH ; *AJDA* 1997, p. 87, note TEITGEN-COLLY C. et JULIEN-LAFERRIERE F. ; *RD pub* 1996, p. 1245, note LUCHAIRE F.

<sup>314</sup> Il s'agit en l'espèce de la loi 96-393 promulguée le 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

<sup>315</sup> RENOUX TH, article précité, *Dalloz* 1998, som com, p. 155.

<sup>316</sup> CC. 19-20 janvier 1980, 80-127 DC, *Dalloz* 1981, juris p. 101, note PRADEL J. ; *JCP* 1981 II, 19701, note FRANCK C., *AJDA* 1981, n°6, p278, note GOURNAY CH. ; *RD pub* 1981, p. 651, note PHILP L.

<sup>317</sup> Principe inscrit à l'article 66 de la constitution de 1958.

<sup>318</sup> Article 64 de la Constitution de 1958

judiciaire (*égalité devant la justice*) ou comme des composantes d'un de ces principes (*l'indépendance des magistrats du siège* est un des éléments du principe de *l'indépendance de la justice*). On retrouve donc des principes directeurs parmi les principes constitutionnels.

Plus délicate est la question des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il s'agit d'une catégorie juridique récemment consacrée par le Conseil constitutionnel issue du préambule de la Constitution de 1946<sup>319</sup>. Ces principes forment un ensemble à part dans le bloc de constitutionnalité et répondent à des critères précisément déterminés<sup>320</sup>. Actuellement, deux principes du droit processuel privé sont inclus dans cette catégorie. Il s'agit d'abord du principe des *droits de la défense*. Cette consécration constitutionnelle a eu lieu, tant en matière pénale<sup>321</sup>, que dans des contentieux parallèles relevant, dans une conception extensive, du droit judiciaire<sup>322</sup>. Il s'agit ensuite du principe de la *séparation des autorités administrative et judiciaire* consacré en 1987. En application de ce principe, le Conseil réserve la compétence de l'autorité administrative pour les décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique<sup>323</sup>.

La question se pose de savoir si les principes élevés au rang constitutionnel ont une nature différente de ceux ayant valeur de principes généraux du droit. Observerait-on alors

<sup>319</sup> RIVERO J. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie juridique ? *Dalloz* 1972, chron p. 265.

<sup>320</sup> Peuvent entrer dans cette catégorie, les principes contenus dans la législation républicaine antérieure à la Constitution de la 4<sup>ème</sup> République, pour autant que cette législation soit constante, c'est à dire qu'aucune loi n'ait, par la suite, contredit le principe. De cette définition donnée par le Conseil, la doctrine a déduit trois conditions nécessaires à la création d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (DRAGO G., MOLFESSIS N. Chronique de justice constitutionnelle, *Justices* 1997, n°5, p. 241.) : 1) le principe doit avoir été visé dans une loi de la 2<sup>ème</sup> ou de la 3<sup>ème</sup> République ; 2) il ne doit pas avoir subi de « rupture législative » ; 3) il doit avoir une portée suffisamment générale pour donner lieu à des applications diverses. Il a été justement fait remarquer que le domaine des principes fondamentaux était un peu restreint, et que la législation des 4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> République pourrait servir de fondement à la création de nouveaux principes (*ibid* p. 246). Le résultat en est qu'un nombre assez faible de principes a été consacré par le Conseil constitutionnel. Certains auteurs en comptent sept et d'autres neuf (Sur la discussion, Cf., MATHIEU B., VERPEAUX M. La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge : la contribution de l'arrêt *Koné* du Conseil d'Etat à l'analyse de la hiérarchie des normes en matière de droits fondamentaux, *Dalloz* 1997, chron, p. 219). La controverse n'étant d'ailleurs pas terminée dans la mesure où le Conseil d'Etat s'est récemment déclaré compétent pour dégager des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (C.E. 3 juillet 1996, *Koné*, *RFDA*, 1996, conclusions DELARUE J.M., p. 870 ; *JCP*, 1996, II, n°22720, note PRETOT X. ; *Dalloz*, 1996, juris, p. 509, note JULIEN-LAFERRIERE F.; MATHIEU B. et VERPEAUX M., La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge, *op. cit.* ; FAVOREU L., GAÏA P., LABAYLE H., Trois points de vue sur l'affaire *Koné*, *RFDA*, 1996, p. 882 et suiv.).

<sup>321</sup> CC. 19-20 janvier 1980, 80-127 DC *précitée*. Le principe des *droits de la défense* avait déjà été visé en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République dans une décision 76-70 DC ; C.C. 2 décembre 1976, « Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail », *Rec. Cons. Const.* p. 39, *RD* 1978, p. 817, note FAVOREU L. Cette qualification n'est pas pour autant étendue au principe du *contradictoire*, simple corollaire des *droits de la défense* selon une décision 89-268 DC ; C.C. 29 décembre 1989, *Rec. Cons. Const.* p. 121 (considérant 57).

<sup>322</sup> C'est le cas notamment du contentieux en matière de droit de la concurrence, Cf. CC. 23 janvier 1987, *Dalloz* 1988, juris, p. 117, note LUCHAIRE F. ; *JCP* 1987, II, 20854, note SESTIER J.F. ; *AJDA* 1987, p. 345, note CHEVALLIER J. ; *RD pub* 1987, p. 1341, note GAUDEMET Y. ; *RFDA* 1987, p. 287, note GENEVOIS B.

<sup>323</sup> CC 23 janvier 1987, 86-224 DC, *Rec.* p. 8 ; *RFDA* 1987, p. 304, observations FAVOREU L. ; *RD* 1987, p. 1341, observations GAUDEMET Y. ; *Dalloz* 1988, juris., p. 117, note LUCHAIRE F. ; *JCP cahiers du droit de l'entreprise* 25 juin 1987, note ROUSSEAU D. ; *JCP* 1987, II, 20854, note SELINSKY V. ; *Gaz. Pal.* 31 mars 1987, note VIALA A.

une dispersion de la catégorie des principes directeurs en principes généraux du droit, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes à valeur constitutionnelle, auxquels on pourrait d'ailleurs ajouter les principes de la CESDH ou du droit international en matière procédurale ? La réponse doit être assurément négative. Tous ces principes ont une même nature et présentent des caractères communs. Seule leur valeur ou leur autorité diffère en fonction de leur reconnaissance par telle ou telle source textuelle ou jurisprudentielle<sup>324</sup>. La diversité de leurs origines est certes facteur d'ambiguïtés<sup>325</sup>, mais n'atteint pas leur nature normative unitaire et l'on peut affirmer, au regard des définitions doctrinales, que les principes directeurs font partie de la très vaste catégorie des principes généraux du droit<sup>326</sup>. Ils occupent au sein de ce groupe un domaine particulier qui est celui du droit processuel privé mais ils empruntent à cette famille les traits essentiels qui la caractérisent. Pour sceller cette appartenance, il faut encore procéder à une distinction entre les principes directeurs et les règles provenant des « arrêts de principes ».

**54. Principes directeurs et « arrêts de principe ».** Comme le souligne le Professeur ATIAS, les juristes français aiment les principes<sup>327</sup>, à tel point qu'ils en voient un peu partout. L'ambiguïté qui tourne autour des arrêts de principe n'échappe pas au phénomène. Ces décisions de justice forment des précédents et jouent un rôle important dans la création et l'interprétation du droit. On les définit comme des « *décisions univoques, tranchant nettement et solennellement, c'est à dire durablement, le débat entre deux opinions à valeur générale, soutenue ou soutenable* »<sup>328</sup>. Ces arrêts posent donc une solution ou une règle de droit nouvelle souvent formulée de façon générale et abstraite. Leur nom voudrait que les règles ainsi dégagées fussent des principes. Ce n'est pourtant pas toujours le cas. Elles présentent au contraire une certaine diversité qui les dissocie des principes du droit<sup>329</sup>. En

<sup>324</sup> Les principes du droit processuel ayant valeur constitutionnelle ont d'ailleurs tous une existence dans un texte législatif (*présomption d'innocence, intimité de la vie privée*), ou jurisprudentielle (*droits de la défense*).

<sup>325</sup> Cf. *infra* n°98 et suiv. sur l'ambiguïté du contenu des principes directeurs.

<sup>326</sup> Il faut entendre par là, non pas la famille restreinte des principes généraux du droit administratif tels qu'ils ont été principalement définis par l'arrêt *Aramu* (C.E. Ass. 26 octobre 1945, précité.) et qui relèvent uniquement de la compétence du Conseil d'Etat, mais la catégorie, plus générale, de tous les principes généraux du droit (ou encore des principes juridiques) tels qu'ils ont été envisagés ci-dessus. Cf. *supra* n°52 sur la notion de principe général du droit et *infra* n°56 sur les principes juridiques.

<sup>327</sup> ATIAS C. L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé, *JCP* 1984, I, 3145.

<sup>328</sup> *Ibid* p. 19.

<sup>329</sup> Certaines décisions créent effectivement un nouveau principe ignoré des lois et règlements, ou dégagent, à partir de nouvelles dispositions textuelles techniques, un principe qui procède d'une généralisation de ces dispositions. Par exemple, le principe de *l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil* fut dégagé par la Cour de cassation dans un arrêt de 1855 (Cass. civ. 7 mars 1855, Dalloz 1855, 1, p. 81 ; Sirey 1855, 1, p. 439). Ce principe n'existait auparavant que du criminel sur le criminel, ou du civil sur le civil (Article 1351 C. civ.). L'arrêt de principe de la chambre civile avait donc pour fonction de créer un principe directeur ignoré par les textes. D'autres arrêts visent des objectifs plus modestes. Ils peuvent se contenter d'interpréter une disposition textuelle. La Cour de cassation décidait ainsi en 1984 « *qu'il n'importe que le président de la chambre correctionnelle qui a rendu l'arrêt attaqué ait, dans la même affaire, comme membre de la chambre d'accusation, précédemment statué sur la détention provisoire* » (Cass. crim. 20 novembre 1984, Dalloz 1985, juris, p. 541, note PRADEL J.). Il s'agissait donc d'un arrêt de principe procédant à une interprétation du principe de *la séparation des fonctions d'instruction et de jugement* (Cette solution ne devrait pas persister dans la mesure où l'article 137-1 al 3 C.pr.pén. issu de la loi du 15 juin 2000 interdit au juge des libertés et de la détention de « *participer au jugement des affaires pénales dont il a connu* »). On remarquera aussi qu'un principe directeur d'origine jurisprudentielle peut résulter d'une seule décision (tel celui de *l'autorité du criminel sur le civil*) ou d'une suite de solutions dans le même sens ; ce que l'on appelle une

réalité, l'arrêt de principe se caractérise surtout par l'aspect novateur de la solution qu'il dégage. Il tranche une controverse sur l'interprétation d'une disposition textuelle, constitue une évolution marquante dans le développement d'une institution juridique. Il bouleverse en quelque sorte l'ordonnement juridique traditionnel en apportant des règles nouvelles. Le principe juridique, au contraire, se caractérise par sa continuité, sa généralité. Il ne vise pas à donner une solution particulière à un problème donné, mais fournit plutôt un cadre général ou une orientation qui permet à la juridiction de rendre une décision ou de trancher une controverse. Dans ce dernier cas, il ne sera pas le résultat du raisonnement juridique de la juridiction, mais plutôt sa source d'inspiration. La conjonction entre principe du droit (et donc principe directeur) et arrêt de principe est finalement assez peu fréquente et ne présente aucune systématisme.

**55. Principes directeurs et « Principes fondamentaux » de l'article 34 de la Constitution.** L'article 34 de la Constitution est rédigé en des termes équivoques. Il prescrit que :

« - La loi fixe les **règles** concernant (notamment) :

- Les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (...).
- La détermination des crimes et délits, ainsi que les peines qui leur sont applicables, la procédure pénale...

- La loi détermine les **principes fondamentaux** (notamment)

- de l'organisation générale de la défense nationale
- de l'enseignement... ».

Cette énumération est surprenante en ce qu'elle distingue deux types de normes juridiques : les « règles » et les « principes fondamentaux ». L'article 34 crée une distinction mais il ne dit pas sur quoi se fonde cette distinction. Une interprétation littérale de l'article 34 laisse penser que la procédure pénale ne connaît que des règles et aucun principe. La réalité est toute autre. Des principes existent en procédure pénale (comme d'ailleurs en procédure civile) et le législateur prend une part non négligeable dans leur détermination<sup>330</sup>. L'embryon de catégorisation n'est donc pas très indicatif. Si la distinction entre *règles* et *principes fondamentaux*, opérée par l'article 34 peut avoir une signification pour certaines matières, cela n'est certainement pas le cas concernant le droit processuel privé. Il est donc impossible d'assimiler les principes directeurs aux *principes fondamentaux* de l'article 34 et ce, même si la jurisprudence utilise parfois cette formulation pour y englober des principes directeurs<sup>331</sup>.

**56. L'intégration des principes directeurs au sein de la catégorie des principes juridiques.** Les principes directeurs font partie de la très vaste catégorie des *principes du*

---

jurisprudence constante. Dans ce dernier cas, le principe directeur ne résultera pas d'un arrêt de principe mais d'un ensemble d'arrêts dont aucun ne pose une véritable solution de principe.

<sup>330</sup> Il suffit pour s'en convaincre de lire l'article préliminaire du Code de procédure pénale issu de la loi du 15 juin 2000.

<sup>331</sup> Dans un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble, on trouve la formule suivante : « Attendu que la saisine d'office d'une juridiction est une règle dérogatoire à un principe directeur du procès exprimé notamment par l'article 1 du nouv. C. pr. civ. ; que cette possibilité est également dérogatoire à un principe fondamental de l'éthique du magistrat (...). Attendu que l'utilisation cumulée par le tribunal de textes dérogatoires à des principes fondamentaux de procédure a eu pour conséquence (...) que M. X a été cité à comparaître devant une juridiction qui s'était saisie d'office (...), que M. X pouvait donc avoir l'impression qu'il comparaisait plutôt devant un adversaire que devant un juge, qu'il peut donc valablement faire valoir le manque d'impartialité de la juridiction ». C.A. Grenoble 11 septembre 1997, *Dalloz* 1998, juris, p. 128, note RENUCCI J.F.



*droit* ou des *principes généraux du droit*. Ils possèdent, selon les cas, une valeur et une portée très différentes qui permettent de les raccrocher parfois aux *principes à valeur constitutionnelle* ou aux *principes fondamentaux reconnus pas les lois de la République*. Pour autant, le terme de *principe*, n'est pas obligatoirement celui qui permet de les identifier. On retrouve les principes directeurs sous la forme de *règles générales de procédure*, ou de *principes fondamentaux*, ou encore de *principes généraux de la justice*. Autant dire que la terminologie ne procure que de vagues indications pour les repérer au sein du droit processuel. Pour autant, il est possible de préciser leur nature, de cerner le domaine dans lequel ils évoluent, les notions qui leur sont mitoyennes. Vis-à-vis des sources du droit, leur place est ambiguë. On ne peut les assimiler à ces dernières, mais le rôle des principes dans la création et l'évolution du droit n'est pas négligeable. Ils s'intègrent, au contraire, parfaitement dans la catégorie des normes juridiques et tiennent, au sein de cet ensemble, une place qui leur est propre. C'est cette place singulière qu'il faut rechercher en précisant à présent les termes de notre problématique.

## V) Définition de la problématique.

57. « Les principes directeurs existent... » pourrait affirmer de façon péremptoire le juriste qui trouve sur le chemin de sa recherche des règles aussi essentielles que la *présomption d'innocence*, les *droits de la défense*, ou l'*autorité de la chose jugée*. La rencontre avec les principes directeurs suscite de prime abord l'enthousiasme, voire l'émerveillement devant des règles grâce auxquelles le droit judiciaire trouve un socle et une légitimité. Les principes directeurs sont vertueux car ils sortent la procédure de son ennui et de sa technicité<sup>332</sup>. Si les principes directeurs purgent la procédure de ses imperfections, c'est bien qu'ils forment un corps de règles différent des autres, empreint d'un esprit, d'une âme, d'un sens de la justice. La glorification des principes conduit le juriste à constater l'existence d'une catégorie de principes directeurs... et à s'arrêter en chemin.

Plus on se penche sur les principes, plus on accepte de mettre à l'écart l'engouement presque irrationnel qu'ils suscitent. Plus on pénètre dans leur antre, plus les principes se dérobent à l'analyse synthétique, plus ces normes d'exception deviennent insaisissables. Telle est bien la réalité des principes directeurs du procès judiciaire. Ils s'imposent à tous au grand jour mais révèlent au chercheur des zones d'ombre insondables.

Dès lors, l'approche des principes doit être empreinte de doute et de scepticisme. On pourrait être tenté par une première attitude qui prendrait pour établie l'existence d'une catégorie juridique des principes directeurs et entreprendrait d'en déterminer les contours. Une telle démarche est séduisante de prime abord. Pourtant, elle se révèle impuissante pour appréhender la complexité des principes. Très rapidement, on se perd dans la diversité des sources, des définitions doctrinales ou des apparitions des principes dans le droit positif. D'une certitude initiale, on risque alors de s'enfoncer peu à peu dans une matière dont la complexité va croître au fil de la recherche.

La démarche doit être inversée. Dès les premiers pas sur les traces des principes, on s'aperçoit que le pluralisme semble être leur trait le plus caractéristique. Comment dès lors, les regrouper dans un ensemble homogène ? Existe-t-il des indices qui permettent de

---

<sup>332</sup> « Le seul terme de procédure évoque un droit artificiel de procédés, de formalités et de tours. Le profane, de loin, y voit volontiers un formalisme vain, un terrain de manœuvres souvent dilatoires où, par esprit de chicane, l'homme subtil enlise ses mauvaises querelles » affirment les Professeurs CORNU et FOYER pour ouvrir leur manuel. CORNU G., FOYER J. *Procédure civile, op. cit.*, n°1, p. 1.

distinguer les principes des autres règles de la procédure ? Une nouvelle approche s'impose alors d'elle-même. Elle peut se résumer par la question suivante : **les principes directeurs du procès judiciaire forment-ils une catégorie juridique distincte de celle constituée par les règles techniques de la procédure ?** Cette interrogation en suscite inévitablement d'autres : quels sont les liens qui unissent les principes directeurs et réalisent leur unité ? Ces liens font-ils apparaître une catégorie autonome de principes directeurs ?

Il faut aborder les principes directeurs comme des concepts inconnus et se poser la question de savoir qui sont ou que sont les principes directeurs du procès judiciaire ? Ces principes doivent être identifiés et distingués des autres règles du droit processuel et leur particularisme mis en évidence. Il faut leur donner une définition conceptuelle qui repose sur l'analyse du droit positif éclairée par la théorie du droit. Une première approche consiste donc dans l'étude de **la notion de principe directeur du procès judiciaire** (première partie).

Isoler une catégorie de principes autour d'un certain nombre de caractères communs, ne permet pas de justifier la présence de ces principes dans le droit processuel. Les principes procéduraux possèdent-ils une utilité dans le fonctionnement du procès, dans l'organisation des règles de procédure ? Pour répondre à ces interrogations, il est nécessaire d'envisager le droit processuel et le procès judiciaire dans une perspective systémique. Les principes directeurs forment alors un système de normes qui entretient des relations avec d'autres systèmes<sup>333</sup>. L'étude de ces relations va permettre de mesurer **l'action des principes directeurs du procès judiciaire** (seconde partie). C'est en analysant comment les principes directeurs agissent dans le système normatif processuel ou sur le déroulement du procès judiciaire, que l'on pourra mesurer tout à la fois leur singularité et la raison de leur existence.

---

<sup>333</sup> Le système des règles techniques par exemple.

# Première partie : La notion de principe directeur du procès judiciaire

**58.** Pour mettre en évidence l'existence d'une catégorie juridique de principes directeurs il est nécessaire de mener une étude approfondie autour du concept lui-même<sup>334</sup>. Cette recherche fait jaillir un certain nombre de questions : d'où viennent les principes ? Qui les crée ? Mais aussi comment les reconnaître ? Quels sont les traits qui marquent leur particularité ? Autant de questions qui nécessitent que soient définis au préalable les présupposés qui formeront le socle de la réflexion théorique autour des phénomènes observés.

**59. La forme et le contenu.** Une première controverse théorique trouve sa source dans le normativisme kelsenien<sup>335</sup>. Elle porte sur la question de la place de la forme et du contenu au regard des origines de la norme. KELSEN aborde la problématique des origines de la norme juridique par le biais de sa validité<sup>336</sup>. Ainsi, pour le maître viennois, le contenu de la norme est indifférent<sup>337</sup>. Cette démonstration n'emporte pas la conviction de tous et certains auteurs insistent sur la dimension morale du droit<sup>338</sup>. Dès lors, la norme doit être considérée sous ses deux aspects : sa forme et son contenu<sup>339</sup>. En conséquence, l'étude de la notion de principe directeur du procès judiciaire doit se faire selon ce double éclairage.

---

<sup>334</sup> Sur la définition des concepts juridiques, Cf. BERGEL J.L. *Méthode du droit, théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°182 et suiv., p. 195 et suiv.

<sup>335</sup> KELSEN H. *Théorie pure du Droit*, traduction Thévenaz, éd° de la Baconnière, Neuchatel 2<sup>ème</sup> éd., 1988.

<sup>336</sup> Une norme positive existe lorsqu'elle est valable. Pour cela, il faut qu'elle ait été créée par un acte selon un processus défini par la norme immédiatement supérieure. La théorie de l'école de Vienne présente le droit comme un ensemble fermé sur lui-même. Le contenu de la norme est du domaine du non-droit (DUBOUCHET P. Herméneutique et théorie normative du droit, *RRJ 1994*, p. 735).

<sup>337</sup> « la validité d'une telle norme n'est pas affectée par le fait que son contenu se trouverait en opposition avec une valeur quelconque morale ou autre ». *Ibid* p. 122.

<sup>338</sup> DWORKIN affirme que la formation du droit résulte « des exigences de la justice et de l'équité, ou de quelques autres dimensions de la morale » (Cité par TROPER M. Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin ? *Droit et société 1986*, n°2, p. 41).

<sup>339</sup> Pour illustration, le principe d'impartialité dispose d'une double origine. Quant à son contenu, il s'inspire de la notion (ou de la valeur) d'impartialité ; quant à sa forme, il existe de par sa reconnaissance officielle dans la CESDH (article 6§1).

**60. Jusnaturalisme ou positivisme**<sup>340</sup>. La pensée naturaliste a connu et connaît encore de nombreux développements en droit processuel privé. Des auteurs contemporains affirment qu'il existe « *une structure inhérente à toute procédure* » qui forme les bases irréductibles du droit processuel<sup>341</sup>. Cette structure serait composée d'un ensemble de principes généraux. MOTULSKY, l'initiateur du droit naturel processuel moderne, enseignait que la catégorie des principes généraux se divise en deux : d'une part les principes « *techniques* » et d'autre part, les principes « *philosophiques* »<sup>342</sup>. Ces derniers relèveraient du droit naturel<sup>343</sup>. En droit processuel, les thèses naturalistes reposent ou sont étayées par des décisions de justice qui semblent leur donner un certain crédit. L'arrêt le plus souvent cité est celui de la Cour de cassation en date du 7 mai 1828 dans lequel il était proclamé que « *la défense (est) un droit naturel* »<sup>344</sup>.

De leur côté, les sociologues constatent que le droit est un fait social comme un autre. Sa création répond à des lois que l'on peut observer et analyser<sup>345</sup>. Le droit comme phénomène social a été mis en valeur par le normativisme, mais dans la perspective sociologique, il n'est plus issu d'une création étatique arbitraire. Il provient des faits sociaux<sup>346</sup> : de l'histoire, de l'économie, des idées politiques, des luttes sociales<sup>347</sup>... Il est la résultante du modèle étatique et des valeurs défendues par les forces sociales<sup>348</sup>. Les faits

<sup>340</sup> Sur la confrontation des deux écoles et l'incidence de leurs doctrines sur la théorie du droit processuel, Cf. Etienne VERGES, *La catégorie des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse dactylographiée, Aix-en-Provence, 2000, n°61 à 91, pp. 78 à 102.

<sup>341</sup> BARANES W., FRISON-ROCHE M.A., ROBERT J.H., Pour le droit processuel, *Dalloz 1993*, Chron, p. 9.

<sup>342</sup> MOTULSKY H. Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges Roubier*, 1961, t2, p. 175 ; *Ecrits*, t1, p. 60.

<sup>343</sup> L'auteur va ainsi dégager, un certain nombre de ces principes. Il estime qu'il existe, en « *droit naturel jurisprudentiel* », une obligation de *loyauté*, mais aussi et surtout, un principe *du respect des droits de la défense*. Dans le sillage de ce principe, la même origine a été attribuée au principe *du contradictoire* (BOCCARA B. La procédure dans le désordre, le désert du contradictoire, *JCP 1981*, I, 3004). Plus récemment, c'est le principe de *dignité* qui a été rapproché de la nature humaine (MATHIEU B. La dignité de la personne humaine, quel droit ? Quel titulaire ? *Dalloz 1996*, chron, p. 282).

<sup>344</sup> Cass. civ. 7 mai 1828, *Sirey 1828*, 1, p. 329. La juridiction suprême française n'est pas la seule à utiliser ce type de référence. Une décision du tribunal constitutionnel de Bavière a reconnu, en 1950, l'existence de dispositions constitutionnelles « *qui expriment d'une façon si élémentaire et si intense un droit préexistant à la constitution qu'elles lient le législateur constituant lui-même* » (Cité par BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°84, p. 97). De même, la Cour suprême des Etats-Unis a pu apprécier la validité de certaines lois au regard de principes supraconstitutionnels qu'elle a qualifiés « *de droit naturel* ».

<sup>345</sup> ALEX P. *Le positivisme et le droit*, Leroux, Paris, 1876, p. 28. Pour d'autres, il faut parler d'une « *réalité sociale* » qui contribue à la réalisation « *d'un ordre de valeurs consciemment organisé* ». VISSER'T HOOFT H. PH. Pour une mise en valeur non positive, de la positivité du droit, *Droits*, 1989, n°10, p. 105.

<sup>346</sup> BERGEL J. L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°20, p. 26.

<sup>347</sup> Les développements les plus avancés considèrent même que l'acte de création du droit ne relèverait pas du libre arbitre. On connaîtrait ainsi les règles en étudiant les rapports entre les hommes en société car celles-ci ne sont que l'expression de rapports sociaux préexistants. Une simple lecture de la réalité sociale doit alors révéler la règle applicable. AMSELEK P. *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1964, p. 150.

<sup>348</sup> M. COULON, lors de la présentation de son projet de réforme de la procédure civile, développait l'idée selon laquelle « *toute société fabrique une idéologie dominante (...) qui suit le mouvement de ses institutions, de ses mœurs et de ses croyances* ». COULON J. M. Les évolutions possibles de la procédure civile, *Gaz Pal 1996*, 2, doct, p. 1000. En prolongeant cette réflexion, on peut dire que dans une même société, une multitude de groupes possédant les idées et les moyens d'expression les plus

sociaux exercent une influence incontestable sur les organes de l'Etat qui ont une légitimité représentative. Il faut encore admettre que le juge fonde son œuvre créatrice sur ces faits sociaux<sup>349</sup>. Jusnaturalisme et positivisme sociologique s'opposent ainsi sur les fondements et la nature de la norme juridique. Cette controverse concerne particulièrement les principes directeurs.

**61. Doctrines du droit naturel et principes directeurs.** Ce sont, tout d'abord, les caractères de ces principes qui les rapprochent de la définition du droit naturel. Leur permanence rappelle le droit immuable, leur primauté dans l'ordre juridique positif semble indiquer leur proximité avec un droit dit supérieur. D'autres caractères plus discutables, tels que l'universalité ou la consubstantialité, font encore penser au droit attaché à la nature humaine ou à celle des choses. Leur flexibilité<sup>350</sup> enfin, semble les rapprocher définitivement d'un droit naturel qui se veut universel mais souple afin de respecter le pluralisme juridique des différentes civilisations. Cet ensemble de corrélations conduit à penser que le droit naturel est matérialisé par les principes généraux du droit et, en droit processuel, par les principes directeurs. D'autres arguments plaident en faveur de cette thèse. Le principal est celui qui vise à justifier le pouvoir créateur du juge. Ce pouvoir s'exprime avec une grande vigueur lorsque le juge proclame un principe général du droit. On constate ainsi que ces principes tirent formellement leur force juridique de l'intervention jurisprudentielle, mais qu'ils tiennent matériellement leur autorité morale de la source dans laquelle ils puisent leur raison d'être : le droit naturel<sup>351</sup>.

La nature humaine va permettre d'établir une relation entre principes directeurs et droit naturel à travers les droits de l'homme. Selon cette philosophie, chaque homme possède des droits par ce qu'il est homme et ces droits sont identifiables<sup>352</sup>. Le droit le plus intimement attaché à l'individu est la *liberté*, dans tous ses aspects : physique, politique, économique, et

---

divers peuvent s'affronter ou se regrouper autour de valeurs et d'intérêts semblables ou divergents. C'est cette multitude de valeurs et d'intérêts, conçus comme des faits sociaux, qui vont influencer la construction de chaque règle juridique.

<sup>349</sup> Pour certains, le juge est l'organe étatique le plus apte à modifier l'ordonnement juridique (GHIRARDI O. A. Quelques réflexions sur une loi qui régit l'évolution des concepts juridiques fondamentaux, *RRJ* 1985, p. 723). On dit de lui qu'il puise son action dans « *l'espace public* » (SALAS D. Le juge dans la cité, nouveaux rôles, nouvelle légitimité, *Justices* 1995, n°2, p. 181) ou encore qu'il se fait le « *sociologue des mentalités de son temps* » (DWORKIN R. cité par RIALS S. La fonction de juger, l'office du juge, *Droits* 1989, n°9, p. 3). Le procès est à la fois le lieu privilégié de l'explosion des conflits sociaux, individuels ou collectifs. Il est aussi celui où l'on recherche en permanence la solution juste pour la résolution de ces conflits. Il apparaît ainsi comme l'endroit le plus adapté à la formation et à la transformation du droit (BASTIT M. Réflexions introductives sur le procès, *RRJ* 1983, p. 123). Les divisions sociales se retrouvent devant le juge et sa légitimité dépend de sa capacité à être « *en prise directe avec le social* »<sup>349</sup>. On peut dire en cela qu'il fait preuve d'une certaine « *porosité par rapport aux situations de fait* » (FRISON-ROCHE M-A. Les offices du juge, *Mélanges Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 463).

<sup>350</sup> Tous ces caractères seront étudiés en détail dans le second titre de cette première partie.

<sup>351</sup> JEANNEAU B. La nature des principes généraux du droit en droit français, *Travaux de l'institut de Droit comparé de l'université de Paris* 1962, t 23, p. 203. L'auteur considère les principes généraux comme « *le produit d'aspirations latentes de la conscience nationale qui s'imposent à lui avec une force toute particulière* ». Un avocat général près la Cour de cassation tente de donner crédit à ce raisonnement. Il affirme qu'au dessus des règles écrites du droit, il existe « *les grands principes non écrits de la raison, qui leur sont à la fois antérieurs et supérieurs, qui les dominent et les imprègnent et par lesquels nous les mettons en œuvre* » CHARBONIER, conclusions sous Cass. civ. 27 juin 1984, *Dalloz* 1985, juris, p. 199.

<sup>352</sup> La doctrine récente établit une distinction entre les droits attachés à l'homme en tant qu'individu, et ceux qui relèvent de l'humanité conçue comme la réunion symbolique de tous les individus. EDELMAN B. La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, *Dalloz* 1997, chron, p. 185.

même procédurale (*liberté* d'agir ou de se défendre). Si l'on se réfère, non plus à l'homme, mais à tous les hommes, autrement dit à l'humanité, c'est un nouveau concept qui apparaît, celui de *dignité*<sup>353</sup>. *Liberté* et *dignité* sont des droits qui s'attachent, individuellement ou collectivement à la nature humaine. Ils relèvent donc du droit naturel.

Certains auteurs préfèrent relier les principes directeurs à la nature des choses, c'est à dire à un *droit naturel structurel*. Selon cette doctrine, le droit naturel existe non parce que la nature de l'homme l'exige, mais par ce qu'il se calque sur la nature des choses et des institutions. Cette théorie est reprise en procédure dans la thèse du Professeur FRISON-ROCHE<sup>354</sup>. L'idée n'est plus de faire appel à la raison humaine, quelque peu discréditée au cours du vingtième siècle, mais plutôt à la logique. L'auteur affirme que « *le contradictoire, en ce qu'il ressort de la logique, ne doit rien à la nature humaine* ». Le procès, phénomène propre à l'Etat social, ne peut se passer du principe du *contradictoire*. Il est donc dans la nature du procès d'être régi par le principe *du contradictoire*. Cette relation consubstantielle<sup>355</sup> établit l'existence naturelle d'une règle de droit, en l'occurrence l'un des principes directeurs du procès. En conséquence, le principe directeur de droit naturel serait celui sans lequel le procès n'existe pas. Plus précisément, cette thèse défend l'idée selon laquelle il est dans la nature du procès d'être régi par certains principes<sup>356</sup>.

Les théories du droit naturel et leurs applications procédurales sont séduisantes. Elles semblent vouloir faire admettre des évidences, un modèle unique et universel, naturel et immuable. Elles ignorent pourtant le pluralisme ; elles révèlent aussi des fondements instables, voire critiquables<sup>357</sup>.

<sup>353</sup> *Ibid* p. 186. L'auteur dénie à la *dignité*, une appartenance juridique aux droits de l'homme. Il se fonde d'ailleurs sur une jurisprudence de la Cour de cassation pour étayer son raisonnement. La lecture de la CESDH contredit cette opinion. Dans son article 3, elle vise l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants. Dans son article 4, elle interdit l'esclavage, la servitude ou le travail forcé. Autant de notions qui semblent faire référence à l'idée de dignité de la personne humaine. La dignité humaine n'est pas consacrée explicitement par la Convention. Pourtant, la Commission européenne des droits de l'homme a décidé, à propos de l'article 3, que les termes « *traitement dégradant* » visaient en général à empêcher les atteintes particulièrement graves à la dignité humaine (Comm. EDH, 14 décembre 1973, *Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume Uni*, DR 78-B). De même, dans son arrêt *Tyrrer*, la Cour a estimé que « *la dignité et l'intégrité de la personne* » constituent « *les buts principaux de l'article 3* » (CEDH, 25 avril 1978, *Tyrrer c/ Royaume Uni*, série A, n°25).

<sup>354</sup> FRISON-ROCHE M.A. *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, thèse, Paris II, 1988. Conclusion p. 41.

<sup>355</sup> Cf. *infra* n° 182 et suiv. sur la consubstantialité supposée des principes.

<sup>356</sup> Outre le *contradictoire*, plusieurs principes ont été qualifiés comme des éléments du droit naturel sans que leur appartenance aux droits de l'homme ait été nettement affirmée. C'est le cas du principe de *loyauté* (LEBORGNE A. L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, *RTD civ.* 1996, p. 535). MOTULSKY a, quant à lui, dégagé un certain nombre de principes de procédure civile se rattachant à la nature. Il s'agit du respect des *droits de la défense* (MOTULSKY H. Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, *op. cit.* p. 65), mais aussi du respect de *l'égalité des plaideurs*, ou encore de la règle selon laquelle *nul ne doit être juge dans sa propre affaire*, corollaire du principe *d'indépendance des juridictions*.

<sup>357</sup> La première critique réside dans la dimension métaphysique de la doctrine jusnaturaliste. KELSEN estime ainsi que l'introduction de la métaphysique au sein du système juridique pourrait s'avérer être une source de désordre dans la mesure où cette notion n'a rien de juridique (SCHAERER R. Droit, morale et axiologie, in *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie J. Vrin, Paris, 1973). La deuxième critique repose sur la confusion opérée par le jusnaturalisme entre la nature et le droit. Si l'on observe les sciences de la nature, on s'aperçoit qu'elles formulent des relations causales : un phénomène se produit par ce qu'un autre l'a provoqué. Les lois de la nature sont donc des lois de causalité et non de prescription. Elles sont vraies ou fausses et ne formulent pas d'obligation, d'interdiction, ou de permission. Au contraire, le droit ne définit pas ce qui est, mais ce qui doit être. Il est prescriptif et non descriptif. Ses lois s'imposent par leur autorité, même si elles ne correspondent à

**62. Positivisme sociologique et principes directeurs.** Les principes directeurs sont des normes. Ils s'inscrivent, plus particulièrement dans la catégorie des principes généraux du droit ou des principes juridiques<sup>358</sup>. Si les normes juridiques trouvent leurs origines dans les faits sociaux, il est possible de montrer que cette relation existe pour les principes généraux. C'est ce qu'affirme une partie importante de la doctrine. Le Professeur RIVERO enseigne que le corps des principes constitue la philosophie politique et l'éthique de la nation<sup>359</sup>. Il faudrait plutôt dire que les principes expriment ou reflètent la philosophie et l'éthique de la nation. Pour Henri BUCH, les principes généraux ne jouent pleinement leur fonction directrice, que s'ils sont dégagés de « l'ensemble des phénomènes de la vie sociale »<sup>360</sup>. Cette tâche nécessite une synthèse et une conceptualisation de ces phénomènes. Selon l'auteur, elle est « l'œuvre de grands esprits, d'individus particulièrement éclairés »<sup>361</sup>. Les principes du droit sont les normes juridiques qui établissent un lien entre les normes sociales, non positives, et les règles juridiques, purement techniques, dépourvues de connotation philosophique particulière. C'est à travers les principes que l'on peut déceler la philosophie d'une institution ou d'une matière. De même, la construction d'une réforme importante doit passer par la détermination des principes qui lui donneront sa cohérence interne et vis-à-vis de la matière dans laquelle elle s'intègre.

La relation entre principes juridiques et faits sociaux s'observe en procédure. La fonction de juger est une fonction d'origine étatique ou au moins contractuelle. Elle a donc un caractère éminemment social. L'existence du procès nécessite un conflit et donc la rencontre de plusieurs individus dans un cadre institutionnel déterminé ou non par les parties. Les principes directeurs entretiennent ainsi des liens avec les modèles institutionnels. Pour illustration, les principes qui gouvernent le système probatoire, notamment en matière pénale, sont largement dépendants de la conception sociale de l'infraction et du délinquant<sup>362</sup>. De même, l'évolution des faits sociaux entraîne une modification de la structure du procès et

---

aucun état de fait naturellement préexistant. La troisième critique met en évidence l'impossibilité de mettre en adéquation le procès avec la nature des choses. « Il n'y a pas de procès ni réel, ni possible dans l'état de nature » affirme avec force le Professeur GOYARD-FABRE (GOYARD-FABRE S. Le procès révélateur, *RRJ* 1983, p. 143). En effet, l'état de nature prescrit la vengeance, alors que le procès l'exclut, au pire l'institutionnalise. Loin de répondre exclusivement aux prescriptions naturelles, le procès peut avoir pour mission de protéger l'individu, mais aussi de restreindre sa liberté. Il peut se trouver en contradiction avec les préceptes dégagés par le jusnaturalisme.

<sup>358</sup> Cf. *supra* n°56.

<sup>359</sup> RIVERO J. Le juge administratif : un juge qui gouverne ? *Dalloz* 1951, chron, p. 6.

<sup>360</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p. 55.

<sup>361</sup> *Ibid* p. 63. Cette réflexion n'est pas sans rappeler le rôle essentiel joué par la doctrine dans l'identification et la consécration textuelle des principes directeurs du procès civil et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

<sup>362</sup> DESMONS E. La preuve des faits dans la philosophie moderne, *Droits* 1996, n°23, p. 13. Sous l'empire de l'ordonnance de 1670 qui a organisé en France la procédure inquisitoire, chaque crime constitue une atteinte à l'ordre social dont le roi est le garant. Il importe, pour la protection des intérêts de l'Etat, que les délinquants ne restent pas impunis faute de preuves. On a donc recours aux preuves les plus objectives, telles que l'aveu, si besoin au moyen de la torture. C'est le système des preuves légales dont découle la hiérarchie des preuves et l'exclusion de l'intime conviction. Le juge est tenu par les preuves légalement produites devant lui. Ce système favorise la sécurité juridique mais il méconnaît la recherche de la vérité et la dignité de la personne humaine au profit des intérêts de la répression. Il assure aussi l'hégémonie du pouvoir royal. L'Etat libéral post-révolutionnaire met en avant les garanties individuelles et bouleverse le système probatoire en instaurant le principe de la liberté de la preuve tant dans sa production que dans son appréciation. Le corollaire du système de la liberté probatoire est celui de la loyauté des preuves, troisième principe dont l'objet est de garantir que les éléments de fait servant de fondements à la décision judiciaire n'ont pas été recherchés frauduleusement ou au mépris de la protection et de la dignité des individus.

donc de ses principes directeurs. Ainsi, face aux reproches à l'encontre d'une justice opaque, souvent incompréhensible et coûteuse, le système judiciaire évolue vers une plus grande proximité avec le justiciable<sup>363</sup>. Vont trouver un nouvel essor, des principes comme celui de *la conciliation*, qui assure la promotion des règlements extrajudiciaires, ou celui des *droits de la défense*, qui conduit à rendre plus facile l'accès à la justice à travers l'aide juridictionnelle. Au contraire certains principes vont perdre du terrain, comme celui de la *collégialité* qui s'efface progressivement au profit d'un *juge unique* et d'une procédure moins solennelle, donc plus accessible.

**63. Le positivisme sociologique comme hypothèse de travail.** L'extrême diversité des relations entre faits sociaux et principes directeurs du procès judiciaire ne permet qu'un aperçu sommaire de l'hypothèse à laquelle nous nous rattachons. Il s'agit ici d'opérer un choix en faveur du positivisme sociologique. Cette théorie s'appuie sur des réalités observables. Les déductions qui en émanent ne sont pas moins sujettes à discussion, mais elles demeurent susceptibles de vérifications. La perspective positiviste conduit à établir une relation entre les principes directeurs du procès judiciaire et les faits sociaux. Les principes vont ainsi puiser leurs sources dans un certain nombre de valeurs et d'utilités sociales comme le révélera l'étude des origines des principes directeurs du procès judiciaire (Titre 1). Par ailleurs, la proximité des principes avec les faits sociaux confère à ces normes un particularisme qui se dégage de l'étude des caractères des principes directeurs du procès judiciaire (Titre 2).

---

<sup>363</sup> SALAS D. Le juge dans la cité, nouveaux rôles, nouvelle légitimité, *Justices* 1995, n°2, p181.







## Titre 1 : Les origines des principes directeurs du procès judiciaire

64. Toute norme possède une ou plusieurs origines formelles et matérielles. C'est dans cette double perspective, de la forme et du contenu, que l'on peut s'intéresser aux origines des principes directeurs. Pour qu'un principe devienne norme du droit positif, il doit provenir d'une source formelle. On est ainsi amené à constater la diversité des origines formelles des principes directeurs (chapitre 1). Par ailleurs, le contenu du principe est déterminé par un certain nombre de finalités qui peuvent être identifiées à travers l'étude des origines matérielles des principes directeurs (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 : Les origines formelles des principes directeurs du procès judiciaire (la diversité des formes)**

65. D'où proviennent formellement les principes directeurs ? En d'autres mots, quelles sont les sources organiques qui produisent des principes directeurs ? C'est la première question qu'il faut se poser en constatant la pluralité de ces sources (section 1). On montrera ensuite que cette pluralité est facteur d'ambiguïté lorsque l'on cherche à dégager une catégorie uniforme de principes directeurs (section 2).

#### *Section 1 : Le constat de la diversité : le pluralisme des sources formelles des principes directeurs du procès judiciaire*

66. Pour comprendre l'ampleur du phénomène de création des principes directeurs, il faut consentir à un exposé des différents modes de création organique de ces principes. On en retrouve à tous les niveaux de la hiérarchie formelle. Une distinction peut être établie entre les principes d'origine textuelle (§ 1) et ceux qui trouvent le fondement de leur existence dans une détermination jurisprudentielle (§ 2).

#### **§ 1 : Les sources textuelles des principes directeurs du procès judiciaire**

67. Comme la plupart des branches du droit, le droit processuel privé subit l'influence de l'internationalisation des sources et du rapprochement des systèmes juridiques démocratiques (A). Pour autant sur le plan interne, on observera que les principales sources textuelles n'ignorent pas les principes procéduraux (B).

##### A) Les sources internationales

68. La coopération des Etats européens ou plus généralement de la communauté internationale a conduit à la création de nombreuses juridictions dont l'objet a pu être d'unifier les droits nationaux autour d'intérêts convergents ou plus spécifiquement de juger de faits et actes dépassant le cadre des Etats. On a pu voir, à la suite de conflits internationaux, naître des juridictions spécialisées pour juger des crimes commis au cours des affrontements. On trouve ainsi la trace de principes procéduraux dans les statuts du tribunal de Nuremberg ou du tribunal pénal international chargé de poursuivre les crimes commis

pendant le conflit de l'ex-Yougoslavie. Sans être de véritables sources de principes directeurs applicables en droit français, on observe que la procédure devant ces juridictions respecte les principes d'*indépendance* et d'*impartialité* des magistrats du ministère public et du siège, mais aussi celui de l'*égalité des armes*<sup>364</sup>.

Plus particulièrement, on trouve dans certaines conventions internationales auxquelles la France a adhéré, de nombreux principes intéressant le droit judiciaire. Certaines de ces conventions ont une valeur plutôt morale que juridique et ne sont que peu visées par les juges nationaux. C'est d'abord le cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'ONU le 10 décembre 1948. Cette déclaration n'a qu'une portée philosophique dans la mesure où aucun organe international n'en contrôle le respect<sup>365</sup>. Par ailleurs, elle n'est pas directement invocable devant les juridictions nationales. Pour autant, on trouve en son sein de très nombreux principes qui inspirent le droit national et européen. L'article premier de la Convention vise les principes de *liberté* et d'*égalité* « *en dignité et en droits* ». L'article 8 reconnaît à toute personne le « *droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux* ». Historiquement, ce texte est le premier à dégager le principe du droit au *procès équitable, public*, par un tribunal *indépendant* et *impartial*. On y trouve aussi l'expression de principes traditionnels comme la *présomption d'innocence* ou la protection de la *vie privée*. Autant de principes dont on s'aperçoit qu'ils reçoivent aujourd'hui un large écho dans notre droit processuel. Une autre source provenant des Nations Unies fait l'objet d'une application directe même si certains reconnaissent qu'elle n'est que complémentaire<sup>366</sup>. Il s'agit du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966. Ce texte a été doté d'un organe international de contrôle, le Comité des droits de l'homme, qui construit progressivement une jurisprudence relative à son application<sup>367</sup>. Il est aussi applicable devant les juridictions françaises<sup>368</sup> ; la Cour de cassation qui s'y réfère expressément<sup>369</sup>. Parmi la diversité des droits protégés par le pacte, on retrouve notamment le principe de la *liberté d'aller et de venir* mais aussi l'exigence du *procès équitable*.

Ces sources plus matérielles que formelles ne sont pas négligeables mais leur influence ne peut être comparée au rôle joué par la CESDH sur le droit processuel interne. C'est dans ce texte que l'on retrouve les principes directeurs communs à toutes les procédures juridictionnelles françaises (a). De façon résiduelle, le droit communautaire est aussi source de certains principes de procédure (b).

---

<sup>364</sup> CHAMPY G. Inquisitoire – accusatoire devant les juridictions pénales internationales, *RIDP* 1997, 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> trimestres, p.149.

<sup>365</sup> GUINCHARD S L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile, *Petites affiches* 1999, n°72, p. 4.

<sup>366</sup> PHILIPPE X. La liberté d'aller et de venir, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 263.

<sup>367</sup> TAVERNIER P. Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Les communications individuelles, *RTDH* 1996, n°25, p. 3. Cité par GUINCHARD S *Op. cit.*, p. 4.

<sup>368</sup> Le pacte a été publié en France par un décret n°81-76 du 29 janvier 1981.

<sup>369</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 1984, *JCP* 1986, II, 20600, note LOMBARD M.

a) Le rôle déterminant de la CESDH dans la création de principes directeurs du droit européen.

69. L'influence de cette Convention en droit interne est aussi récente qu'essentielle. La Cour de cassation a été conduite, non sans une certaine réserve initiale, à mettre en œuvre directement les principes énoncés dans la CESDH<sup>370</sup>. On trouvera de nombreux principes conventionnels s'appliquant aux procès pénal et civil<sup>371</sup>.

70. *En procédure pénale*, les principes directeurs se trouvent disséminés dans le texte de la Convention<sup>372</sup>, mais aussi dans les protocoles additionnels. Le doyen Fernand BOULAN établissait une distinction entre la garantie procédurale de certains droits fondamentaux (*liberté, sûreté, vie privée*) et la protection plus particulière du droit au *procès équitable* (regroupant les principes relatifs à l'organisation et au fonctionnement du procès mais aussi les garanties propres à tout accusé)<sup>373</sup>. D'autres auteurs optent pour une classification des principes européens en fonction de leur protection<sup>374</sup>. Certains droits se voient reconnaître une protection absolue, insusceptible de dérogations ; d'autres principes ne reçoivent qu'une protection relative. Au-delà de ces classifications, il est trivial de remarquer qu'une grande partie des principes procéduraux se trouvent intégrés dans l'article 6 de la Convention. Parmi ces principes se trouvent des règles spécifiquement pénales. L'article 6§2 prévoit le respect de la *présomption d'innocence*, et l'article 6§3 envisage certains droits inclus dans les *droits de la défense*, mais dont l'application est réservée à la matière pénale.

71. *En procédure civile*, c'est principalement l'article 6§1 et la notion générique de *procès équitable*, qui trouveront à s'appliquer aux contestations portant sur les « *droits et obligations à caractère civil* »<sup>375</sup>. La notion de *procès équitable* englobe expressément dans l'article 6§1 les principes de *publicité*, d'*indépendance*, d'*impartialité*, et de *célérité*, mais elle donne aussi lieu à des applications techniques. A travers l'article 6§1, c'est avant tout le droit d'accès au juge qui est reconnu, soit le *droit au juge* ou encore le *droit au recours* (droit à un nouvel examen du dossier). La chambre commerciale a ainsi pu juger qu'il serait contraire à l'article 6§1 qu'une voie de recours puisse être écartée faute de notification organisée par la loi, de la décision rendue en première instance<sup>376</sup>. De même, la première chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle pu juger qu'en vertu du principe d'*impartialité* prévu à l'article 6§1, les causes de récusation d'un magistrat mentionnées à l'article 341 du

<sup>370</sup> La reconnaissance de la primauté de la CESDH est intervenue peu de temps après sa ratification, Cass. crim. 3 juin 1975, *Bull. crim.*, n°141.

<sup>371</sup> Il n'entre pas dans l'objet de cette thèse d'explorer dans les détails l'influence des principes européens sur le droit processuel interne. Il s'agit simplement d'évoquer les principes conventionnels qui feront l'objet d'examen plus approfondis aux cours des développements suivants.

<sup>372</sup> Pour illustration : ANGEVIN H. Incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur la procédure pénale française et plus spécialement sur celle de la Cour d'assises, *Droit pénal 1991*, n°7, chron., p. 3.

<sup>373</sup> BOULAN F. La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges Laruier*, PUG, Grenoble, 1993, p. 21.

<sup>374</sup> DELMAS-MARTY M. Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 151.

<sup>375</sup> DELICOSTOPOULOS Y, *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Thèse, Paris II, 1999 ; GUINCHARD S, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile, *op. cit.* p. 8 et suiv.

<sup>376</sup> Cass. com. 17 mai 1994, *Dalloz 1994*, juris., p. 510, note DERRIDA F.

nouveau Code de procédure civile ne sont pas limitatives<sup>377</sup>. Les principes de la CESDH sont donc utilisés tout autant pour contourner ou censurer une disposition interne que pour l'interpréter.

L'influence de la CESDH sur le droit judiciaire français est très sensible dans la mesure où les principes contenus dans ces textes sont mis en œuvre tout aussi bien par la CEDH que par les juridictions françaises dans leur ensemble. Les principes procéduraux inclus dans ce traité trouvent aussi des prolongements en droit communautaire.

- b) Le rôle résiduel des textes communautaires dans la détermination de principes directeurs internationaux.

72. Le droit communautaire n'est pas une source essentielle de la procédure française car son objet n'est pas d'unifier les systèmes processuels. La Cour de justice des communautés européennes a eu l'occasion de dégager un principe d'*autonomie procédurale*. Selon ce principe, « *lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux Etats membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les Etats membres à des organes déterminés relève uniquement du système constitutionnel des Etats membres* »<sup>378</sup>. C'est donc de façon quelque peu limitée que l'on retrouve des principes directeurs dans les textes communautaires et ce d'autant plus que la Cour de justice emprunte largement sa jurisprudence à la CESDH.

La CJCE a le pouvoir d'assurer le respect des droits fondamentaux dans l'ordre communautaire mais son action est encadrée par un domaine de compétence restreint. L'article 46 du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 reconnaît la CJCE comme « *Cour des droits de l'homme* »<sup>379</sup> mais cette compétence n'est pas générale. Elle ne porte que sur « *l'action des institutions* ». On sait que la Cour s'est attribuée elle-même le contrôle des droits nationaux pris en application du droit communautaire et l'article 46 ne devrait pas remettre en cause cette action. Toutefois, aucun recours individuel n'existe encore permettant à une personne physique ou morale de saisir la CJCE d'un acte communautaire ou d'un texte pris pour son application qui porterait atteinte aux droits fondamentaux et donc à d'éventuels principes processuels européens<sup>380</sup>. Selon la doctrine actuelle, il semble que le recours dont dispose un individu pour obtenir la protection communautaire d'un droit fondamental serait de demander l'examen de la question préjudicielle à la juridiction interne pour contrôler un acte étatique qui serait pris sur la base du droit communautaire. Autant dire que ce double système de limitation ne laisse guère de place à l'éclosion d'un droit communautaire processuel influant sur le droit interne. D'une part la vocation de l'union n'est pas de se préoccuper d'un droit processuel commun et d'autre part, le mode de saisine et le domaine de compétence de la CJCE semblent encore restreindre l'ampleur du contrôle du droit processuel interne par d'éventuels principes communautaires. Ce phénomène pourrait se

<sup>377</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 avril 1998, *Dalloz* 1998, IR, p. 131 ; *RTD civ.* 1998, p. 744, observations PERROT R.

<sup>378</sup> CJCE 15 décembre 1971, *Fleischkontor*, 39/70, *Rec.* p. 49. La Cour prend le soin d'ajouter que le respect des formes et procédures nationales « *doit se concilier avec les nécessités d'une application uniforme de droit communautaire* ». CJCE 6 juin 1972, *Schüter*, 94/71, *Rec.* p. 307. Plus généralement, sur le principe de l'autonomie institutionnelle des Etats, Cf. ISAAC G. *Droit communautaire général*, Armand-Colin, Paris, 7<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 205.

<sup>379</sup> SUDRE F. La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam, vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?, *JCP* 1998, I, 100.

<sup>380</sup> *Ibid* p. 15.

modifier au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne dont le processus de création a été entrepris suite au Conseil européen de Cologne de juin 1999 et a abouti au Conseil de Nice à la fin de l'année 2000. Ce texte contient de nombreuses références à des droits procéduraux et notamment le droit à un *recours effectif*, le droit à un *tribunal impartial*, le droit à la *présomption d'innocence*, ou le principe de l'*autorité de la chose jugée* en matière pénale (*non bis in idem*)<sup>381</sup>.

A l'heure actuelle l'influence des principes communautaires sur le droit processuel interne demeure résiduelle. Un des principes fondateurs du droit communautaire possède des aspects processuels. Il s'agit du principe de la *liberté d'aller et venir*<sup>382</sup> sous sa forme européenne de la *liberté de circulation des personnes* (article 48 du Traité de Rome de 1957). Il n'existe qu'un lien très indirect entre les deux aspects - processuel et économique - de ce même principe. La Cour de justice l'a pourtant utilisé en combinaison avec celui de l'*égalité*<sup>383</sup>. Ce dernier principe a pu être imposé dans le cadre d'une procédure interne belge. Un ressortissant luxembourgeois poursuivi devant une juridiction belge demandait à ce que la procédure ait lieu dans sa langue natale. Il se prévalait d'une loi belge de 1935 qui ouvrait ce droit à un national domicilié dans une commune de langue allemande. La CJCE ne vise pas directement un principe d'*égalité* mais elle utilise le principe de *libre circulation des travailleurs* inscrit dans les textes communautaires et étend l'application de ce principe à la matière procédurale de sorte que les travailleurs étrangers puissent bénéficier des mêmes droits procéduraux que les nationaux placés dans les mêmes conditions (ici, la pratique d'une langue étrangère).

La protection des droits fondamentaux par le juge communautaire passe avant tout par un phénomène d'*absorption de la CESDH*<sup>384</sup> conçue désormais comme « *une source d'inspiration privilégiée pour la Cour de Luxembourg* »<sup>385</sup>. Même s'il apparaît que l'Union n'est pas formellement liée à la CESDH la juridiction communautaire se réfère expressément à ce texte en considérant que « *les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect* »<sup>386</sup>. S'il est vrai que cette technique relève de la création jurisprudentielle de principe communautaire, il n'en demeure pas moins que la Convention européenne, par son unité et par l'abondance de son interprétation jurisprudentielle, constitue un instrument idéal pour la juridiction luxembourgeoise. Ce pourrait être une explication plausible de la faiblesse des textes communautaires en la matière. En réalité c'est dans les textes du droit interne que l'on va puiser la part la plus importante de la catégorie des principes directeurs du procès judiciaire.

---

<sup>381</sup> Cf. notamment, BENOIT-ROHMER F. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Dalloz 2001*, chron. p. 1483.

<sup>382</sup> Sur les différents aspects de ce principe, Cf. notamment PHILIPPE X. La liberté d'aller et de venir, *in, Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 263.

<sup>383</sup> CJCE 11 juillet 1985, *Ministère public c/ Munch*, 137/84, cité par BIANCARELLI J. Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale, *RSC 1987*, p. 131.

<sup>384</sup> SUDRE F. La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam, *op. cit.* p. 12.

<sup>385</sup> COHEN-JONATHAN G. *Aspects européens des droits fondamentaux*, Monchrestien, Paris, 1996, p. 126.

<sup>386</sup> Affaire C-260/89 18 juin 1991 *Ert*, Rec. CJCE, I, p. 2951, point 41.

## B) Les sources internes

**73.** En droit interne, les principes directeurs ne sont pas regroupés dans un texte unique. Bien au contraire, ils sont éparpillés dans divers textes qui ne concernent pas tous la matière procédurale. Si l'on trouve des principes directeurs à tous les niveaux de la hiérarchie organique (a), on s'aperçoit que certains d'entre eux coexistent dans plusieurs sources (b) mais encore que les textes de droit substantiel en monopolisent d'autres (c).

- a) La présence des principes directeurs dans toutes les strates de la hiérarchie organique

**74. Le droit constitutionnel.** On trouve des principes dans la partie textuelle du bloc de constitutionnalité. La Déclaration des droits de l'homme de 1789 consacre solennellement la *présomption d'innocence*, et la *liberté d'aller et venir*<sup>387</sup> dans son aspect processuel (limitation de l'arrestation et de la détention avant jugement). L'*égalité devant la loi*<sup>388</sup> est aussi la source textuelle de l'*égalité devant la justice* proclamée par le Conseil constitutionnel<sup>389</sup>. Ensuite, le texte même de la Constitution comporte des principes relatifs à l'organisation judiciaire. L'article 64 fait du président de la République « *le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* » établissant ainsi le principe d'*indépendance*, de même que l'article 66 reprend le principe de *liberté* dans sa conception procédurale<sup>390</sup> et nomme *l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles*. Enfin, certaines dispositions légales peuvent être intégrées dans le bloc de constitutionnalité par l'intermédiaire des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Le mécanisme de création des principes fondamentaux passe en effet par le recherche de l'existence d'une telle norme dans l'une des lois républicaines antérieures à 1958<sup>391</sup>. En procédure pénale, le principe des *droits de la défense* fait partie de cette catégorie depuis une décision de 1976<sup>392</sup>.

**75. Le Code de procédure pénale.** Outre ceux qui ont été récemment intégrés dans l'article préliminaire, les principes sont dispersés au sein du Code, à l'image de celui de *l'intime conviction*.

Cette règle<sup>393</sup> constitue l'un des deux aspects de la *liberté de la preuve* en matière pénale. L'article 427 du Code de procédure pénale dispose ainsi : « *hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ». Il s'agit dans un premier temps de permettre la libre

<sup>387</sup> Articles 7 et 9 de la DDH.

<sup>388</sup> Article 6 DDH.

<sup>389</sup> Notamment dans la célèbre décision *sécurité et liberté*, CC 19-20 janvier 1981, 80-127 DC, *Rec. CC*, P. 15.

<sup>390</sup> « *Nul ne peut être arbitrairement détenu* ».

<sup>391</sup> Sur ce point, notamment, MORANGE G. Une catégorie juridique ambiguë, les principes généraux du droit. *RDP* 1977, p. 761.

<sup>392</sup> CC 2 décembre 1976, 76-70 DC, *Rec. CC*, p. 39, *RDP* 1978, p. 817 note FAVOREU L., REINHARD Y. La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail, *RSC* 1978, p. 257. On peut se demander sur quelle loi républicaine le principe repose. Le Conseil constitutionnel n'en vise expressément aucune et la doctrine s'accorde à penser qu'« *il ne manque pas de lois pouvant être invoquées à ce titre sous la 3<sup>ème</sup> République* ». FAVOREU L. PHILIP L. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1999, 10<sup>ème</sup> éd., p. 728.

<sup>393</sup> Le terme de « règle » est ici employé pour désigner la proposition contenue dans la norme que constitue le principe. Elle ne doit pas être confondue avec les « règles techniques », expression qui désigne les autres normes du droit processuel par opposition aux « principes directeurs ».



**production** de la preuve par les parties ou le magistrat instructeur et dans un second temps, de reconnaître au juge une pleine liberté dans l'**appréciation** des preuves produites devant lui. L'*intime conviction* du juge trouve donc, dans l'article 427, une reconnaissance explicite. Pourtant, cette disposition est intégrée dans un titre du Code relatif au jugement des délits. Dès lors, on doit encore se référer à l'article 304 du même Code relatif au serment des jurés et selon lequel chacun d'entre eux jure de suivre sa conscience et son *intime conviction*. Cette promesse est rappelée à l'issue de l'audience par l'article 353, selon lequel « *la loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : avez-vous une intime conviction ?* ». Sans être absolument généralisée<sup>394</sup>, la place de l'*intime conviction* dans le Code de procédure pénale est assez large de par sa présence en matière délictuelle et criminelle. Cependant, si le système de la *liberté de la preuve* domine toute la pratique de la procédure pénale<sup>395</sup>, force est de constater qu'aucune disposition de portée générale reconnaît expressément le couple de principes qui le compose (*liberté de la preuve* et *intime conviction*)<sup>396</sup>.

**76. En procédure civile**, la doctrine reconnaît au pouvoir réglementaire la compétence pour déterminer des principes généraux du droit issus du règlement autonome<sup>397</sup>. Cet ensemble de règles se situe au niveau le plus bas de la hiérarchie des principes. Il s'agirait d'une « *troisième catégorie* » en dessous des « *principes généraux constitutionnels* » et des « *principes généraux législatifs* »<sup>398</sup>. Même si leur place sur l'axe hiérarchique organique est moins élevée, il faut rejeter l'idée selon laquelle les principes directeurs du procès, tels qu'ils sont présentés dans le nouveau Code de procédure civile, ont une nature différente ou une fonction juridique moindre que leurs équivalents législatifs et constitutionnels. On doit même reconnaître que le nouveau Code est le premier texte à leur avoir réservé une place de premier choix. De la même façon qu'en procédure pénale on va trouver des principes directeurs du procès civil dans le Code au-delà de ses « *dispositions liminaires* ». Pour illustration, on peut considérer que le droit d'appel, élément essentiel du *double degré de juridiction* trouve sa source dans l'article 543 du nouveau Code de procédure civile selon lequel « *la voie d'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuse, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé* ». Légitimement intégré dans la partie relative aux voies de recours, cet article aurait pu figurer dans les dispositions liminaires.

Les principes directeurs du procès ne trouvent donc pas, dans les deux Codes de procédure, une expression conceptualisée et discriminante de leur existence. Par ailleurs, ils coexistent parfois dans plusieurs textes.

#### b) La coexistence des principes directeurs dans plusieurs sources textuelles

**77.** La coexistence résulte de l'insertion d'un principe ou de ses applications dans des textes différents. Ce cumul semble concevable lorsqu'il s'agit de deux textes de procédure dont le domaine d'application est distinct. Le principe de la *motivation des décisions de*

<sup>394</sup> Le principe n'est pas reconnu en matière contraventionnelle.

<sup>395</sup> BREDIN J.D. Le doute et l'intime conviction, *Droits* 1996, n°23, p. 21. ; ZOLLINGER L, L'intime conviction du juge, *Déviante, travaux de l'institut de criminologie de Paris* 1976, p. 33.

<sup>396</sup> Cette défaillance de la loi pénale vis-à-vis des principes communs à toutes les juridictions se retrouve avec l'exemple du principe de *publicité* qui apparaît sous la forme de règles techniques applicables devant les différentes juridictions répressives dans les articles 306, 400, 512, et 601 C.pr.pén.

<sup>397</sup> MORANGE G. Une catégorie juridique ambiguë, les principes généraux du droit. *RDP* 1977, p. 761.

<sup>398</sup> *Ibid* p.776-777.

*justice* trouve sa place dans le Code de procédure pénale, notamment aux articles 485<sup>399</sup> et 593<sup>400</sup>. De son côté, le nouveau Code de procédure civile contient un article 455 qui énonce : « *le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens ; il doit être motivé* ». La division du droit processuel conduit inévitablement à la répétition des règles communes dans les différents textes concernés.

Plus singulière est la coexistence d'un principe directeur dans un texte de droit processuel et dans un autre de droit substantiel. Le principe de la *motivation* servira encore d'exemple à la démonstration. Tel qu'il est exprimé dans le Code de procédure pénale, le principe prévoit l'exigence d'une *motivation simple*, mais il existe des hypothèses dans lesquelles l'obligation de *motivation est renforcée*. L'article 132-19 al 2 du Code pénal mentionne, comme une condition préalable du recours à un emprisonnement ferme que la juridiction ait « *spécialement motivé le choix de cette peine* ». La *motivation spéciale* représente une extension du principe de *motivation*. Pour autant, elle ne figure pas dans le Code de procédure. L'article 132-19 mêle effectivement une question de fond (recours à une peine d'emprisonnement sans sursis) à une autre de forme (*motivation spéciale*). La Cour de cassation a eu l'occasion de trancher à propos de l'application dans le temps de cette disposition qu'il s'agissait bien globalement « *d'une loi de procédure* »<sup>401</sup>. Le législateur ne fait pas œuvre de clarté lorsqu'il énonce un principe directeur dans le Code de procédure pénale mais prévoit certaines modalités d'application en dehors de ce Code et de surcroît, dans un texte visant le droit substantiel. Parfois, il arrive que le droit substantiel monopolise les principes de procédure.

#### c) Le monopole des textes de droit substantiel sur certains principes directeurs

**78.** Certains droits fondamentaux sont d'application transversale. En tant que droits attachés à la personne humaine, ils figurent légitimement dans le Code civil. C'est le cas du principe de *dignité* intégré dans le Code civil par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 sur le respect du corps humain. L'article 16 C.civ. déclare désormais que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Cette loi a pour ambition de réglementer le domaine de la bioéthique. Mise à part une disposition sur l'identification des individus par leurs empreintes génétiques<sup>402</sup>, elle n'a pas une vocation procédurale marquée. Pourtant, le Conseil constitutionnel qui s'est emparé du principe de *dignité*<sup>403</sup> et l'influence de la jurisprudence strasbourgeoise ont conduit la doctrine à considérer que ce principe condamnait le recours à la torture et aux traitements inhumains et dégradants<sup>404</sup>. En tant que

<sup>399</sup> « *Tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif* ».

<sup>400</sup> « *Les arrêts de la chambre d'accusation ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas de motifs ou si leurs motifs sont insuffisants (...)* ».

<sup>401</sup> Cass. crim. 3 novembre 1993, *Droit pénal* 1995, com 57, p. 5, note VERON M.

<sup>402</sup> Article 16-11 C.civ. : « *L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique* »

<sup>403</sup> Dans une décision du 27 juillet 1994, le Conseil déclare que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ». CC 27 juillet 1994 343-344 DC, *Dalloz* 1995, juris., p. 237, note MATHIEU B, *Dalloz* 1995, som. com., p. 299, observations FAVOREU L.

<sup>404</sup> Notamment HARICHAUX M. *La protection des libertés et droits corporels*, Montchrestien, Paris, 1995, p. 23.

tel, le principe de *dignité* déborde très largement le cadre de la procédure. Indirectement, un principe inscrit dans le Code civil doit aussi être considéré comme un principe directeur du procès judiciaire.

Ce phénomène est moins rationnel lorsque le principe a pour origine l'ouverture d'une procédure judiciaire. L'exemple topique est celui de la *présomption d'innocence* qui, depuis sa consécration textuelle dans la loi du 4 janvier 1993 et jusqu'à son insertion dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale par la loi du 15 juin 2000, était mentionnée uniquement dans l'article 9-1 du Code civil. Cette règle concerne les personnes envers lesquelles l'institution judiciaire tente d'établir ou de rejeter la responsabilité d'une infraction. Trouver l'expression de ce principe dans le Code civil relève d'un exercice d'équilibriste. L'objectif poursuivi par l'intégration de la *présomption d'innocence* dans le Code civil était d'ouvrir une action en référé aux personnes « *présentée(s) publiquement comme étant coupable(s)* » de faits faisant l'objet de poursuites pénales<sup>405</sup>. Cette action permet de faire cesser l'atteinte à la *présomption d'innocence* et de réparer le cas échéant, les dommages consécutifs à cette atteinte. L'intention était bonne mais on aurait pu concevoir qu'un tel mécanisme, de nature procédurale<sup>406</sup>, soit intégré dans le Code de procédure pénale<sup>407</sup>. Les textes législatifs ne contribuent donc pas à clarifier la position des principes directeurs au sein du système juridique, non seulement en tant que normes particulières<sup>408</sup>, mais aussi en tant que règles de procédure. Il faut alors en appeler à l'inévitable contribution jurisprudentielle.

## § 2 : Les sources jurisprudentielles des principes directeurs du procès judiciaire

79. Admettre que la jurisprudence puisse être une source formelle du droit entraîne inévitablement une discussion théorique autour du pouvoir normatif de l'autorité judiciaire. Il est nécessaire de prendre position sur cette controverse (A) avant d'envisager l'examen des principes qui trouvent le fondement de leur existence dans l'œuvre prétorienne (B).

### A) La controverse théorique sur la détermination des principes juridiques par le juge

80. Le juge se contente-t-il de **découvrir** les principes ou fait-il œuvre de **création** ? En des termes plus élégants, « *le juge est-il le législateur ou le greffier des principes* »<sup>409</sup> ? Cette question suscite les opinions les plus tranchées et partage les auteurs en deux camps : celui des sceptiques, peu enclins à reconnaître un quelconque pouvoir au juge, et celui des confiants, reconnaissant à l'autorité juridictionnelle un véritable pouvoir normatif. En réalité, les divergences apparentes s'estompent si l'on conçoit de poser la question différemment.

81. **La voie du scepticisme.** En droit privé, cette voie est initiée par l'un des premiers auteurs qui a porté sa réflexion sur les principes juridiques du droit privé. Celui-ci prétend que « *la jurisprudence n'a pas, en notre matière de pouvoir créateur. Les principes existent alors qu'ils ne s'expriment pas ou ne se reflètent pas dans un texte de loi. Mais la*

<sup>405</sup> Article 9-1 al 2 C.civ.

<sup>406</sup> Le recours au juge des référés est une action en justice.

<sup>407</sup> L'article 9-1 al 2 renvoie d'ailleurs au nouv.C.pr.civ. pour la mise en œuvre de cette action. De même, le Code de procédure pénale connaît l'institution du référé dans son article 5-1.

<sup>408</sup> Se distinguant ainsi des règles techniques.

<sup>409</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 473.

*jurisprudence se borne à les déclarer ; elle ne les crée pas* »<sup>410</sup>. On est frappé, à la lecture de ce texte, de constater que l'auteur refuse de reconnaître un rôle créateur au juge judiciaire lorsqu'il utilise l'expression « *en notre matière* ». Doit-on comprendre que le Conseil d'Etat dispose d'un tel pouvoir ? Une telle opinion semble contestable dans la mesure où, d'un point de vue institutionnel, l'action du juge administratif ne se distingue pas de celle de son homologue judiciaire. Leur domaine de compétence seul, diffère. C'est cette méfiance des privatistes à l'égard de leur juge qui fonde la négation de sa fonction créatrice. « *Le juge qui n'est pas investi d'un véritable pouvoir normatif* » déclare-t-on, « *ne crée pas ces principes mais les révèle, car ceux-ci existent déjà dans le système juridique en raison de la complétude de ce dernier* »<sup>411</sup>. La complétude du système juridique est fictive<sup>412</sup>. L'argument ne paraît pas pertinent. Il n'est d'ailleurs qu'une façade derrière laquelle on retrouve la méfiance à l'encontre du pouvoir juridictionnel ; méfiance qui conduit à chercher des fondements normatifs aux principes découverts par le juge. Ce dernier les trouve « *en suspension dans l'esprit de notre droit* » révélés par « *certaines textes fragmentaires* »<sup>413</sup>. Le droit positif est donc incomplet. Un tel constat fait resurgir les thèses naturalistes. C'est bien dans le droit naturel que le juge puisera les principes « *au travers de l'expérience* », un « *travail de découverte que l'on nomme la culture de l'esprit* »<sup>414</sup>. Les publicistes ne sont pas étrangers à ce courant. « *Tout se passe donc en théorie comme si le principe général du droit préexistait à l'intervention du juge qui ne ferait, en somme, que d'en rappeler l'existence* » consent un Maître des requêtes au Conseil d'Etat<sup>415</sup> comme pour se dédouaner de la lourde responsabilité qui incombe à cette institution et aux magistrats qui la composent. Pour expliquer l'action de la juridiction administrative, cet auteur explique que « *le Conseil d'Etat s'inspire de l'esprit des lois en vigueur et de l'opinion générale* ». Dès lors, « *l'application faite par le Conseil d'Etat des principes généraux du droit n'est pas le fruit d'une démarche arbitraire de sa part* »<sup>416</sup>. La méfiance paraît enfin au grand jour à l'égard de l'institution héritée des parlements de l'Ancien régime et dont ont craint l'équité. Plus fondamentalement, le scepticisme de cette doctrine révèle un sentiment de crainte à l'égard d'une institution difficile à contrôler et dont le fondement même de l'autorité semble équivoque, voire inexistant<sup>417</sup>. S'interroger sur le pouvoir créateur du juge nécessite effectivement de rechercher l'essence et la justification de ce pouvoir. Certains se contentent simplement d'une confiance à l'égard de cet organe de l'Etat.

**82. La voie du fatalisme.** Certains juristes ne discutent pas en tant que telle la légitimité de l'autorité juridictionnelle. Ils se contentent de constater que, dans les faits, le juge s'est attribué un pouvoir créateur. Contestant la thèse de la complétude du droit écrit, René DAVID estimait que l'utilisation des principes généraux du droit par le juge « *déborde le cadre de l'interprétation des lois existantes* »<sup>418</sup>. Selon le juriste aixois, l'activité créatrice

<sup>410</sup> BOULANGER J. Principes généraux du droit et droit positif, *Mélanges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 51.

<sup>411</sup> OPPETIT B. Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation, *JCP E 1989, Cahiers du droit de l'entreprise*, n°5, p. 12.

<sup>412</sup> Cf. *infra*, n°375 et suiv.

<sup>413</sup> CARBONNIER J. *Droit civil, introduction*, PUF, 1999, 26<sup>ème</sup> édition, n°137, p. 254.

<sup>414</sup> VILLEY M. *Réflexion sur la philosophie et le droit, les carnets*, PUF, Paris, 1995., livre III, n°105, p. 91.

<sup>415</sup> GENEVOIS B. Les principes généraux du droit (aspect de droit administratif), *Journées de la société de législation comparée 1980*, Vol 2, p. 279.

<sup>416</sup> *Ibid*, p. 280.

<sup>417</sup> JESTAZ PH. La jurisprudence : réflexion sur un malentendu, *Dalloz 1987*, chron., p. 11.

<sup>418</sup> DAVID R. La doctrine, la raison, l'équité, *RRJ 1986*, n°24, p. 159.

du juge est fondée sur la raison, elle se manifeste clairement lorsque le juge « *s'abstient de toute référence à une disposition précise de la loi et se borne à invoquer les principes généraux du droit* »<sup>419</sup>. Nier ce phénomène créatif relèverait, toujours selon cet auteur, d'une simple fiction. L'idée est développée par un théoricien italien<sup>420</sup>. De façon générale, ce dernier estime que « *chaque énoncé sur une norme qui n'aurait pas été expressément formulé par le législateur (...) est directement normatif : c'est la formulation même de la norme en question* »<sup>421</sup>. L'énoncé normatif résulte alors « *de la libre création du droit par les juristes ou les juges* ». Des travaux récents sur les principes généraux du droit s'inscrivent encore dans ce courant. Dans le syllogisme judiciaire, il est des cas où la majeure n'existe pas dans le droit écrit. Le juge met alors en œuvre « *un pouvoir normatif jurisprudentiel* » qui consiste « *dans le pouvoir d'énoncer une norme générale nouvelle et de l'appliquer de son propre chef comme base de règlement du litige en cours* »<sup>422</sup>. Le juge crée donc du droit car il possède un pouvoir normatif propre. L'affirmation péremptoire n'est pas fausse, mais est-elle vraiment contradictoire avec l'opinion selon laquelle le juge découvre les principes « *dans l'esprit du droit* » ? La controverse s'est peut être développée autour d'une question mal posée.

**83. De la controverse au compromis.** Il faut se demander si une voie médiane serait susceptible d'emporter l'adhésion du plus grand nombre. Le professeur MORVAN, choisit cette voie lorsqu'il affirme qu'il n'existe pas un processus de découverte **ou** de création ; mais plutôt un mécanisme circulaire au cours duquel s'enchaînent découverte **et** création des principes<sup>423</sup>. « *Le juge découvre ce que d'autres juges ont créé mais, au cours de cette découverte, il contribue lui-même à la perpétuation, à l'amélioration et à l'accroissement du principe légué. Celui-ci n'aurait aucune existence juridique s'il n'avait été construit jadis et n'était toujours entretenu aujourd'hui* ». Un autre auteur établit une distinction<sup>424</sup>. Certains principes découlent à l'évidence du droit écrit. Lorsque le juge dégage un principe d'égalité, il ne fait que reprendre une règle déjà inscrite dans le droit positif, le cas échéant pour en étendre l'application à des hypothèses non prévues. A l'inverse, d'autres principes ne sont pas issus de l'application ou de l'interprétation d'une disposition textuelle. Ils ont une existence jurisprudentielle propre ou autonome. Selon cet auteur, la distinction n'a d'ailleurs aucune portée juridique. En effet, que le juge découvre les principes généraux de droit dans le droit écrit ou en dehors des textes, il ne s'agit là que de sources matérielles. En fait, cette dichotomie ne porte pas atteinte à la nature même des normes ainsi dégagées : ce sont des normes jurisprudentielles. « *Tout autre position aboutit à confondre principes généraux du droit et caractéristiques générales du droit* »<sup>425</sup>.

Il semble que cette réflexion représente la clé qui permet de résoudre le conflit doctrinal. La norme jurisprudentielle est une norme juridique au même titre que la norme textuelle. Elle tient sa juridicité de son caractère étatique<sup>426</sup>. Si le droit puise ses sources dans les faits sociaux, ce constat est vrai aussi bien pour les normes textuelles que pour les normes

<sup>419</sup> *Ibid*, p. 181.

<sup>420</sup> GUASTINI R. Théorie et ontologie du droit chez Dworkin, *Droit et société* 1986, n°2, p. 15.

<sup>421</sup> *Ibid*, pp. 21-22.

<sup>422</sup> DE BECHILLON M. *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 1998, pp. 83-84.

<sup>423</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, *op. cit.* p. 498.

<sup>424</sup> MESCHERIAKOFF A.S. La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, *AJDA* 1976, doct, p. 596.

<sup>425</sup> *Ibid*, p. 602.

<sup>426</sup> Cf. *supra* n°36 et suiv. sur les caractères génériques de la normativité.

jurisprudentielles. La source d'inspiration du juge est la même que celle du législateur ou du pouvoir réglementaire. Le juge peut se référer directement à ces faits sociaux ; mais pour en découvrir l'existence, il peut aussi avoir recours aux normes juridiques textuelles. Du droit écrit, le juge dégage l'esprit, l'inspiration sociale qui a gouverné son édicton et crée un principe empreint de la même inspiration. DWORKIN explicite ce raisonnement<sup>427</sup>. Le juge recherche dans les dispositions du droit écrit l'ensemble des principes (non juridiques) qui ont été à l'origine de ces règles textuelles. En respectant les mêmes principes, il crée à son tour de nouvelles normes dans l'ordre juridique. Le théoricien pense qu'une norme implicite s'impose au juge. Cette norme (N.1) peut être dégagée si plusieurs conditions sont réunies<sup>428</sup> :

- si le législateur n'a explicitement créé aucune norme incompatible avec N.1 ;
- s'il est très probable que le législateur aurait promulgué N.1 s'il avait prévu la controverse devant laquelle se trouve le juge ;
- si N.1 peut être justifiée (ou trouve son origine) par la même doctrine éthique et politique (les faits sociaux) qui a présidé à la promulgation des normes explicites (écrites) du système juridique ;
- si N.1 constitue la justification d'une ou plusieurs normes explicites du système juridique.

C'est donc bien une voie de compromis qu'il faut choisir après avoir reposé la question en termes adéquats. Cette question n'est pas de savoir si le juge crée ou découvre la norme qu'il dégage. L'existence de la norme précède l'action juridictionnelle. Il s'agit néanmoins d'une norme sociale. En revanche, le juge confère à cette norme sa juridicité. L'activité du juge est donc une activité de **création** d'une norme juridique fondée sur la **découverte** d'une norme sociale<sup>429</sup>. Il faut alors examiner la contribution jurisprudentielle à la détermination de principes directeurs du procès judiciaire.

## B) La détermination des principes directeurs par le juge

**84.** Bien que les principes directeurs appartiennent au droit judiciaire, il faut constater que tous les ordres de juridiction contribuent à leur développement. On peut présenter synthétiquement le phénomène à travers la détermination des principes internationaux (a), constitutionnels (b) ou des principes généraux du droit (c).

### a) La détermination de principes internationaux

**85.** « *Le juge judiciaire se montre beaucoup plus ouvert que le juge administratif au droit international* » affirme un auteur<sup>430</sup>. Pour exemple, cette décision de la Cour de cassation qui, dès le 19<sup>ème</sup> siècle, visait une « *coutume aussi ancienne qu'universelle chez les peuples civilisés et devenue une maxime incontestable du droit des gens* »<sup>431</sup>. En matière

<sup>427</sup> Cité ici par GERARD PH, La problématique actuelle des principes généraux du droit, *Déviance et société* 1988, vol 12, n°1, p. 75.

<sup>428</sup> Cité ici par GUASTINI R. Théorie et ontologie du droit chez Dworkin, *op. cit.* p. 21.

<sup>429</sup> Ce double procédé sera qualifié de « détermination jurisprudentielle » d'un principe.

<sup>430</sup> DEBBASCH O. Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international, *Mélanges Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 139.

<sup>431</sup> Cass. requ. 6 avril 1826, *Sirey 1826-1827*, p. 1313.

procédurale, ce sont surtout les immunités de juridiction et d'exécution des Etats étrangers qui sont empruntées par la juridiction judiciaire aux principes du droit international. A deux reprises en 1984 et 1986, la Cour de cassation visait expressément « *les principes du droit international privé régissant les immunités des Etats étrangers* »<sup>432</sup> ou encore le « *principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers* »<sup>433</sup>. Il faut tout de même reconnaître que les principes du droit international public ou privé dégagés par la jurisprudence n'occupent pas une place très importante au sein de la catégorie des principes directeurs. Encore une fois, c'est le droit européen dans son ensemble qui va être le lieu d'un développement de principes internationaux applicables sur le plan interne.

**86. Les principes de procédure dégagés par la Cour de justice des communautés européennes.** En dépit d'une certaine réticence à s'intéresser aux questions de procédure et notamment de procédure pénale<sup>434</sup>, la CJCE aborde la question procédurale à travers le contrôle des droits fondamentaux qui relève de sa compétence depuis l'arrêt *Interhandel* du 17 décembre 1970. Dans cet arrêt, la juridiction communautaire décide que : « *le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect. La sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* »<sup>435</sup>. Ces principes généraux du droit visés par la Cour vont s'appliquer en priorité à la procédure qui se déroule devant les institutions de l'Union Européenne mais le recours à la question préjudicielle est aussi un moyen de contrôle du droit interne. Le droit communautaire existant, même jurisprudentiel, prévaut par principe sur le droit interne quelle que soit la matière concernée<sup>436</sup>. On concède aisément que le recours à la CJCE n'est pas le moyen le plus efficace de contrôler le respect des principes procéduraux<sup>437</sup>. Il n'en demeure pas moins que ce mécanisme existe.

La Cour va puiser les principes qu'elle dégage dans deux sources différentes. Elle s'inspire des « *traditions constitutionnelles communes aux Etats membres* »<sup>438</sup> de telle sorte qu'elle va emprunter aux Constitutions internes certains de leurs droits fondamentaux. Elle se réfère aussi aux principes de la CESDH qu'elle transforme en normes jurisprudentielles communautaires<sup>439</sup>. Parfois, la Cour se dispense de toute référence extérieure et use de son pouvoir jurisprudentiel pour affirmer l'existence de certains principes généraux du droit communautaire. Cette dernière hypothèse trouve une illustration dans l'arrêt *Orkem* de 1989<sup>440</sup>. Dans cette affaire, une entreprise faisait l'objet de poursuites par la Commission en matière de concurrence. La société faisait valoir le droit de ne pas témoigner contre elle-

<sup>432</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 14 mars 1984, *JCP* 1984, II, 20205, conclusions GULPHE, note SYNVEH H. ; *Dalloz* 1984, juris., p. 629, rapport FABRE, note ROBERT J.

<sup>433</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 4 février 1986, *JDI* 1987, p. 113, note JACQUET J.M.

<sup>434</sup> La CJCE jugeait en 1981 qu'en principe, la législation pénale et de procédure pénale restait de la compétence des Etats membres. CJCE 11 novembre 1981, *Procédure pénale c/ Casati* (203/80 *Rec.* p.2595), cité par BIANCARELLI J. Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale, *RSC* 1987, p. 131.

<sup>435</sup> CJCE 17 décembre 1970, 11/70, *Rec.* p. 1125.

<sup>436</sup> BIANCARELLI J. *op. cit.* p. 134.

<sup>437</sup> On conçoit mal en effet, que la CJCE puisse exercer un contrôle, non sur les normes internes, mais sur les procédures menées devant les juridictions nationales.

<sup>438</sup> Sur cet aspect Cf. notamment VERGES J. Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire, *Mélanges Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 113.

<sup>439</sup> Cf. *supra* n°68 et suiv.

<sup>440</sup> CJCE 18 octobre 1989 *Orkem*, aff. 374/87 *Rec.* p. 3283.

même ou de s'avouer coupable. La Cour ne trouvait pas dans la CESDH ou dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques, d'allusion à une telle règle. Elle s'est donc référée aux principes des *droits de la défense* pour interdire à la Commission de contraindre l'entreprise à fournir des réponses pouvant la conduire à admettre l'existence d'infractions au droit communautaire<sup>441</sup>. Le principe des *droits de la défense* avait déjà été utilisé par la CJCE. Dans un arrêt *Michelin c/ Commission*<sup>442</sup>, elle jugeait que « *le respect du droit de la défense constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé par la Commission dans ses procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions* ». Poursuivant son œuvre prétorienne en matière procédurale, la juridiction communautaire a eu l'occasion de reconnaître l'existence du caractère *contradictoire* de la procédure, considérant qu'il s'agissait d'un principe général commun à la plupart des ordres juridiques des Etats membres. Elle a aussi mis en évidence l'exigence d'une *motivation appropriée* ou d'une obligation générale faite aux institutions communautaires de *motiver leurs actes*. Elle s'est enfin référée au principe d'*égalité* dans l'organisation même de la procédure pénale<sup>443</sup>. Le pouvoir jurisprudentiel de la CJCE trouve donc des prolongements en droit processuel. Cette matière doit surtout d'importants développements à la jurisprudence de la CEDH.

**87. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de principes procéduraux.** L'article 6 de la CESDH énonce un nombre important de principes directeurs de valeur internationale. Cependant, la généralité du concept même de *procès équitable* a permis à la CEDH d'en étendre le domaine en développant une jurisprudence autour de principes non écrits. Cette construction prétorienne est aujourd'hui reprise par la Cour de cassation qui applique les principes conventionnels et jurisprudentiels relatifs aux droits européens de l'homme.

Le premier de ces principes jurisprudentiels européens et celui de *l'égalité des armes*. Dès sa consécration<sup>444</sup>, la Cour européenne déclarait que ce principe constituait un « *aspect de la notion plus large de procès équitable* ». La juridiction cherche donc un soutien textuel au principe qu'elle crée. Pour certains, *l'égalité des armes* est aussi « *sous tendue par le principe d'égalité qui constitue l'un des piliers de l'idéal démocratique des droits de l'homme* »<sup>445</sup>. Il est vrai que l'environnement juridique de la CESDH est particulièrement propice à l'expression d'un tel principe. La CEDH lui a donné de nombreuses applications techniques<sup>446</sup>. Il est aussi utilisé par la doctrine pour contester l'application de principes procéduraux français. M<sup>e</sup> MARTIN estime que la simple faculté laissée au juge de relever d'office un moyen de droit dans le procès n'est pas conforme à ce principe. Elle prive

<sup>441</sup> Sur cet arrêt COHEN-JONATHAN G. *Aspects européens des droits fondamentaux*, Monchrestien, Paris, 1996, p. 125.

<sup>442</sup> CJCE 9 novembre 1983, 322/81, *Rec.*, p. 3461.

<sup>443</sup> Sur tous ces aspects, Cf. l'étude détaillée de BIANCARELLI J. Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale, *op. cit.* pp. 136-144.

<sup>444</sup> CEDH 17 janvier 1970, *Delcourt*, série A, n°11, *Rec. P.* 15 §28. Le principe est plus ancien encore. Il a été visé par la Commission européenne des droits de l'homme dans un avis du 30 juin 1959, *Szabowicz c/ Suède*, requ 434/58, *annuaire II*, p. 515, cité par GUINCHARD S. BUISSON J. *Procédure pénale*, Litec, Paris, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, n°385, p. 267. De même, le principe a été cité mais déclaré inapplicable dans l'arrêt CEDH 27 juin 1968 *Neumeister*, série A, n°8, *Rec. p.* 43, §22.

<sup>445</sup> JEAN-PIERRE D., MELIN-SOUCRAMANIEN F. Le principe de l'égalité des armes, *RRJ 1993*, n°53, p. 511.

<sup>446</sup> Cf. notamment GUINCHARD S., BUISSON J. *Procédure pénale*, *op. cit.* pp. 267-271 ; JEAN-PIERRE D., MELIN-SOUCRAMANIEN F., *op. cit.* p. 513-523.



certaines justiciables de cette *coopération* du juge alors que d'autres en bénéficient<sup>447</sup>. La CEDH mêle l'*égalité des armes* à un autre principe : celui du *contradictoire*<sup>448</sup>.

Récemment, la France a été condamnée pour non respect de ces principes. Avant l'audience devant la Cour de cassation, l'avocat général reçoit communication du rapport du Conseiller rapporteur et du projet d'arrêt préparé par celui-ci. Le rapport se présente en deux volets : le premier concerne le rappel des faits, de la procédure et des moyens du pourvoi, le second l'analyse juridique du dossier et l'avis du Conseiller rapporteur sur le mérite de ce pourvoi. Ce second volet ainsi que le projet d'arrêt ne sont pas communiqués aux parties avant l'audience. La CEDH considère qu'un déséquilibre est créé entre les parties et l'avocat général en raison de la communication partielle du rapport aux parties et totale à l'avocat général<sup>449</sup>.

L'article 6 de la CESDH n'est pas l'unique stipulation qui donne lieu à la création de principes par la CEDH. On peut évoquer l'article 3 faisant interdiction absolue du recours à la torture, aux traitements inhumains et dégradants. De cet article, la Cour induit l'interdiction plus générale de l'atteinte à la *dignité*. Sans utiliser expressément le vocable de « principe de *dignité* », elle assimile les atteintes à la *dignité* à une violation de l'article 3. Ce fut le cas notamment en 1995, lorsque la Cour condamna l'usage de la force physique contre une personne privée de liberté du fait de sa garde à vue<sup>450</sup>. Les condamnations de la CEDH ont une incidence sur le droit interne et les juridictions judiciaires sont amenées à appliquer les normes dégagées par la jurisprudence européenne.

**88. L'utilisation par la Cour de cassation des principes créés par la Cour européenne des droits de l'homme.** L'ambition du droit européen est d'unifier les régimes juridiques des Etats du Conseil de l'Europe. C'est donc assez logiquement que les juridictions françaises reçoivent le droit européen textuel et jurisprudentiel<sup>451</sup>. La Cour de cassation se reporte directement à la jurisprudence de la CEDH et interprète les principes prétoriens. Dans deux décisions rendues en 1997, la juridiction française a écarté l'application de l'article 546 dernier alinéa du Code de procédure pénale qui réservait l'appel de certaines décisions du tribunal de police au seul Procureur général. Dans ces arrêts elle utilise « *le principe de l'égalité des armes tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, (qui) impose que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits* »<sup>452</sup>. Par la suite, la loi 99-

<sup>447</sup> MARTIN R. L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, *Dalloz* 1996, chron., p. 20.

<sup>448</sup> Sur la relation entre les deux principes Cf. *infra* n°104.

<sup>449</sup> CEDH 23 avril 1998, *Doustaly c/ France*, *Dalloz* 1998, som. com., p. 366, observations BAUDOUX G.

<sup>450</sup> CEDH 4 décembre 1995, *Ribitsch c/ Autriche*, *Dalloz* 1997, som. com., p. 202, observations RENUCCI J.F. La Cour rappelle que l'usage de la force physique au cours d'une garde à vue, s'il n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la *dignité* humaine. Plus récemment, la France a fait l'objet d'une retentissante condamnation pour torture policière au cours d'une garde à vue. Sans que l'atteinte à la *dignité* ne soit expressément citée, la Cour vise de véritables « *actes de torture au sens de l'article 3 de la Convention* ». CEDH 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, *JCP* 1999, II, 10193, note SUDRE F. Les faits étaient si violents que la Cour n'a pas eu besoin de recourir à la notion de *dignité*. Il semble donc bien que le principe de *dignité* dégagé par la Cour européenne de l'article 3 de la Convention, vise à en élargir le champ d'application.

<sup>451</sup> FABRE M., GOURON-MAZEL A. *Convention européenne des droits de l'homme, application par le juge français, 10 ans de jurisprudence*, Litec, Paris, 1998.

<sup>452</sup> Cass. crim. 6 mai 1997, *Dalloz* 1998, juris., p. 223, note CERF A. ; *JCP* 1998, II, 10056, note LASSALLE J.Y. ; Cass. crim. 21 mai 1997, *jurisdata*, n°2823.

515 du 23 juin 1999 est venue abroger le dernier alinéa de l'article 546, prenant ainsi le relais de la sanction juridictionnelle. Il est intéressant de constater que la construction de principes jurisprudentiels produit une sorte d'émulation entre juridictions interne et internationale de sorte que le droit écrit doit plier non seulement sous le coup des condamnations de principe de la Cour de Strasbourg, mais aussi du fait de la mise à l'écart de dispositions textuelles par la Cour de cassation.

L'émulation se poursuit lorsque les juges nationaux s'émancipent et font œuvre d'initiative dans l'application de la CESDH. On peut citer un arrêt du 5 décembre 1978<sup>453</sup> dans lequel la Cour de cassation avait censuré, en se référant à la Convention, un arrêt ayant retenu une circonstance aggravante sans que le condamné ait été mis en mesure de se défendre sur ce point. Cette fois, la juridiction suprême a cherché directement dans le texte international, la source du principe du *contradictoire*. Ce principe n'existe pas dans la CESDH et la Cour de cassation le reconnaît, en tant que principe général du droit, comme étant intégré dans les *droits de la défense*<sup>454</sup>.

La Cour de cassation fait donc usage du droit européen pour donner aux principes qu'elle utilise une autorité plus grande. Cette attitude est parfois observée avec plus de réserve par le juge ordinaire<sup>455</sup>, lorsqu'il s'agit de principes constitutionnels.

#### b) La détermination de principes constitutionnels

**89. Un droit jurisprudentiel à compétence partagée.** Le droit constitutionnel jurisprudentiel est une source de principes directeurs en pleine expansion. D'une part, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un outil textuel assez important pour contrôler les textes processuels déférés devant lui. Il est donc tenu de déterminer lui même un certain nombre de principes. D'autre part, il subit une concurrence intense du droit international en matière de protection des droits fondamentaux. Dès lors, il se doit d'occuper le champ de sa compétence *ratione materiae* sous peine de se retrouver « dans un rôle jurisprudentiel second »<sup>456</sup>. Le champ d'investigation de la haute autorité n'est pourtant pas illimité. La Constitution, en incluant la procédure civile dans le domaine du règlement autonome a privé le Conseil du contrôle direct de cette matière. Cela ne signifie pas que le droit judiciaire privé soit soustrait aux principes constitutionnels<sup>457</sup>, mais plutôt que ce contrôle va être effectué par

<sup>453</sup> Cass. crim. 5 décembre 1978, *Bull. crim.*, n°346.

<sup>454</sup> Notamment Cass. crim. 2 juillet 1991, *jurisdata* n°2093. Dans cet arrêt la chambre criminelle affirme « attendu que tout prévenu a droit d'être informé de la nature et de la cause de la prévention dont il est l'objet et qu'il doit par suite être mis en mesure de se défendre tant sur les divers chefs d'infractions qui lui sont imputés que sur chacune des circonstances aggravantes susceptibles d'être mise à sa charge ». Dans un autre arrêt la chambre criminelle juge qu'« il résulte des principes généraux internes qui ne sont pas incompatibles avec l'article 6 de la Convention européenne, que la partie civile, poursuivante et appelante à qui incombe la charge de la preuve de l'infraction, doit être entendue en premier pour permettre un débat contradictoire ». Cass. crim. 19 décembre 1994, *Bull. crim.*, n°419.

<sup>455</sup> Dans la doctrine constitutionnaliste, la Cour de cassation est considérée comme un « juge ordinaire » par opposition au « juge constitutionnel ». Notamment B. MATHIEU et M. VERPEAUX, La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge : la contribution de l'arrêt *Koné* du Conseil d'Etat à l'analyse de la hiérarchie des normes en matière de droits fondamentaux, *Dalloz 1996*, chr, p. 219.

<sup>456</sup> MATHIEU B. Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *Dalloz 1995*, chron., p. 211.

<sup>457</sup> Le Professeur BEIGNER écrit pourtant que « le contrôle de constitutionnalité de la procédure civile est, juridiquement, quasiment impossible ». Il déduit des articles 34 et 37 de la Constitution que les dispositions du nouveau Code de procédure civile sont soumises au seul contrôle de légalité.

le juge ordinaire. Plus généralement, on constate que le juge ordinaire applique le droit constitutionnel « *d'abord en mettant en œuvre la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais aussi parfois en développant une jurisprudence autonome* ». Les auteurs concluent que « *le juge judiciaire peut ainsi utiliser les principes constitutionnels* »<sup>458</sup>.

Cette appréhension du droit constitutionnel peut prendre plusieurs formes. La première est celle de l'interprétation des textes processuels conformément à la Constitution. La Cour de cassation a jugé par exemple, qu'une décision de justice ne pouvait en elle-même constituer un crime ou un délit en se fondant sur le « *principe constitutionnel qui garantit l'indépendance des magistrats du siège* » visé à l'article 64 de la Constitution<sup>459</sup>. Cet acte d'interprétation peut d'ailleurs avoir été suscité par le Conseil lorsqu'il émet, à l'égard d'un texte législatif, une déclaration de conformité sous réserve<sup>460</sup>. La seconde consiste pour le juge judiciaire, à se référer aux principes consacrés au rang constitutionnel par le Conseil. Dès lors, on assiste à la coexistence d'une jurisprudence constitutionnelle du Conseil et du juge ordinaire<sup>461</sup>. L'autorité constitutionnelle est d'ailleurs partagée dans son activité prétorienne. Un même principe peut recevoir la qualification autonome de principe fondamental reconnu par les lois de la République, tout en existant dans un texte constitutionnel. L'exemple du principe de la *liberté individuelle* est à ce titre significatif. L'article 66 qui donne compétence à l'autorité judiciaire en matière de protection de la *liberté individuelle* prévoit aussi dans un premier alinéa que « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ». Pourtant dans une décision *fouille de véhicule* du 12 janvier 1977<sup>462</sup>, le Conseil considère la *liberté individuelle* comme un principe fondamental dont la Constitution ne fait que réaffirmer l'existence pour en confier la garde à l'autorité judiciaire. La *liberté individuelle* trouvait donc sa source aussi bien dans le texte de la Constitution que dans la jurisprudence constitutionnelle. Par la suite, la qualification de principe fondamental a été abandonnée et seule est restée la référence à l'article 66<sup>463</sup>. Par ailleurs, le principe de la *liberté individuelle*, a servi de fondement à la détermination jurisprudentielle du principe de la *liberté d'aller et venir* à partir de 1979<sup>464</sup>. Ce principe entre dans le champ de l'article 66 même s'il possède une origine jurisprudentielle<sup>465</sup>. Au final, on s'aperçoit que la même disposition constitutionnelle va conduire à l'émergence de plusieurs principes

---

BEIGNIER B. *Les droits fondamentaux dans le procès civil*, Monchrestien, Paris, 1997, p. 13. Cf. sur cette question : MOLFESSIS N. La procédure civile et le droit constitutionnel, in *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, la documentation française, Paris, p. 245. GUINCHARD S. Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile, *Mélanges Draï*, Dalloz, Paris, p. 355.

<sup>458</sup> MATHIEU B. VERPEAUX M. Jurisprudence constitutionnelle, *JCP* 1997, I, 4066.

<sup>459</sup> Cass. crim. 19 novembre 1981, *Bull. crim.* n°308, *JCP* 1983, II, 19931, note DE LESTANG. R. Le « *principe de l'indépendance des juges* » est par ailleurs visé par le Conseil constitutionnel dans une décision 70/40 DC du 9 juillet 1970, *Rec.*, p. 25.

<sup>460</sup> Ce mécanisme de la réserve d'interprétation représente, pour les normativistes, un instrument indispensable pour encadrer l'activité normative du juge ordinaire résultant de son travail d'interprétation. VIALA A. *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 227 et suiv. et pp. 234 et suiv.

<sup>461</sup> MOLFESSIS N. *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse, Paris 2, 1994, pp. 373 et suiv.

<sup>462</sup> CC 12 janvier 1977, 76-75 DC, *Dalloz* 1978, juris., p. 173, note HAMON L., LEAUTE J. ; *RDJ* 1978, p. 821, observations FAVOREU L.

<sup>463</sup> FAVOREU L. La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 169. Cf. aussi MOLFESSIS N. *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit. p. 165.

<sup>464</sup> CC 12 juillet 1979, 79-107 DC, *Rec.* p. 44. ; *RDJ* 1979, p. 1670, observations FAVOREU L.

<sup>465</sup> PHILIPPE X. La liberté d'aller et de venir, in, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 263.

complémentaires ou parfois concurrents. Certains de ces principes trouvent leur source organique dans la Constitution : il s'agit de la *liberté individuelle* (article 66 al 1, malgré l'hésitation du Conseil) et de la *compétence de l'autorité judiciaire* pour en assurer la garde (article 66 al 2)<sup>466</sup>. Un autre principe a pour origine formelle la jurisprudence du Conseil : la *liberté d'aller et de venir*<sup>467</sup>. En réalité, le juge constitutionnel se dégage sans difficulté du texte de 1958 pour consacrer de nouveaux principes.

Le principe des *droits de la défense* trouve quant à lui une reconnaissance constitutionnelle de la part des deux ordres de juridiction. Le Conseil a d'abord invoqué ce principe sans indication quant à sa nature. Puis, dans une décision 76-70 DC<sup>468</sup>, il lui a conféré la qualité de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Depuis, sans avoir indiqué particulièrement à quelles lois républicaines il se référait, le Conseil a maintenu cette qualification<sup>469</sup>. La Cour de cassation avait déjà qualifié les *droits de la défense* de principe général du droit<sup>470</sup>. Pourtant, incitée par l'avocat général JEOL, l'assemblée plénière devait accorder à ce principe un « *caractère constitutionnel* » dans un arrêt de 1995<sup>471</sup>. L'espèce était en effet délicate et concernait, selon les termes de l'avocat général, « *une affaire de famille* ». Il s'agissait de la procédure du « *rabat d'arrêt* » devant la Cour de cassation. Lorsqu'une erreur matérielle imputable à la Cour de cassation entache son arrêt d'irrégularité, la partie lésée peut demander la rétractation de la décision. Il s'agit d'un recours contre une décision de la Cour de cassation. Dans l'espèce de 1995, un plaideur réclamait un avocat commis d'office pour intenter un tel recours dilatoire qui aurait échoué avec certitude. Le Conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation avait rejeté sa demande. En pratique, le refus se justifiait pleinement, mais admettre une telle solution relevait d'une atteinte sérieuse aux *droits de la défense*. L'assemblée plénière s'est voulue tout à la fois dogmatique et ambitieuse. Elle affirme clairement « *attendu que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel* ». Le dogmatisme de la solution réside dans l'idée que chaque individu, quel que soit le bien fondé de son recours, a droit à l'assistance d'un avocat, au besoin commis d'office. L'ambition réside dans le fait que la Cour reconnaît explicitement à un principe directeur valeur constitutionnelle. A l'évidence, la haute juridiction ne fait que reprendre à son compte la jurisprudence du Conseil. L'utilisation du terme « *droit fondamental à caractère constitutionnel* » constitue une référence au principe fondamental reconnu par l'autorité constitutionnelle. La Cour de cassation se contente donc de suivre le juge constitutionnel. Certaines juridictions du fond ont suivi la même voie. Dans un jugement du 2 octobre 1998, le Tribunal de grande instance de Paris déclare que « *le principe supérieur, de valeur constitutionnelle, des droits de la défense doit conduire à admettre que la libre production dans un procès de pièces écrites, dès lors qu'elles ne sont pas étrangères à la cause, est tout*

<sup>466</sup> Pour une utilisation de ce principe par la Cour de cassation en marge du procès judiciaire : SAINTE-ROSE J. MUCCHIELLI P. Le contrôle du juge judiciaire sur la rétention administrative, *Gaz. Pal.* 1996, 2, doct., p. 989.

<sup>467</sup> D'autres principes découlent de cet article selon la jurisprudence constitutionnelle. Il s'agit notamment du *droit au respect de la vie privée*, et de l'*inviolabilité du domicile, des correspondances et des lieux privés*. FAVOREU L. La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, *op. cit.* pp. 189-190.

<sup>468</sup> CC 2 décembre 1976 76/70 DC, *RDP* 1977, p. 458, observations FAVOREU L. ; *RSC* 1977, p. 370, observations DECOCQ A.

<sup>469</sup> FAVOREU L. PHILIP L. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 10<sup>ème</sup> éd., p. 728.

<sup>470</sup> Notamment Cass. ass. plén. 1<sup>er</sup> juillet 1994, *Bull. ass. plén.*, n°5 ; *Dalloz* 1994, juris., p. 445, conclusions JEOL M.

<sup>471</sup> Cass. ass. plén. 30 juin 1995, *Dalloz* 1995, juris., p. 513, conclusions JEOL M., note DRAGO R.

aussi essentielle que la liberté de parole et de ton protégée par l'article 41 » de la loi du 29 juillet 1881<sup>472</sup>. Dans cette décision le recours à la constitutionnalité du principe permet de le faire prévaloir sur un autre principe. Le tribunal a d'abord considéré que les *droits de la défense* constituaient un « *principe supérieur* » ; mais souhaitant donner plus de poids à leur décision, les juges ont renforcé l'autorité du principe en visant sa constitutionnalité.

**90. L'appropriation de principes constitutionnels par le juge judiciaire.** Les juges du fond ont été parfois d'une particulière témérité en donnant à une décision du Conseil constitutionnel une portée qu'elle n'avait pas initialement. Dans sa décision *juge unique* de 1975, la haute autorité avait affirmé l'existence d'un principe d'*égalité devant la justice* découlant de l'*égalité devant la loi* pour censurer une loi instaurant le juge unique en matière correctionnelle. Cette loi du 6 août 1975 étendait le champ d'application d'un système inauguré en matière pénale en 1972<sup>473</sup>. Ce système existait déjà depuis 1970<sup>474</sup> en matière civile et prévoyait que le président du tribunal de grande instance pouvait décider si l'affaire serait jugée en formation collégiale ou à juge unique. La loi de 1972 ne fut pas déférée au Conseil constitutionnel et le système fut mis en œuvre devant les juridictions correctionnelles. L'encombrement des rôles devait conduire le législateur en 1975 à généraliser le système du juge unique pour toutes les incriminations correctionnelles sauf en matière de délits de presse. Cette fois, la loi fut déférée au Conseil qui devait déclarer l'option offerte au président du tribunal contraire au principe d'*égalité devant la justice*<sup>475</sup>. Le principe de *collégialité* ne fut pas visé par le Conseil qui devait considérer que le libre choix du président de la juridiction plaçait les personnes poursuivies dans une situation inégale. Certains seraient jugés discrétionnairement devant une formation collégiale, d'autres devant un juge unique. Le juge constitutionnel estimait que « *les juridictions appelées à juger des infractions de même nature doivent obéir aux mêmes règles de composition* ». L'autorité de cette décision fut telle que la Cour d'appel d'Amiens devait reprendre le même raisonnement ; mais cette fois pour censurer un jugement pris en application de la loi de 1972 qui n'avait pas été déférée au Conseil<sup>476</sup>. La Cour d'Amiens considère que la décision *juge unique* de 1975 a déclaré non conforme à la Constitution non seulement la disposition de la loi de 1975, mais aussi l'article 6 de la loi de 1972 qui instaurait le pouvoir discrétionnaire du président du TGI. Les juges du fond ont fait produire à la décision *juge unique* des effets sur une loi qui n'a pas été déférée au Conseil. On perçoit dans cet arrêt iconoclaste un embryon de contrôle de constitutionnalité exercé par les juridictions ordinaires. La Cour d'appel d'Amiens ne se réfère pas au principe d'*égalité devant la justice* mais à la règle de la *collégialité*. En réalité, la juridiction est prise par la logique hiérarchique organique. Elle considère ne pas pouvoir censurer la décision de première instance prise à juge unique sur le fondement d'un principe général du droit<sup>477</sup>. Elle aurait pu invoquer directement le principe constitutionnel d'*égalité devant la justice*. Elle a préféré un raisonnement périlleux consistant

<sup>472</sup> TGI Paris 17<sup>ème</sup> ch, 2 octobre 1998, *JCP* 1998, II, 10189, note DERIEUX E.

<sup>473</sup> Loi n°72-1226 du 29 décembre 1972.

<sup>474</sup> La loi du 10 juillet 1970 a introduit un article L 311-10 C. org. jud. Rédigé ainsi : « *Le président du tribunal de grande instance ou le magistrat délégué par lui à cet effet peut décider qu'une affaire sera jugée par le tribunal de grande instance statuant à juge unique* ». Cf. notamment sur ce point, CADIET L. *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 1998, n°152, p. 81.

<sup>475</sup> Décision du 23 juillet 1975 75-56 DC, *Rec.* p. 22 ; *JCP* 1975, II, 18200, note FRANCK C. ; *Dalloz* 1977, juris., p. 629, note HAMON L. LEVASSEUR G.. *RDP* 1975, p. 1313, observations FAVOREU L.

<sup>476</sup> CA Amiens 22 janvier 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 1, juris., p. 333, note Y. M.

<sup>477</sup> Elle pouvait se référer au principe de *collégialité*.

à déformer une décision du Conseil constitutionnel en lui faisant produire un effet sur une loi qui n'avait pas été soumise à son examen.

**91. *L'inspiration mutuelle des juridictions ordinaire et constitutionnelle.*** Cet aperçu général des sources jurisprudentielles de principes constitutionnels a montré tout à la fois l'importance du droit constitutionnel dans le domaine procédural, mais aussi l'influence des décisions du Conseil sur la jurisprudence des Cours et Tribunaux. En réalité, le phénomène ne se produit pas seulement du haut vers le bas. La juridiction constitutionnelle trouve dans les sources non-constitutionnelles les fondements matériels de ses décisions. Par exemple, c'est à l'occasion de la saisine des lois sur la bioéthique qui ont institué le principe légal de *dignité*, que le Conseil a constitutionnalisé ce principe<sup>478</sup>. L'origine du principe est donc bien le texte de loi. Son autorité formelle se trouve augmentée par la consécration constitutionnelle. De même, certains principes passent de la jurisprudence de la Cour de cassation vers celle du Conseil. Le principe de la *séparation des fonctions* interdit en matière pénale à un magistrat du parquet qui a participé à une procédure en tant que partie poursuivante, de siéger par la suite dans une juridiction de jugement statuant sur les mêmes faits. Ce principe a pour origine formelle la jurisprudence du juge judiciaire<sup>479</sup>. Le Conseil a procédé à une constitutionnalisation du principe dans une décision sur l'injonction pénale. Cette procédure instituée par un projet de loi ayant conduit à l'adoption de la loi du 8 février 1995 visait à conférer aux magistrats du parquet des pouvoirs de sanction. La disposition sur l'injonction pénale fut censurée avant son entrée en vigueur par la haute autorité. Elle fut déclarée contraire au principe de « *la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités chargées du jugement qui concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle* »<sup>480</sup>. Le juge ordinaire est à l'origine de la création du principe. Le juge constitutionnel se contente de placer la règle au sein du bloc de constitutionnalité. C'est donc le juge ordinaire, qui se trouve le premier concerné par la détermination jurisprudentielle des principes directeurs.

### c) La détermination de principes généraux du droit

**92.** La catégorie des principes généraux du droit dépasse le simple cadre des principes définis par le juge ordinaire. Il faut entendre ici, sous la dénomination de « principes généraux », les principes visés par le juge judiciaire ou administratif par opposition aux principes internationaux et constitutionnels. L'examen des procédures, l'interprétation des textes légaux et le contrôle des règlements relèvent de ces ordres de juridiction. C'est dans le cadre de ces multiples fonctions que les juges ordinaires élaborent une jurisprudence fondée sur des principes de procédure déterminés de façon autonome ou en référence à des principes textuels. Le juge judiciaire et plus spécialement la Cour de cassation, veille notamment à ce que les acteurs du procès ne négligent pas le respect des principes directeurs ; le Conseil d'Etat intervient quant à lui comme le censeur des textes réglementaires contraires à ces principes.

<sup>478</sup> De même lors de l'examen de la loi autorisant la ratification de la Convention relative à la création du Tribunal pénal international, le Conseil a rappelé l'existence au rang constitutionnel du principe de *dignité* et l'importance de sa protection au plan international par une autorité juridictionnelle. CC 98-408 DC JCP 2000, I, 201, chronique de droit constitutionnel, MATHIEU B., VERPEAUX M., n°20.

<sup>479</sup> Notamment Cass. crim. 17 décembre 1964, *Dalloz* 1965, juris., p. 375 ; *JCP* 1965, II, 14042, note COMBALDIEU R. ; Cass. crim. 5 septembre 1990, *Bull. crim.*, n°310 ; Cass. crim. 29 octobre 1979, *Bull. crim.*, n°296 ; Cass. crim. 26 avril 1990, *Bull. crim.* n°162 ; *RSC* 1991, p. 119, n°6.

<sup>480</sup> CC 2 février 1995, *Rec.* p. 195, *Dalloz* 1997, som. com., p. 130, observations RENOUX TH. ; *RFDC* 1995, n°22, p. 405, observations RENOUX TH. ; BOURDEAU B. L'injonction pénale avortée, *scolies* sur une question de confiance, *ALD* 1995, p. 45.

**93. La juridiction judiciaire et le contrôle des procédures conformément aux principes directeurs.** La Cour de cassation, lorsqu'elle a recours aux principes généraux du droit, n'adopte pas une attitude de la plus grande clarté. Fréquemment, elle se contente d'une référence indéfinie, laissant aux commentateurs le soin de rechercher les règles visées. Dans un arrêt de 1996, elle constate simplement qu'« *il résulte de l'article 185 C.pr.pén. et des principes généraux du droit que l'appel du ministère public s'étend à toutes les décisions rendues en matière de détention provisoire* »<sup>481</sup>. La question posée était celle du domaine d'application du droit d'appel du ministère public. Le principe dégagé par la Cour est donc très certainement celui du *double degré de juridiction*. La haute juridiction se contente d'une référence allusive. Dans d'autres cas, la jurisprudence est plus précise et vise un principe qu'elle détermine indépendamment ou concurremment à un texte.

**94. Les principes directeurs d'origine purement jurisprudentielle.** Cette catégorie relève véritablement du pouvoir créateur, parfois précurseur, du juge. Ce dernier va définir un principe, de façon autonome vis-à-vis des sources textuelles ; puis il donnera à ce principe une portée plus ou moins grande, un régime d'application plus ou moins structuré.

Le principe de *l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil* est un exemple de cette action. Ce principe peut être exprimé comme l'interdiction faite au « *juge saisi de l'action civile de contester toutes les énonciations qui forment le soutien nécessaire de la décision pénale* »<sup>482</sup>. Le principe fut dégagé pour la première fois dans une décision de 1855<sup>483</sup>. Depuis, le principe a connu la pérennité dans sa formulation jurisprudentielle et le déclin quant à son autorité normative. On trouve des décisions qui le formulent explicitement. Pour exemple, cet arrêt de la chambre civile qui affirmait en 1921 : « *attendu, il est vrai, que les décisions de la justice pénale ont au civil l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous en ce qui concerne l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels ce fait est imputé* »<sup>484</sup>. D'autres au contraire ne visent que les conséquences directes qui découlent de l'application du principe. Une chambre mixte jugeait ainsi en 1998, que « *la victime d'une diffamation par voie de presse qui n'a cité devant la juridiction pénale que l'un des participants à l'infraction a épuisé son droit d'agir devant la juridiction civile en raison de la même publication contre les autres participants à cette infraction* »<sup>485</sup>. En l'absence de texte servant de référence au principe<sup>486</sup>, la jurisprudence a construit de façon autonome le régime et le champ d'application de *l'autorité du criminel sur le civil*. A de nombreuses reprises, elle a eu l'occasion d'affirmer le caractère d'intérêt privé de ce principe<sup>487</sup>.

<sup>481</sup> Cass. crim. 6 juillet 1993, *Dalloz* 1993, juris., p. 429, note KEHRIG S.

<sup>482</sup> BONFILS PH, *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, préface S. CIMAMONTI, n°434 et suiv., p. 485 et suiv.

<sup>483</sup> Cass. civ. 7 mars 1855, *Dalloz* 1855, 1, p. 81, *Sirey* 1855, 1, p. 439.

<sup>484</sup> Cass. civ. 18 avril 1921, *Sirey* 1923, 1, p. 161, note MOREL R.

<sup>485</sup> Cass. ch. mixte 3 juin 1998, *Dalloz* 1998, juris., p. 575, note REBUT D.

<sup>486</sup> On a pu se référer à l'article 1351 C.civ. qui consacrait la règle *non bis in idem* mais ce fondement textuel fut contesté. Sur la contestation, BONFILS PH, *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, préface S. CIMAMONTI, n°434, pp. 485 à 487. L'article 1351 peut en effet être considéré comme l'un des volets du principe de *l'autorité de la chose jugée*, mais il vise en fait à éviter qu'une même personne ne soit jugée deux fois pour les mêmes faits. En matière pénale cette règle est exprimée par l'article 6 C.pr.pén. qui prévoit que l'action publique se prescrit notamment par la *chose jugée*. *L'autorité du criminel sur le civil* vise principalement à éviter les contrariétés de jugement lorsque l'action civile est exercée devant les juridictions civiles.

<sup>487</sup> Notamment, Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 15 décembre 1980, *Bull. civ.*, n°264, *JCP* 1981, IV, p. 85.

La *loyauté dans la recherche de la preuve* est un autre principe qui a connu un essor jurisprudentiel, trouvant sa consécration expresse en 1996 pour sanctionner une « *machination (ayant) porté atteinte au principe de la loyauté des preuves* »<sup>488</sup>. L'application du principe a permis d'étendre le dispositif contraignant des écoutes téléphoniques ordonné par le juge d'instruction aux écoutes pratiquées à la demande de l'un des correspondants et dans son bureau<sup>489</sup>. A l'inverse, le champ d'application de ce principe a été cantonné à la recherche des preuves opérée par les autorités publiques<sup>490</sup>. A plusieurs reprises, la Cour de cassation a admis la production en justice de preuves recueillies en violation du principe. Elle a ainsi jugé qu'« *aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écartier les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale d'en apprécier la valeur probante* »<sup>491</sup>. Une lettre confidentielle peut donc, selon la juridiction suprême, être produite en justice par un particulier malgré l'absence de consentement des correspondants<sup>492</sup>.

Sans aller plus loin dans cet exposé, il est possible de relever l'existence d'autres principes directeurs conceptualisés uniquement en jurisprudence. C'est le cas des *droits de la défense* qui ne sont pas nommément visés dans les textes procéduraux<sup>493</sup> et semblent s'imposer « *dans le silence de la loi parce que le droit d'une nation civilisée ne saurait les exclure* »<sup>494</sup>. La Cour de cassation n'ignore pas ce principe et le vise explicitement dans de nombreux arrêts<sup>495</sup>. Tel est encore le cas du *double degré de juridiction* qui n'est formellement énoncé que dans certains arrêts<sup>496</sup> bien qu'on en trouve des expressions dans les dispositions sur le droit d'appel en matière civile.

**95. La reconnaissance partagée des principes directeurs en jurisprudence et dans les textes processuels.** La protection des droits fondamentaux est un objectif qui domine largement l'évolution actuelle du droit judiciaire. On comprend que les différentes sources organiques soient conduites à formaliser les règles qui garantissent cette protection. Certains principes vont alors trouver une place dans une pluralité de textes et de décisions juridictionnelles.

Certains textes ont une telle autorité qu'ils font parfois oublier les pouvoirs du juge. L'exemple de l'article 6 de la CESDH est significatif à cet égard. Il stipule notamment l'existence d'un principe *d'impartialité* des juridictions. Cette *impartialité* doit s'apprécier très largement pour toutes les juridictions qui statuent sur le fond de l'affaire mais aussi pour

<sup>488</sup> Cass. crim. 27 février 1996, *JCP 1996*, II, 22629, note RASSAT M.L. ; *Dalloz 1996*, juris., p. 346, note GUERY CH.

<sup>489</sup> Cass. crim. 27 février 1996, *précit.*

<sup>490</sup> Cf. sur cette limitation et ses incidences sur la généralité du principe, *infra*, n°233.

<sup>491</sup> Cass. crim. 6 avril 1994, *Bull. crim.*, n°136.

<sup>492</sup> Cass. crim. 15 juin 1993, *Dalloz 1994*, juris., p. 613, note MASCALA C.

<sup>493</sup> PERDRIAU A. Les droits de la défense devant les chambres civiles de la Cour de cassation, *JCP 1993*, I, 3650. Cf. cependant le chapitre premier du titre 1 de la loi du 15 juin 2000 dont l'objet est de renforcer les « *droits de la défense* ».

<sup>494</sup> LEAUTE J. Les principes généraux relatifs aux droits de la défense, *RSC 1953*, p. 47.

<sup>495</sup> Par exemple, elle affirme : « *vu l'article 1134 du Code civil et le principe du respect des droits de la défense* » Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 16 avril 1996, *Bull. civ.*, n°179.

<sup>496</sup> Par exemple, Cass. soc. 19 novembre 1987, *Bull. civ.*, n°666. Sur l'émergence et l'évolution du principe, PERROT R. *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Paris, 8<sup>ème</sup> édition, 1998, p. 76, n°79.



celles qui sont chargées de l'instruction<sup>497</sup>. La référence au principe *d'impartialité* au regard de la CESDH est fréquente dans la jurisprudence du juge judiciaire<sup>498</sup>. Il arrive aussi que les magistrats se dégagent de la prescription textuelle pour affirmer l'existence du principe *d'impartialité*. Le fait est suffisamment rare pour être souligné. Dans un arrêt du 3 décembre 1996<sup>499</sup>, la Cour de cassation adopte le visa suivant : « *Vu l'article 34 de la Convention franco-gabonaise du 23 juillet 1963, ensemble, le principe d'impartialité du juge* ». Sous ce visa, la haute juridiction va refuser d'accorder l'*exequatur* à une décision de justice étrangère en raison de la suspicion légitime qui pesait sur le magistrat ayant pris cette décision. « *L'impartialité du juge est une exigence de l'ordre public international* » déclare la première chambre civile. Pourtant, que ce soit dans le visa ou au sein même des motifs, aucune allusion n'est faite à la CESDH. Aucune raison de droit ne fait obstacle à ce que le juge français utilise la CESDH pour contrôler la validité d'une décision juridictionnelle étrangère au regard des principes procéduraires français ou de l'ordre public international. Cette décision tend à montrer que la Cour de cassation se reconnaît un pouvoir autonome de détermination des principes directeurs au-delà de toute référence textuelle. A l'évidence, la référence à l'ordre public international donne un fondement matériel au principe énoncé. Pour autant, le juge français marque aussi ses distances avec la CESDH qui aurait logiquement trouvé sa place dans le visa. Le principe *d'impartialité* dégagé par la Cour de cassation a-t-il une signification ou un contenu différent de son homologue européen ? A première vue, le refus d'*exequatur* est justifié par la suspicion légitime envers le magistrat étranger. Un critère de partialité qui justifie aussi l'annulation d'une décision sous le visa de l'article 6§1 de la Convention européenne. La concurrence des sources formelles ne favorise donc pas la transparence de la matière des principes directeurs.

L'utilisation d'un même principe par un texte et par la jurisprudence ne va pas sans créer des discordances quant à la définition du champ d'application du principe. L'hypothèse s'est produite avec le *contradictoire*. Ce principe a fait son entrée dans les textes de procédure civile avec le décret du 9 septembre 1971 et dans le nouveau Code de procédure civile en 1975. Antérieurement, le principe avait été consacré par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 19 décembre 1955, cette juridiction visait « *les articles 230, 232, et 1353 du Code civil, ensemble, le principe de la libre contradiction des parties* »<sup>500</sup>. L'utilisation de la *libre contradiction* permettait alors aux juges de refuser dans les débats un procès verbal dont la communication n'avait pas été faite à la partie adverse. Cette règle a été reprise dans l'article 16 al 2 du nouveau Code consacré à « *la contradiction* »<sup>501</sup>. Celui-ci prévoit : le juge « *ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». De manière plus générale, l'article 16 impose au juge de faire respecter et de respecter lui-même le principe de la *contradiction*. Pour autant, la jurisprudence n'a pas systématiquement

<sup>497</sup> Notamment GUINCHARD S., BUISSON J. *Procédure pénale*, Litec, Paris, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, n°335, p. 232.

<sup>498</sup> « *Le président du tribunal d'instance a bien donné son opinion avant le débat contradictoire sur le litige qui lui était soumis* » affirme la Cour d'appel de Toulouse en constatant que « *les propos tenus par le président du tribunal d'instance (...) peuvent servir de fondement à suspicion légitime de la juridiction puisque celle-ci, formée de ce seul magistrat, apparaît ne plus disposer dans l'affaire en cours, de l'impartialité exigée, notamment par l'article 6-1 de la CESDH* ». CA Toulouse 16 décembre 1992, *Jurisdata*, n°051527. Plus généralement pour une vue globale de l'utilisation de l'article 6§1 CESDH par le juge judiciaire, FABRE M. GOURON-MAZEL A. *Convention européenne des droits de l'homme, application par le juge français, 10 ans de jurisprudence*, Litec, Paris, 1998, p. 35 et suiv.

<sup>499</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 3 décembre 1996, *Bull. civ.*, n°427.

<sup>500</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 13 décembre 1955, *Bull. civ.*, n°600.

<sup>501</sup> Section VI du chapitre relatif aux principes directeurs du procès. Articles 14 à 17.

modifié ses visas de principe. Certains arrêts postérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau Code évitent en effet de citer l'article 16 à l'image de cette décision du 12 mars 1980 dont le visa est ainsi rédigé : « *vu le principe du contradictoire* »<sup>502</sup>. En considération de ce principe, la Cour suprême rejette la production en justice d'un rapport complémentaire d'expertise aux motifs que ce rapport n'a pas été établi contradictoirement. D'autres arrêts ont au contraire utilisé l'article 16 pour censurer la décision d'un juge qui avait révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre à une partie de conclure sans mettre l'adversaire en mesure de répondre<sup>503</sup>. On a donc le sentiment que le juge peut appliquer indifféremment l'article 16 ou le principe du *contradictoire* dégagé en jurisprudence. Les deux expressions auraient-elles la même valeur ? La réalité est plus complexe.

En 1971, lorsque le *contradictoire* fut intégré dans un texte réglementaire, la disposition le concernant était ainsi rédigée : « *le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe du contradictoire. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit autres que d'ordre public qu'il a relevés d'office ou les explications complémentaires qu'il a demandées sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ». Dans le deuxième décret visant à s'intégrer dans le nouveau Code adopté le 20 juillet 1972, il était précisé que « *le juge doit avertir les parties des moyens qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations* »<sup>504</sup>. D'autre part, le magistrat devait « *rouvrir les débats chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer sur les moyens que la juridiction se propose de relever d'office* »<sup>505</sup>. Cette protection intense du *contradictoire* conduisit à une augmentation importante du nombre de pourvois en cassation pour violation du principe et à un inévitable encombrement du rôle de cette juridiction<sup>506</sup>. Le pouvoir réglementaire fut contraint d'opérer un retour en arrière dans le décret de codification du 5 décembre 1975. A cette date, l'article 16 recevait donc une nouvelle rédaction : « *Le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans sa décision que les explications qu'il a recueillies contradictoirement* ». La référence à l'obligation personnelle faite au juge de respecter le principe avait disparu. Cela posait un réel problème lorsqu'un magistrat relevait d'office un moyen de pur droit comme l'y autorisait l'article 12 al 3 du même Code.

Désormais, on se trouvait face à deux principes du *contradictoire*. Le premier était visé à l'article 16 du nouveau Code de procédure civile et ne s'appliquait qu'aux parties ; le second d'origine jurisprudentielle visait le juge. Dans un arrêt du 6 juillet 1978<sup>507</sup>, la Cour de cassation a utilisé le second pour étendre la portée du premier. La victime d'un dommage se fondait sur les articles 1384 al 1 et 1386 du Code civil pour fonder son action en responsabilité. La Cour d'appel, considérant que les moyens utilisés n'étaient pas adéquats, s'était référée à l'article 1382 du même Code pour relever la faute de l'auteur et le condamner à des dommages et intérêts. La Cour de cassation a procédé à une application extensive de l'article 16. En effet, en se fondant uniquement sur ce texte aux termes duquel « *le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction* », la haute juridiction annule la décision d'appel aux motifs qu'elle avait relevé un moyen d'office « *sans recueillir préalablement les explications des parties* ». Pour autant, dans sa rédaction

<sup>502</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 12 mars 1980, *Bull. civ.*, n°86.

<sup>503</sup> Notamment Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 11 février 1987, *Bull. civ.*, n°22.

<sup>504</sup> Article 90 du décret du 20 juillet 1972.

<sup>505</sup> Article 92 du décret du 20 juillet 1972.

<sup>506</sup> FRANC M. conclusions sous C.E. ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France, JCP 1980, II, 19288*.

<sup>507</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 6 juillet 1978, *JCP 1979, II, 19214*, observations BORE J.

issue du décret de codification, l'obligation pour le juge d'observer la *contradiction* avait été supprimée. Implicitement, la Cour suprême a donc utilisé le principe jurisprudentiel du *contradictoire* qui ne comprenait pas cette limite. La reconnaissance jurisprudentielle du principe a permis au juge de se dégager de la contrainte textuelle afin de redonner à cette norme une portée juridique qu'elle avait perdue. Plus radicale encore fut la position du Conseil d'Etat qui utilisa le principe jurisprudentiel pour éradiquer la disposition textuelle. Une attitude qui révèle que la juridiction administrative se préoccupe, elle aussi, de définir des principes généraux du droit processuel privé.

**96. La juridiction administrative et l'annulation des dispositions procédurales en contradiction avec les principes directeurs.** La Constitution de la cinquième République en créant la catégorie des règlements autonomes, n'a pas résolu la question de savoir si ces normes devraient se conformer aux principes généraux du droit définis par le Conseil d'Etat. Ce dernier a rapidement décidé que le pouvoir réglementaire autonome était tenu au respect des principes par lui dégagés<sup>508</sup>. Certains auteurs ont pu s'étonner que le Conseil d'Etat soit ainsi désigné pour contrôler la validité des règles de procédure civile<sup>509</sup>. Cette compétence n'est pas exclusive et l'on a pu observer une action conjointe des juridictions judiciaires et administratives pour garantir le respect des principes directeurs. Un peu plus d'un an après la Cour de cassation, le Conseil d'Etat s'attelait à son tour à sanctionner les atteintes au principe de la *contradiction* dans le nouveau Code de procédure civile. L'article 16 du nouveau Code dans sa rédaction de 1975 cumulé avec l'article 12 du même Code, qui permettait au juge de relever d'office des moyens de pur droit, continuaient, malgré la censure de la Cour de cassation, de produire leurs effets néfastes par leur simple existence. Potentiellement chaque juge civil avait, en application de ces deux règles, la possibilité de se saisir d'un moyen de droit sans le soumettre à la libre discussion des parties. Le décret du 29 juillet 1976 était intervenu pour tenter de pallier les imperfections du nouveau Code à cet égard. Un second alinéa fut ajouté à l'article 16 rédigé ainsi « *Le juge ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». Le juge se trouvait à nouveau dispensé du poids de la *contradiction*.

La juridiction administrative fut saisie en vue de l'annulation de plusieurs dispositions du nouveau Code de procédure civile. Le Conseil d'Etat, dans une décision *Rassemblement des nouveaux avocats de France*<sup>510</sup>, sanctionna les dispositions litigieuses. Devant la juridiction administrative, le commissaire du gouvernement estimait que la combinaison des articles 12 et 16 du nouveau Code produisait une atteinte au principe du *contradictoire*, mais aussi à celui de l'*égalité devant la justice* en ce qu'il laissait au juge la simple faculté de relever les moyens de pur droit. Le Conseil reprend cette argumentation et considère que « *la réforme du Code de procédure civile telle qu'elle résulte de l'institution du nouveau Code a, en vue d'améliorer le déroulement de l'instance, de simplifier et d'accélérer la procédure, confié au juge des pouvoirs étendus de contrôle et de direction de l'instruction ; que l'extension des pouvoirs de juge n'est pas illégale dès lors qu'elle s'exerce dans le respect des principes généraux du droit (...). Ces garanties résident notamment dans les principes de*

<sup>508</sup> C.E. 26 juin 1959, *syndicat des ingénieurs-conseils*, RDP 1959, p. 1004, conclusions FOURNIER, Dalloz 1959, juris., p. 541, note L'HUILLIER J., Sirey 1959, p. 202, note DRAGO R.

<sup>509</sup> Notamment ROUHETTE G. L'ordre juridique processuel, réflexions sur le droit du procès, *Mélanges Raynaud*, Dalloz – Sirey, Paris, 1985, p. 687.

<sup>510</sup> C.E. ass. 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, Dalloz 1979, juris., p. 606, note BENABENT A. ; JCP 1980, II, 19288, conclusions FRANC M., note BORE J. Cf. aussi, DELVOLVE P. Le nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'Etat, Dalloz 1979, chron., p. 281.

*l'égalité des citoyens devant la justice et du caractère contradictoire de la procédure* ». La possibilité laissée au juge de relever d'office des moyens de droit sans les soumettre à la discussion des parties fut donc déclarée illégale. Les articles 16 et 12 al 3 du nouveau Code furent purement et simplement annulés. L'article 16 expression textuelle du principe du *contradictoire* venait de céder, du fait de son imparfaite rédaction devant le principe jurisprudentiel du *contradictoire*. Par la suite, cette disposition reçut une nouvelle et dernière rédaction<sup>511</sup> conforme à la volonté conjointement affirmée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Désormais, selon cette disposition, « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». L'intervention du Conseil d'Etat sur la question des principes procéduraux remet en cause les règles constitutionnelles sur la répartition du domaine du droit processuel entre loi et règlement.

**97. La juridiction administrative et le déclouonnement des sources formelles.** Les principes transcendent la traditionnelle distinction entre loi et règlement dans le droit processuel. Le principe de *publicité* en est une illustration significative. Le décret du 23 juillet 1972 a institué un certain nombre de dispositions qui devaient être intégrées dans le nouveau Code de procédure civile. Parmi celles-ci, l'article 83 du décret prévoyait la *publicité des débats* (alinéa 1), avec la possibilité pour le président de la juridiction de décider que ces débats aient lieu en chambre du conseil s'il résultait de la publicité une atteinte à la *vie privée* (alinéa 2). Le texte réglementaire prévoyait ainsi la *publicité* comme principe ainsi qu'une atteinte à ce principe ayant pour finalité la protection de la *vie privée*. Le Conseil d'Etat saisi d'une demande d'annulation de l'article 83 al 2 considéra « *que la publicité des débats est un principe général du droit ; qu'il n'appartient dès lors, qu'au législateur d'en déterminer, d'en étendre ou d'en restreindre les limites* »<sup>512</sup>. Le principe énoncé en jurisprudence était le même que celui adopté par le nouveau Code, mais l'atteinte à ce principe ne relevait pas de la compétence du pouvoir réglementaire. Sur le fond, l'idée d'un balancement entre principe de *publicité de la justice* et respect de *l'intimité de la vie privée* était le reflet d'un équilibre souhaitable. Dès lors, une loi du 9 juillet 1975 devait reprendre la formule en intégrant dans la loi du 5 juillet 1972, relative au juge de l'exécution et à la réforme de la procédure civile, un article 11-1 rédigé comme suit :

« *Les débats sont publics (...) / Le juge peut en outre décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée ou si toutes les parties le demandent ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice* ».

En substance, la disposition légale reprenait la règle posée par le texte réglementaire initial. Lors de la création du nouveau Code par le décret du 5 décembre 1975, une nouvelle règle fut introduite à l'article 435. Les termes du décret du 23 juillet 1972 furent à nouveau reproduits : « *Le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée* ».

Une nouvelle tentative de faire annuler l'atteinte réglementaire au principe de *publicité* fut portée devant le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt *Rassemblement des nouveaux avocats de France*<sup>513</sup>. La haute assemblée apporta une réponse laconique à cette nouvelle attaque : « *Considérant que cet article est la reproduction de l'article 11-1 al 3 ajouté à la loi du 5 juillet 1972 par la loi du 9 juillet 1975 et que sa légalité ne peut donc être discutée par la voie contentieuse...* ». Le débat était définitivement clos. La disposition réglementaire tirait

<sup>511</sup> Issue du décret du 12 mai 1981.

<sup>512</sup> C.E. ass. 14 octobre 1974, *dame David*, JCP 1975, II, 17967, note DRAGO R., *Gaz. Pal.* 1975, 1, juris., p. 117, note AMSON D. ; *Dalloz* 1975, juris., p. 369, note AUBY J.M.

<sup>513</sup> *précit.*

son autorité d'une source législative sans avoir changé de contenu entre 1972 et 1975. La régularité formelle fut donc respectée mais cette fois, c'est le principe jurisprudentiel de la *publicité* qui dut céder le pas devant son expression textuelle.

Ce qui est remarquable dans ce mouvement d'aller et retour entre les textes et la jurisprudence, c'est que les principes conduisent à modifier la répartition des compétences entre domaine législatif et réglementaire. Initialement, l'expression textuelle de la *publicité de la justice* relevait, en tant que règle procédurale, du règlement autonome. En consacrant la *publicité* au rang des principes généraux du droit jurisprudentiel, le Conseil d'Etat déplace le principe vers le champ législatif. En réalité, le principe est scindé en deux. Son affirmation peut trouver légitimement sa place dans un règlement à l'image de l'article 22 du nouveau Code de procédure civile<sup>514</sup> mais les atteintes qui lui sont portées relèvent de la compétence du législateur. Encore une fois, la dispersion des sources introduit une complexité souvent inutile lorsque les dispositions visant les principes sont annulées, puis reprises par d'autres textes et enfin réintroduites à l'identique dans le texte qui les avait accueillies initialement. L'absurdité de la situation révèle aussi le caractère arbitraire de la scission du droit processuel privé entre la loi et le règlement.

Les principes directeurs débordent donc largement le cadre du droit processuel privé entendu au sens strict du terme. Les sources de ces principes sont multiples. Toutes les strates de la hiérarchie organique sont concernées et les deux modes d'édition du droit (textes et jurisprudence) se disputent la détermination de ces principes. Cette multiplication des sources possède un effet pervers. En effet, si la diversité des origines formelles constitue la principale source de richesse de la matière, elle constitue également un indéniable facteur d'ambiguïté.

## *Section 2 : Les incidences de la diversité : l'ambiguïté du contenu des principes directeurs du procès judiciaire*

**98.** Les principes directeurs connaissent un développement important du fait de la multiplication des sources formelles qui prennent en considération le droit processuel. Cette dispersion des sources n'est pourtant pas sans conséquence sur le contenu des principes. Lorsque l'on confronte les sources nationales et internationales, textuelles et jurisprudentielles, on constate qu'un même principe connaît des applications différentes (§ 1), mais aussi que des principes apparemment distincts possèdent en réalité un contenu identique ou similaire (§ 2).

### **§ 1 : La divergence d'application d'un même principe visé dans plusieurs sources**

**99.** La concurrence des sources dans la détermination des principes est créatrice de confusions. Il en est ainsi pour les principes dont le contenu varie selon la source (A) ou encore dont l'interprétation évolue en fonction de la juridiction qui le met en œuvre (B).

#### A) La difficulté de connaître l'étendue d'un principe à contenu variable

**100.** Un tel principe, présente une apparente clarté dans sa dénomination textuelle. En réalité, il contient d'autres principes ou règles techniques sans rapport apparent avec son nom. Une illustration peut être trouvée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

---

<sup>514</sup> « Les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil »

concernant le principe de la *liberté individuelle*. Ce principe trouve son origine dans l'article 66 de la Constitution et a été aussi intégré parmi la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république<sup>515</sup>. La *liberté individuelle* est une notion assez large qui va susciter la détermination par le juge constitutionnel de nouveaux principes. Assez logiquement, le Conseil a reconnu la *liberté d'aller et de venir* que la doctrine considère liée à la *liberté individuelle*<sup>516</sup>. Au-delà de ce principe on s'accorde généralement à penser que la notion même de *liberté individuelle* dans la jurisprudence constitutionnelle restait imprécise. Le Conseil ne définit pas le principe<sup>517</sup> et a laissé aux auteurs le soin d'en rechercher les frontières<sup>518</sup>. Dans un premier temps, la *liberté individuelle* a englobé la protection de la *sûreté*. A première vue, cette notion n'a pas de relation immédiate avec l'idée de *liberté*. L'analogie est établie par l'article 66 de la Constitution qui déclare que « nul ne peut être arbitrairement détenu ». Le droit à la *sûreté* doit donc être regardé comme la protection de l'individu contre une atteinte à sa liberté. Les auteurs ne s'accordent pourtant pas sur l'étendue du droit à la *sûreté*. Une conception restrictive limite la portée du principe à l'interdiction des détentions arbitraires ou des arrestations abusives<sup>519</sup>. A l'inverse, la *sûreté* s'analyse de façon extensive comme « la garantie de la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir »<sup>520</sup>. Dans cette seconde acception, la *sûreté* déborde largement le cadre de la *liberté individuelle* strictement entendu, pour situer ce principe plus généralement dans le cadre de la confrontation individu-puissance publique. Progressivement la *liberté individuelle*, a étendu son champ d'application à des principes relatifs aux droits individuels ou encore à la protection de l'individu dans son *intimité*. En 1983, dans une décision relative au contrôle de la loi de finance<sup>521</sup>, le Conseil constitutionnel décidait que l'article 66 de la Constitution confiait à l'autorité judiciaire « la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects et notamment celui de l'inviolabilité du domicile ». Mais plus loin, les juges visaient encore « les exigences de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile ». Dans la même décision le Conseil adoptait donc une conception extensive du principe de *liberté individuelle* qui devait être respecté « sous tous ses aspects » et une autre conception, plus réduite, où l'*inviolabilité du domicile* était juxtaposée à la *liberté individuelle*. Ce qui est ambiguë dans l'attitude du juge constitutionnel, c'est qu'il ne précise pas s'il entend protéger spécialement un principe de *liberté individuelle* se déclinant sous plusieurs formes ou au contraire, s'il protège plus généralement toutes les *libertés*. L'article 66 ne constitue plus un principe directeur mais correspond à un ensemble de droits individuels révélés progressivement au rang constitutionnel par les juges. La doctrine n'est pas opposée à cette dernière conception puisque certains auteurs abandonnent l'utilisation du singulier pour faire allusion plus largement à l'existence de *libertés individuelles* qui peuvent s'opposer aux *libertés collectives*<sup>522</sup>.

<sup>515</sup> Cf. *supra* n°89.

<sup>516</sup> MOLFESSIS N, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse, Paris 2, 1994, p. 165.

<sup>517</sup> WACHSMANN P. La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RSC 1988*, p. 1.

<sup>518</sup> MOLFESSIS N., *op. cit.* p. 166.

<sup>519</sup> WACHSMANN P., *op. cit.* p. 6.

<sup>520</sup> RIVERO J. *Les libertés publiques*, t. 2, Paris, PUF, 1997, 6<sup>ème</sup> éd., p. 19.

<sup>521</sup> CC 29 décembre 1983 83-164 DC, *Rec.* p. 67 ; *JCP 1984*, II, 20160, note DRAGO R. et DECOCQ A. ; *AJDA 1984*, p. 97, observations PHILIP L.

<sup>522</sup> Sur la distinction, Cf. notamment, ROUSSEAU D. *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 37 et suiv.

Plus récemment, les juges du Palais Royal ont affirmé que l'*inviolabilité du domicile* constitue un principe constitutionnel qui relève, ainsi que la *liberté individuelle*, des libertés publiques constitutionnellement garanties<sup>523</sup>. Pour certains, le Conseil, en plaçant la *liberté individuelle* au même niveau que l'*inviolabilité du domicile*, avait adopté une conception stricte du principe<sup>524</sup>. La *liberté individuelle* serait synonyme de la sûreté et incluse, à coté de l'*inviolabilité du domicile*, dans le champ plus vaste des libertés publiques. Le dernier de ces principes entre-t-il dans le champ d'application de l'article 66 dont la protection est assurée par l'autorité judiciaire ? Les auteurs reconnaissent qu'en réalité, les deux principes « *sont étroitement mêlés* »<sup>525</sup>.

Par ailleurs, le Conseil n'élucide pas le point de savoir s'il protège le principe du respect de la *vie privée* dont la protection de l'individu contre la divulgation de son domicile est l'un des éléments au sens de l'article 9 du Code civil<sup>526</sup>. Dans une décision 97-389 DC, le Conseil indiquait que les méconnaissances graves du droit au respect de la *vie privée* était de nature, pour les étrangers et pour les nationaux, à porter gravement atteinte à leur *liberté individuelle*<sup>527</sup>. L'*intimité de la vie privée* serait donc incluse dans la *liberté individuelle* alors que l'*inviolabilité du domicile* qui relève assurément de la protection de la *vie privée* serait conçue comme un principe distinct de la liberté individuelle. On peut dire que la clarté ne domine pas la jurisprudence constitutionnelle. La confusion est encore entretenue à propos de la protection de la *vie privée*. La doctrine constitutionnaliste constate ainsi que la question de l'utilisation des fichiers informatiques avait fait naître en jurisprudence la notion de *liberté personnelle*, indépendante de la *liberté individuelle* et ne tombant plus sous le coup de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire. La notion de *vie privée* se trouvait écartelée entre la *liberté personnelle* et la *liberté individuelle*. Cette jurisprudence ne fut pas conservée puisque quelques années plus tard, l'utilisation des fichiers informatisés retournait dans le champ de la *liberté individuelle*<sup>528</sup>.

On constate la difficulté créée par l'existence textuelle d'un principe défini en des termes très généraux auxquels la jurisprudence tente de donner un sens parfois surprenant. La définition des contours du principe de *liberté individuelle* est une tâche délicate dans la mesure où les principes et règles techniques inclus dans cette *liberté* relèvent, en vertu de l'article 66 de la Constitution, de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire. Selon qu'il souhaite étendre ou diminuer le champ de cette compétence, le Conseil constitutionnel va augmenter ou réduire l'utilisation jurisprudentielle du principe textuel de la *liberté individuelle*. L'ambiguïté est donc générée par l'existence d'un principe textuel à contenu variable, dont l'interprétation par l'autorité juridictionnelle compétente relève souvent de l'exercice de style. Cette ambiguïté rejaillit en définitive sur les principes inclus dans la *liberté individuelle*.

<sup>523</sup> CC 16 juillet 1996 96-377 DC, *Rec.* p. 87 ; *RDP* 1996, p. 1245, observations LUCHAIRE F. ; *Daloz* 1997, juris., p. 69, note MERCUZOT B. ; *JCP* 1996, II, 22709, note NGUYEN V.T. ; *RFDA* 1997, p. 538, observations SPITZ J.E.

<sup>524</sup> MATHIEU B. VERPEAUX M., Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *JCP* 1997, I, 4023.

<sup>525</sup> *Ibid.*, n°23.

<sup>526</sup> Article 9 C.civ. « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Cette disposition sert de fondement à la protection contre la divulgation du domicile d'un individu. Notamment, Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 6 novembre 1990, *Daloz* 1991, juris. p. 353, note PREVAULT J.

<sup>527</sup> CC 22 avril 1997 97-389 DC, *Rec.* p. 45. ; *JCP* 1997, II, 22890, note ZARKA J.C. ; *RFDC* 1997, n°31, p. 571, observations LECUCQ O.

<sup>528</sup> Sur cette évolution, FAVOREU L. PHILIP L. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 10<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 892, n°16.

C'est notamment le cas en ce qui concerne le principe du respect de la *vie privée*. Le Conseil constitutionnel ne consacre pas le respect de la *vie privée* comme un principe à valeur constitutionnelle, alors même que l'*inviolabilité du domicile* profite de ce statut. Dans le même temps, la protection du domicile relève, dans le Code civil, du respect de la *vie privée*. Le Code pénal sanctionne quant à lui, d'un côté les atteintes à la *vie privée*<sup>529</sup> et d'un autre côté la violation de domicile<sup>530</sup>. Pour autant, les deux incriminations font partie d'une même section du Code intitulée « *de l'atteinte à la vie privée* ». Le lien entre *vie privée* et *inviolabilité du domicile* est indiscutable. Pour autant, les différentes sources du droit processuel et substantiel ne parviennent pas à définir clairement s'il existe un principe et une règle technique, si l'*inviolabilité du domicile* est incluse dans la protection de la *vie privée* ou encore si les deux normes possèdent le même statut et sont simplement complémentaires. L'intuition conduirait à penser qu'il existe un principe de protection ou de respect de la *vie privée* qui contient notamment la règle de l'*inviolabilité du domicile* trop précise pour être élevée au rang des principes directeurs<sup>531</sup>. L'observation du droit positif dans son éparpillement empêche toute tentative de définition, de synthèse ou de classement. Le principe à contenu variable demeure, par essence et peut être fatalement, une norme floue dont l'étendue est indéterminée et indéterminable. La difficulté est accrue lorsque le même principe est interprété par plusieurs juridictions.

#### B) La diversité d'interprétations d'un même principe par des juridictions différentes

**101.** Les principes directeurs coexistent à différents niveaux de la hiérarchie formelle. La mise en œuvre de ces principes relève donc de plusieurs juridictions dont les préoccupations ne sont pas toujours identiques. L'approche d'un même principe peut diverger. La catégorie des principes directeurs est particulièrement propice à ces divergences en ce qu'elle contient des normes définies en des termes vagues ou généraux. Les notions floues ne favorisent pas la cohésion dans l'interprétation. La doctrine souligne ainsi la difficulté de définir le contenu de certains principes. Le principe de *dignité* pose des difficultés à cet égard. Les auteurs s'accordent pour dire qu'il « *ne reçoit pas de définition univoque* »<sup>532</sup> et que l'on est susceptible de dire à son égard « *l'endroit et son contraire* »<sup>533</sup>. Actuellement le principe est explicitement reconnu par le Code civil, le Conseil constitutionnel, et implicitement par la CESDH dont l'article 3 interdit le recours à la torture et aux traitements inhumains et dégradants.

---

<sup>529</sup> Article 226-1 C. pén. : « *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui (...)* ».

<sup>530</sup> Article 226-4 C.pén. : « *L'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou de contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende* ».

<sup>531</sup> Cette règle trouve des applications procédurales à travers la réglementation des perquisitions, visites domiciliaires ou constats d'huissiers.

<sup>532</sup> SAINT-JAMES V. Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, *Dalloz* 1997, chron., p. 61.

<sup>533</sup> GALLOUX J.C., cité par HARICHAUX M. *La protection des libertés et droits corporels*, Montchrestien, Paris, 1995, p. 24.



Plus généralement, un pénaliste souligne les problèmes soulevés par le contrôle de constitutionnalité des lois françaises au regard des principes juridiques<sup>534</sup>. Le contrôle *a priori* exclut que le Conseil puisse contrôler ou orienter l'interprétation des principes opérée par le juge ordinaire, autrement que par le biais de réserves d'interprétations. L'absence de contrôle *a posteriori* n'explique pas toutes les divergences. Par essence, le pouvoir d'interprétation des juridictions est souverain et le jeu des influences, s'il existe, ne permet pas de mettre fin aux divergences jurisprudentielles. « *La liste des droits et libertés fondamentaux* » affirme le Professeur DELMAS-MARTY « *est extensive au fil de la jurisprudence* »<sup>535</sup>. On remarquera d'ailleurs que si les juridictions françaises déterminent de nouveaux principes procéduraux, la CEDH est plus timide à cet égard et se contente en général des principes définis par la Convention dont elle est l'interprète. Deux exemples permettront de mettre en lumière les divergences d'interprétation entre juges judiciaire et constitutionnel d'une part, et entre juges judiciaire et européen d'autre part.

Dans une décision du 12 janvier 1977<sup>536</sup>, le Conseil constitutionnel visait l'article 66 de la Constitution et la compétence de l'autorité judiciaire en matière de *liberté individuelle*, pour déclarer inconstitutionnel un texte qui avait pour objet de donner aux officiers de police judiciaire le pouvoir de procéder à des visites et fouilles de véhicules à tout moment, pourvu que le véhicule se trouve sur la voie publique. Le Conseil estimait notamment que l'étendue des pouvoirs des OPJ et l'imprécision des règles relatives au contrôle de ces pouvoirs violaient les principes visés à l'article 66. Cette solution n'a pas eu la portée immédiate attendue. Malgré la censure de la disposition inconstitutionnelle, la Cour de cassation a dans un premier temps, confié aux OPJ des pouvoirs généraux et inconditionnés concernant les fouilles de véhicules<sup>537</sup>. La divergence ne fut atténuée que dans les années 80 avec l'arrêt *Bodgan et Vuckovick*<sup>538</sup>. Dans une décision de 1995<sup>539</sup>, le recours nécessaire à l'autorité judiciaire pour les opérations mettant en cause la *liberté individuelle* fut réitéré par le juge constitutionnel. La Cour de cassation devait finir par se plier à cette exigence durant la même année dans plusieurs décisions rendues le même jour à propos de l'expulsion et de la rétention des étrangers en situation irrégulière<sup>540</sup>. La progressive adhésion de la Cour de cassation aux exigences du Conseil constitutionnel montre que la divergence d'interprétation n'apparaît pas comme une fatalité. Pour autant, il paraît difficile de négliger la diversité des buts poursuivis. Le Professeur MOLFESSIS, dans son travail de confrontation de la jurisprudence constitutionnelle au droit privé, explique que cette divergence trouve son fondement dans la recherche par le droit privé de solutions « *orientées par des considérations pratiques* »<sup>541</sup>. On admettra effectivement que la proximité du juge répressif avec la nécessité de poursuivre les auteurs de faits infractionnels l'écarte de considérations relatives à la protection des droits fondamentaux. Progressivement, le juge ordinaire a pourtant pris en

<sup>534</sup> PUECH M. Les principes généraux du droit (aspect pénal), *Journées de la société de législation comparée 1980*, vol 2, p. 337.

<sup>535</sup> DELMAS-MARTY M., LUCAS DE LEYSSAC C. *Droits et libertés fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996, p. 370.

<sup>536</sup> CC 12 janvier 1977 76-75 DC, *Rec.*, p. 33 ; *RDP 1978*, p. 821, observations FAVOREU L. ; *Dalloz 1978*, juris., p. 173, HAMON L. LEAUTE J.

<sup>537</sup> Cass. crim. 8 novembre 1979, *Bull. crim.*, n°311. Dans cet arrêt, la Cour de cassation décide que la fouille du véhicule n'a pas le caractère d'une perquisition.

<sup>538</sup> Cass. crim. 25 avril 1985, *Bull. crim.* n°159. en matière de contrôles d'identité.

<sup>539</sup> CC 18 janvier 1995 94-352 DC, *Rec.*, p. 140 ; *RFDC 1995*, n°32, p. 362, observations FAVOREU L. ; *JCP 1995*, II, 22525, note LAFAY F. ; *RDP 1995*, p. 575, observations LUCHAIRE F.

<sup>540</sup> Notamment, Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 28 juin 1995, *Bechta*, *Bull. civ.*, n°221.

<sup>541</sup> MOLFESSIS N. *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.* p. 469.

compte la nécessité de cette protection. Les différences d'interprétation se sont alors estompées. On les retrouve pourtant lorsque le droit interne est confronté au droit de la CESDH.

L'assistance éducative a longtemps été considérée comme extérieure au droit processuel et relevant plus d'une question de fait que de droit. Aujourd'hui, le nouveau Code de procédure civile s'intéresse à cette question dans la mesure où elle comporte une véritable procédure susceptible de déboucher sur des mesures qui portent atteinte aux droits du mineur ou de sa famille<sup>542</sup>. La procédure peut être sollicitée par la famille, le mineur lui-même, mais le juge peut aussi se saisir d'office. Le respect des principes procéduraux apparaît dès lors essentiel. A cet effet, l'article 1187 du nouveau Code de procédure civile prévoit que le dossier de la procédure « *peut être consulté au secrétariat-greffe par le conseil du mineur et celui de ses père, mère, tuteur ou personne ou service à qui l'enfant a été confié jusqu'à la veille de l'audience* ». L'interprétation littérale de ce texte fait interdiction aux parents ou plus généralement aux membres de la famille intéressés par la procédure de consulter le dossier s'ils ne sont pas assistés d'un avocat. Une telle interprétation méconnaît le principe du *contradictoire* en ce qu'il interdit à certaines personnes d'avoir accès au dossier et de préparer leur défense<sup>543</sup>. Dans le cadre d'une procédure relative à la protection de l'enfance diligentée en Ecosse, la CEDH a eu l'occasion de s'intéresser à cette question<sup>544</sup>. Elle estime que le droit à un procès équitable « *implique par principe pour une partie la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre ainsi que de les discuter* » et que « *la circonstance que des documents aussi essentiels que les rapports sociaux n'ont pas été communiqués est propre à affecter la capacité des parents participants d'influer sur l'issue de l'audience* ». La Cour conclut à la violation de l'article 6§1 de la Convention. Quelque temps après l'arrêt de la CEDH, la Cour de cassation devait prendre la position contraire en refusant d'interpréter l'article 1187 conformément aux exigences du *procès équitable*<sup>545</sup>. Les hauts magistrats affirment ainsi qu'« *il résulte de l'article 1187 nouv.C.pr.civ. que le dossier ne peut être consulté au secrétariat-greffe que par le conseil du mineur et celui de ses père, mère (...); que selon l'article 1186 du même Code, ces personnes peuvent demander au juge qu'il leur soit désigné un avocat d'office; qu'en l'espèce, après avoir retenu à bon droit que ces textes n'étaient pas incompatibles avec les dispositions invoquées par la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour d'appel a constaté que M. B... n'alléguait pas avoir été mis dans l'impossibilité d'être assisté par un avocat* ». La Cour de cassation, par l'interprétation stricte de l'article 1187, fait preuve d'une grande prudence et l'on aurait pu concevoir que la haute juridiction interprète plus largement la disposition du nouveau Code en ouvrant l'accès au dossier aux parties ou à leur conseil. Cette interprétation du principe du *contradictoire* fut développée par la CEDH en 1997<sup>546</sup>. Dans un dossier de procédure pénale devant le tribunal de police, la Cour souligne que « *les exigences découlant du droit à une procédure contradictoire sont les mêmes au civil comme au pénal* ». Elle reconnaît à la partie privée le droit « *de se défendre seul, droit qui lui est expressément reconnu tant par la Convention que par le droit interne* ». Elle conclut qu'« *il était important pour le requérant d'avoir accès à son dossier et d'obtenir la communication*

<sup>542</sup> Article 375 C.civ. : « *si la santé, la sécurité, ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par la justice...* »

<sup>543</sup> En ce sens, HUYETTE M. Le contradictoire en assistance éducative : l'indispensable réforme de l'article 1187 du nouveau Code de procédure civile, *Dalloz 1998*, chron., p. 218.

<sup>544</sup> CEDH 24 février 1995, X... c/ Royaume Uni, *Dalloz 1995*, juris. p. 449., note HUYETTE M.

<sup>545</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 octobre 1995, *Dalloz 1996*, juris., p. 513, note MASSIP J.

<sup>546</sup> CEDH 18 mars 1997 *Foucher c/ France*, *Dalloz 1997*, som. com., p. 360, observations RENUCCI J.F.

*des pièces le composant* ». La lecture de ces arrêts montre clairement l'interprétation divergente du principe du *contradictoire*, mais aussi de celui de la *liberté de la défense*, corollaire immédiat des *droits de la défense*. Pour la Cour de cassation, la possibilité d'avoir accès à un avocat commis d'office supprime l'atteinte au *contradictoire*. Pour la juridiction strasbourgeoise, *les droits de la défense* consistent notamment à permettre au justiciable de choisir entre une défense personnelle et l'assistance d'un défenseur. C'est la conception même du principe directeur qui conduit à interpréter différemment l'article 1187 du nouveau Code. Ici encore, malgré l'influence grandissante du droit de la CESDH, les magistrats de la Cour de cassation continuent à revendiquer leur autonomie dans la signification qu'ils donnent aux principes directeurs<sup>547</sup>.

L'hétérogénéité dans la mise en œuvre des principes directeurs se manifeste encore lorsqu'à partir d'une règle ou d'un ensemble de règles, les juridictions déduisent l'existence de plusieurs principes dont le contenu semble identique ou similaire, mais dont la dénomination est différente.

## § 2 : Identité ou similarité de contenu pour deux principes distincts

**102.** La multiplicité des sources obscurcit la vision des principes directeurs. Que ce soit en doctrine, dans les textes ou en jurisprudence, on constate qu'un même principe peut être visé sous des terminologies différentes. Ce phénomène se produit lorsque la doctrine tente d'éclaircir et de synthétiser un droit positif parfois nébuleux (A). On l'observe encore avec la dénomination divergente d'un même principe par une pluralité de juridictions (B). La confusion est à son comble lorsque deux « principes-cadre » possèdent un contenu quasi-identique (C).

### A) La confusion dans la dénomination d'un principe directeur

**103.** Certains principes ont été progressivement dégagés de solutions du droit positif par la doctrine puis par la jurisprudence. En rassemblant des règles techniques protégeant une même valeur ou une même utilité autour d'un seul principe, les auteurs se sont efforcés de trouver le terme le plus adéquat pour qualifier le principe directeur. Le principe de *loyauté* est significatif de cet effort doctrinal. Pour autant, dans les textes même récents, le terme de *loyauté* est concurrencé par celui de *légalité*. Les auteurs utilisent simultanément les deux appellations pour nommer le même principe. L'un des premiers à effectuer des recherches sur le thème de la *loyauté* en droit de la preuve fut Pierre BOUZAT<sup>548</sup>. Ce dernier introduisit l'élément légal dans le principe de *loyauté*. Il estimait que « *la légalité de la preuve est un principe fondamental de notre procédure pénale* ». Cette affirmation péremptoire ne manque pas de surprendre tant on sait que la procédure pénale est justement dominée par le principe de la *liberté de la preuve*. L'auteur reconnaissait ainsi que « *bien qu'elle consacre la liberté de la preuve, la loi contient cependant des principes directeurs destinés à garantir la loyauté*

<sup>547</sup> Cette autonomie est d'ailleurs contestée par les juges du fond. Dans un arrêt en date du 26 juin 2000, la Cour d'appel de Lyon a jugé que l'article 1187 nouv.C.pr.civ. était contraire au principe du droit à un procès équitable. En conséquence, la Cour a ordonné la communication d'un dossier d'assistance éducative à la famille d'un mineur. CA Lyon, 26 juin 2000, *Dalloz* 2000, juris., p. 661, note HUYETTE M. De son côté, le ministère de la justice a mis en place un groupe de travail dont le rapport préconise la réforme de l'article 1187 nouv.C.pr.civ. en ouvrant largement la consultation du dossier aux parents mais aussi au mineur. Sur ce rapport, Cf. HUYETTE, La contradiction et la procédure d'assistance éducative. Quelle réforme du nouveau Code de procédure civile ? *Dalloz* 2001, Point de vue, p. 1803.

<sup>548</sup> BOUZAT P. La loyauté dans la recherche de la preuve, *Mélanges Huguenev*, Paris, Sirey, 1964, p. 155.

de sa recherche »<sup>549</sup>. Après avoir défini la *légalité* comme un élément de la *loyauté*, l'auteur admettait finalement que le domaine de la *légalité* est d'ordre social alors que celui de la *loyauté* est d'ordre moral. La relation entre *légalité* et *loyauté* de la preuve paraît bien confuse. Le Professeur DELMAS-MARTY tente d'éclaircir le sujet : « *Le principe de la légalité dans la recherche de la preuve* » dit-elle, « *commande en droit français l'irrecevabilité de certaines preuves obtenues par des procédés déloyaux comme (...) les écoutes téléphoniques ordonnées par la police sans l'autorisation d'un juge d'instruction* »<sup>550</sup>. Si les écoutes téléphoniques effectuées sur la simple initiative d'un officier de police judiciaire sont illégales, on ne voit pas en quoi l'autorisation du juge d'instruction donnerait à ces écoutes la *loyauté* qui leur fait défaut ? Le raisonnement n'est toujours pas satisfaisant. La réglementation légale des écoutes téléphonique ne protège pas uniquement la *loyauté* du procédé, mais aussi l'*intimité de la vie privée* de la personne écoutée. La confusion doctrinale se poursuit encore autour des réflexions sur le principe de *loyauté*. Le Professeur LEBORGNE estime que l'affirmation selon laquelle « *les preuves doivent être recherchées loyalement conduit à exiger le respect de la légalité par celui sur qui repose la charge de la preuve* »<sup>551</sup>. L'auteur se fonde notamment sur l'article 81 du Code de procédure pénale, selon lequel « *le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* » ou sur l'article 6§2 de la CESDH en vertu duquel « *toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ».

Toutes ces références au respect de la *légalité* sont posées comme autant d'éléments relevant de l'application du principe de *loyauté*. De telles réflexions résultent de confusions sur la signification exacte des principes énoncés. S'il est vrai que la preuve pénale est dominée par le principe de la *liberté* dans l'établissement et dans l'appréciation des preuves, il n'en est pas moins vrai que la recherche des éléments de fait se rattachant à cette question doit se faire conformément aux règles posées par le Code de procédure pénale ou certains textes spéciaux (droit fiscal, douanier...). Le respect de la *légalité* n'est pourtant pas l'expression du principe de *légalité dans la recherche des preuves* présent en droit civil contractuel notamment. Ce principe, encore appelé *système des preuves légales* prévoit d'une part, que seules sont recevables les preuves répertoriées par la loi (acte sous seing privé, authentique, témoignage...) et d'autre part, que ces différents modes probatoires sont hiérarchisés. Au contraire, en procédure pénale, tous les modes de preuves sont susceptibles d'être recevables et le juge n'est lié ni par une preuve particulière, ni par une hiérarchie entre les preuves. En définitive, deux systèmes s'affrontent : celui de la *légalité*, et celui de la *liberté*. Ce dernier système est effectivement soumis à d'autres règles : d'une part, le procédé dans la recherche de la preuve doit se conformer, le cas échéant, aux dispositions légales<sup>552</sup> ; d'autre part, la preuve ne doit pas être recherchée frauduleusement, c'est à dire en violation du principe jurisprudentiel de *loyauté*. Dans le cadre des provocations policières, seule est admise la provocation à la preuve, alors que la provocation à l'infraction est jugée déloyale<sup>553</sup>. La jurisprudence entretient, par le manque de clarté de ses attendus, une possible confusion entre *loyauté* et *légalité* dans la recherche des preuves. Dans une espèce, un officier de police avait enregistré sur magnétophone une conversation qu'il avait eue avec un

<sup>549</sup> La procédure pénale contient effectivement des règles techniques qui réglementent l'utilisation de certains moyens dans la recherche des preuves (perquisitions, saisies, expertises...).

<sup>550</sup> DELMAS-MARTY M. La preuve pénale, *Droits 1996*, n°23, p. 53.

<sup>551</sup> LEBORGNE A. L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, *RTD civ.1996*, p. 535.

<sup>552</sup> Article 100 et suiv. C.pr.pén. en matière d'écoutes téléphoniques.

<sup>553</sup> Cf. par exemple Cass. crim. 27 février 1996, *JCP 1996*, II, 22629, note RASSAT M.L.

avocat. L'enregistrement ne tombait pas sous le coup de la réglementation sur les écoutes téléphoniques mais l'avocat ne savait pas lors de la conversation qu'il était écouté. La Cour de cassation décida que « *l'enregistrement effectué de manière clandestine par un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fût-ce spontanément par une personne suspecte, élude les règles de la procédure et compromet les droits de la défense ; (...) la validité d'un tel acte ne peut être admise (...). L'accord au demeurant hypothétique du magistrat instructeur n'était pas de nature à retirer au procédé son caractère illicite. La chambre d'accusation (...) aurait dû apprécier la validité de la transcription de l'enregistrement et des actes ou parties d'actes s'y référant au regard du principe ci-dessus énoncé* »<sup>554</sup>. Cet arrêt est riche d'enseignements sur la pratique des enregistrements dans la recherche des preuves. Pour autant, il ne lève pas la confusion sur le principe applicable. Outre les *droits de la défense* qui sont expressément cités, la Cour de cassation condamne ici un procédé déloyal dans la recherche de la preuve. Elle ne vise pas le principe de *loyauté* mais conclut que ce procédé « *élude les règles de la procédure* » ou encore possède un « *caractère illicite* ». L'illicite ne correspond pas à l'illégal mais un auteur n'a pas hésité à affirmer en interprétant cette décision que « *le principe de la légalité dans l'administration de la preuve s'oppose à l'exécution d'un acte de recherche des preuves que la loi n'a pas prévu. Ainsi en va-t-il de l'enregistrement clandestin d'une conversation tendant à démontrer le délit de corruption de fonctionnaire* »<sup>555</sup>. Il y a une erreur dans l'interprétation. Non seulement la chambre criminelle ne dit pas que le procédé est illégal mais seulement contraire aux « *règles de la procédure* », mais de surcroît, elle ne rejette pas le procédé au motif qu'il n'est pas prévu par la loi mais en violation « *du principe ci-dessus énoncé* ». Le principe visé est celui des *droits de la défense*. La preuve recueillie de façon déloyale viole, selon la juridiction de cassation, les *droits de la défense*. Implicitement, le principe en jeu est bien celui de la *loyauté* et non celui de la *légalité*. L'imprécision de l'arrêt du 16 décembre 1997 contribue à entretenir la confusion doctrinale autour d'un principe dont le régime juridique reste à définir. Parfois, cette confusion provient de la dispersion d'un principe directeur entre plusieurs juridictions.

#### B) La divergence des dénominations en cas d'utilisation d'un même principe par une pluralité de juridictions.

**104. L'identité apparente.** Le phénomène a été longuement décrit : le droit processuel jurisprudentiel n'est plus uniquement dans les mains de l'autorité judiciaire. Juges européens, constitutionnels, de cassation, se partagent le domaine des principes directeurs du procès judiciaire. Les principes s'en trouvent enrichis dans leur contenu et dans leur protection. Encore faudrait-il que toutes ces appréhensions jurisprudentielles du droit processuel s'accordent sur des appellations communes. Ce qui n'est pas systématique.

Un exemple peut être tiré du principe du *contradictoire* tel qu'il est prévu en droit interne dans les textes et dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La CEDH utilise parfois ce principe sous la dénomination « *principe du contradictoire* », mais il lui arrive plus fréquemment de faire appel au principe jurisprudentiel européen de l'*égalité des armes*. A plusieurs reprises, on a pu voir apparaître des éléments du *contradictoire* utilisés par la Cour européenne pour mettre en avant l'*égalité des armes* de telle sorte que la doctrine a pu affirmer que l'*égalité des armes* n'était « *guère que le principe du contradictoire inhérent à*

---

<sup>554</sup> Cass. crim. 16 décembre 1997, *Droit pénal* 1998, n°4, p. 21, com. n°61, note MARON A. ; *Procédures* 1998, n°4, p. 17, com. n°98, note BUISSON J.

<sup>555</sup> BUISSON J. note sous Cass. crim. 16 décembre 1997, *op. cit.* p.17.

toute procédure »<sup>556</sup>. La Cour utilise parfois les deux principes conjointement pour dégager une seule règle technique. Dans l'affaire *Ruiz-Mateos c/ Espagne*<sup>557</sup>, elle considère que l'article 6§1 englobe le principe de l'égalité des armes et celui du *contradictoire* ; ce dernier principe impliquant pour une partie la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre et de les discuter. Dans un arrêt *Borgers c/ Belgique*<sup>558</sup>, elle déduit des *droits de la défense* et de l'égalité des armes que l'accusé doit pouvoir répondre aux conclusions de l'avocat général près la Cour de cassation. Dans l'arrêt *Voisine*<sup>559</sup>, elle se réfère à la nécessité d'un procès *contradictoire* pour exiger que l'avocat général près la Cour de cassation communique ses conclusions aux autres parties. En 1994, l'affaire *Bendenoun c/ France*<sup>560</sup> a été l'occasion pour la CEDH d'aborder la question de la communication des pièces de la procédure sous l'angle des *droits de la défense* et de l'égalité des armes. Elle a estimé qu'il n'y avait pas violation de ces principes dans la mesure où les pièces en question ne fondaient pas l'action de la partie adverse et que la demande de production de ces pièces n'était pas motivée. Dans une affaire *Bonisch c/ Autriche*<sup>561</sup>, les juges européens se fondent sur l'égalité des armes pour exiger l'équilibre entre l'audition d'un témoin à charge et des personnes entendues à la demande de la défense. En conséquence, l'audition d'un expert, que la Cour assimile à un témoin à charge, ouvre le droit pour l'accusé de demander l'audition de témoins en faveur de la défense. Plus clairement encore dans l'affaire *Hentrich c/ France*<sup>562</sup>, la Cour estime que le plaignant « n'a pas bénéficié d'un débat contradictoire respectueux du principe de l'égalité des armes ».

**105. L'application divergente.** A travers ces quelques illustrations, on peut constater que l'idée défendue par la CEDH est celle d'une assimilation relative du *contradictoire* et de l'égalité des armes. Droit de prendre connaissance des accusations, droit de contredire la position de l'un des acteurs du procès, droit de faire interroger des témoins à décharge, sont autant d'aspects du principe du *contradictoire*. La CEDH vise parfois expressément le *contradictoire*, parfois le principe plus général des *droits de la défense*, mais systématiquement celui de l'égalité des armes. Ce dernier n'est pourtant pas tout à fait assimilable au *contradictoire*. Dans un arrêt *Ekbatani c/ Suède*<sup>563</sup>, un accusé n'avait pas pu assister à l'audience devant une juridiction du second degré. La Cour conclut à la violation de l'article 6 de la CESDH mais le principe de l'égalité des armes a été respecté dans la mesure où le Procureur n'avait pas non plus été invité à l'audience. Les parties avaient dû se contenter de présenter leur thèse par écrit. Au sens du droit processuel français, le respect du

<sup>556</sup> BEIGNIER B. *Les droits fondamentaux dans le procès civil*, Montchrestien, Paris, 1997, p. 31.

<sup>557</sup> CEDH 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c/ Espagne*, série A, n°262, § 63, COHEN-JONATHAN G, Justice constitutionnelle et Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt *Ruiz Mateos contre Espagne*, *RFDC* 1994, chron., p. 175.

<sup>558</sup> CEDH 30 octobre 1991 *Borgers c/ Belgique* (cour plénière), série A n°214-A. CALLEWAERT J. Au-delà des apparences... d'un revirement, *RTDH* 1992, p. 204 ; LAMBERT P. De la participation du ministère public au délibéré de la Cour de cassation... à l'erreur de menuiserie, *JT*, 1992, p. 167.

<sup>559</sup> CEDH 8 février 2000 *Voisine c/ France*, *Dalloz* 2000, juris., p. 651, note THIERRY J.

<sup>560</sup> CEDH 24 février 1994 *Bendenoun c/ France*, série A, n°284, *RSC* 1995, p. 388, observations MASSIAS F. ; KRÜGER H, Sanctions fiscales et droits de la défense après les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Funke c/ France* et *Bendenoun c/ France*, *Gaz. Pal.*1994, 2, doct., p. 1381.

<sup>561</sup> CEDH 6 mai 1985, *Bonisch c/ Autriche* série A, n°92, *RSC* 1985, p. 164, observations PETTITI L. E.

<sup>562</sup> CEDH 22 septembre 1994 *Hentrich c/ France* série A, n°296-A, *RSC* 1995, p. 397, observations MASSIAS F. ; *JCP* 1996, I, 3910, observations SUDRE F.

<sup>563</sup> CEDH 26 mai 1988 *Ekbatani c/ Suède* série A, n°134.

*contradictoire* est pourtant conditionné par l'exigence d'appeler et d'entendre les parties<sup>564</sup>. L'*égalité des armes* au sens de la CEDH est donc un mélange de *contradictoire* et d'*égalité*. Le principe européen joue son plein effet à la double condition qu'il y ait eu une violation du *contradictoire* et que cette violation entraîne une rupture dans l'équilibre des droits des parties au procès.

La Cour de cassation quant à elle, fait une application différente de l'*égalité des armes*. Le peu d'arrêts qui visent ce principe met en jeu essentiellement une question d'*égalité des droits*. A ainsi été jugé, à deux reprises, contraire à l'*égalité des armes*, l'article 546 du Code de procédure pénale qui ouvrait la voie de l'appel au Procureur général alors que ce recours pouvait, dans certaines hypothèses, être interdit aux parties privées<sup>565</sup>. La juridiction française n'utilise le principe du *contradictoire* qu'en référence à l'article 6 de la CESDH. Par exemple, la chambre criminelle a pu juger qu'à l'issue du débat contradictoire, alors qu'il avait avec son conseil quitté le bureau du juge délégué, mais avant que ce dernier ne statue sur la détention, le Procureur de la République était resté quelques instants avec ce magistrat, de sorte qu'il y avait eu violation du principe du *contradictoire* et de ce fait méconnaissance de l'article 6 de la CESDH<sup>566</sup>.

Cour de cassation et Cour européenne des droits de l'homme utilisent donc les principes du *contradictoire* et de l'*égalité des armes* de façon très différente. La CEDH ne procède pas à une confusion des deux normes car l'*égalité des armes* dépasse le cadre du *contradictoire*. Toutefois, elle utilise les deux principes, parfois en les juxtaposant, parfois en déduisant le premier du second, alors qu'elle aurait certainement pu se contenter d'une violation du *contradictoire*. Enfin, certains arrêts opèrent une distinction en admettant la violation du *contradictoire* à travers le *procès équitable* (l'accusé n'a pas été entendu par les juges) mais en rejetant la violation de l'*égalité des armes* (l'accusation n'a pas non plus été entendue par la juridiction). L'utilisation est confuse. Les principes sont parfois mêlés, parfois juxtaposés, parfois opposés. De son côté, la Cour de cassation conserve une utilisation exclusive du *contradictoire* alors qu'elle donne à l'*égalité des armes* un sens plus proche du principe de l'*égalité devant la justice*. La confusion est poussée jusqu'à son terme en ce qui concerne les principes des *droits de la défense* et du *procès équitable*.

### C) La similarité de contenu pour deux principes-cadre

**106. Les contours des principes-cadre.** Le principe-cadre est une norme qui contient en son sein une pluralité d'autres principes. Le droit processuel est dominé par deux principes-cadre : les *droits de la défense* et le *procès équitable*<sup>567</sup>. Le premier est une norme jurisprudentielle qui a pour origine le droit interne et le second, issu de la jurisprudence de la CEDH, représente sous une acception générique les droits prévus par l'article 6 de la CESDH<sup>568</sup>. Pour autant, les deux principes sont très proches. De nombreux auteurs soulignent les liens qui les unissent. Le Doyen Fernand BOULAN considérait ainsi que les *droits de la défense* « constituent (...) une composante essentielle de la garantie d'un procès

<sup>564</sup> Notamment article 14 nouv.C.pr.civ. « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ».

<sup>565</sup> Cass. crim. 6 mai 1997, *Dalloz* 1998, juris., p. 223, note CERF A. ; *JCP* 1998, II, 10056, note LASSALLE J.Y. ; Cass. crim. 21 mai 1997, *jurisdata*, n°2823.

<sup>566</sup> Cass. crim. 26 octobre 1993, *Bull. crim.*, n°314.

<sup>567</sup> On peut en citer d'autres à l'image des principes de *liberté* ou de *dignité* étudiés précédemment. On utilise encore, à l'égard de ces principes, l'expression de « *principes matriciels* ».

<sup>568</sup> MOLFESSIS N, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse, Paris 2, 1994, p. 293.

*équitable*. Leur affirmation à l'article 6§3 de la Convention ne fait que renforcer leur nature de droits constitutionnellement proclamés »<sup>569</sup>. Cet auteur n'assimilait pas les deux principes. Selon lui, le principe national ne représenterait qu'un aspect du principe européen car les *droits de la défense* figurent à l'article 6§3. Pourtant, le principe jurisprudentiel français ne se limite pas aux droits prévus dans cette stipulation. Selon Henri MOTULSKY, il faut donner au principe une signification extensive de « *défense des intérêts de chacune des parties* »<sup>570</sup>. Ces droits ne sont donc pas réservés au défendeur à l'action, ni à la personne poursuivie, mais profitent à toutes les parties et s'appliquent devant toutes les juridictions internes<sup>571</sup>. Donner une définition ou un contenu précis à ces droits serait vain. Le Conseil constitutionnel lui-même entretient le flou autour de ce principe « *qui rend impossible de déterminer précisément l'ensemble des garanties dont il assure la protection* »<sup>572</sup>. Si l'on suit la jurisprudence du juge constitutionnel, on s'aperçoit qu'il réalise une analogie entre *droits de la défense* et *procès équitable*. La haute autorité affirme que le respect des *droits de la défense* « *implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* »<sup>573</sup>. Le parallèle entre principes interne et international est suggéré. Il reste à le démontrer.

**107. Le contenu des principes-cadre.** Rechercher toutes les apparitions des *droits de la défense* dans la jurisprudence de la Cour de cassation constituerait un travail fastidieux qui sort du cadre de cette étude. Il serait d'ailleurs périlleux de s'y essayer dans la mesure où la doctrine adopte une conception plus extensive encore de ce principe que la jurisprudence. Il faut simplement tenter une synthèse des principes qui peuvent être regroupées dans la définition doctrinale des *droits de la défense*. Cet échantillon sera ensuite comparé au contenu du *procès équitable*.

**108. Les droits de la défense** En matière pénale<sup>574</sup>, le droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la procédure fut consacré par la Cour de cassation (au stade de l'inculpation<sup>575</sup>) et par le Code de procédure pénale (au stade de la garde à vue) ; de même que le droit à un interprète. Le conseil doit pouvoir prendre connaissance de la procédure préalablement à toute confrontation. Lors de ces confrontations, les débats doivent être *contradictoires*. Le juge est tenu de rechercher les preuves selon des procédés *loyaux*. L'ensemble de ces règles est sanctionné notamment par le biais des nullités de procédure.

En matière civile<sup>576</sup>, ce sont des principes directeurs figurant dans les dispositions liminaires du Code, qui sont mis en avant comme constitutifs des *droits de la défense*. Si l'on y ajoute les différents principes qui sont évoqués par quelques spécialistes de la matière on obtient une vision globale du principe-cadre. Le *contradictoire* est le principal droit attribué

<sup>569</sup> BOULAN F. La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges Larguier*, PUG, Grenoble, 1993, p. 21.

<sup>570</sup> Cité ici par BOLARD G. Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri MOTULSKY, *JCP 1993*, I, 3693.

<sup>571</sup> CC 3 septembre 1986 86-214 DC, *Rec.*, p. 128 ; *RDP 1989*, n°2, p. 399, observations FAVOREU L. ; *RSC 1987*, p. 565, observations LOULOUM E., NGUYEN HUU P.

<sup>572</sup> MOLFESSIS N, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.* p. 276.

<sup>573</sup> CC 28 juillet 1989 89-260 DC, *Rec.* p. 71, *RFDA 1989*, n°4, p. 671, observations GENEVOIS B.

<sup>574</sup> ALLEHAUT M. Les droits de la défense, *Mélanges PATIN*, Cujas, Paris, 1965, p.455. ; FRISON-ROCHE M-A. Les droits de la défense en matière pénale, *in, Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 439.

<sup>575</sup> Cass. crim. 22 juin 1954, *Bull. crim.*, n°229.

<sup>576</sup> BOLARD G. Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri MOTULSKY, *op. cit.* p. 332 ; WIEDERKEHR G. Droits de la défense et procédure civile, *Dalloz 1978*, chron., p. 36.



aux parties. Il est lui-même composé de règles techniques : l'obligation de donner connaissance de l'introduction de l'instance, de permettre la comparution des parties, l'obligation d'instaurer une discussion. A côté, on trouve l'obligation d'observer un minimum de *loyauté* ; ou pour le juge d'adopter une attitude de *neutralité* (principe d'*impartialité*) ; de *motiver* ses jugements ou encore l'existence d'un système de voies de recours (*droit au recours, double degré de juridiction*). On ajoute encore le principe du caractère *public* de l'audience, de la *motivation des décisions de justice*. Certains joignent encore la *relativité de la chose jugée*, expression du principe de l'*autorité de la chose jugée*. Les *droits de la défense* représentent alors plus un conglomérat de principes réunis au sein d'une notion floue susceptible d'évoluer en permanence.

En droit constitutionnel, la doctrine suit scrupuleusement les indications données par le Conseil<sup>577</sup>. Ce dernier rattache le principe du *contradictoire* aux *droits de la défense*. Les parties doivent être informées de l'existence d'une procédure engagée contre elles ; elles doivent pouvoir comparaître, disposer du temps nécessaire à la préparation de leur défense, présenter leurs observations. De son côté, le juge a l'obligation de faire respecter la *contradiction*. Il soumet lui-même sa décision à la discussion par l'obligation de *motivation*. Un autre principe est mis en avant : celui de la *présomption d'innocence*. De même, le Conseil consacre au niveau constitutionnel le *droit au recours*, ou encore l'obligation d'*impartialité*.

**109. Le procès équitable.** L'étude de la notion de *procès équitable* passe d'abord par l'analyse de l'article 6 de la CESDH. Le premier paragraphe évoque plusieurs principes directeurs. D'abord celui du *droit au juge*<sup>578</sup>, puis les obligations juridictionnelles : *publicité de la justice, célérité, indépendance et impartialité* du tribunal. La suite du paragraphe est consacré aux modalités d'application du principe de *publicité*. Le deuxième paragraphe est plus simplement consacré au respect de la *présomption d'innocence*. Le troisième est plus complexe. Il comporte un ensemble de droits que certains assimilent aux *droits de la défense*<sup>579</sup> mais qui devraient plutôt être regardés comme des modalités d'application du *contradictoire*. Pour autant, ces modalités paraissent ne devoir porter que sur la matière pénale puisque l'article 6§3 vise uniquement les personnes accusées. Il s'agit du droit à l'information rapide et intelligible des faits qui sont reprochés à la personne poursuivie ; de celui de disposer du temps nécessaire à la préparation de sa défense, de se défendre lui-même ou de pouvoir choisir son défenseur, de bénéficier d'une défense gratuite, d'interroger ou faire interroger les témoins à charge, d'obtenir la convocation des témoins à décharge, d'être assisté d'un interprète. La plupart des éléments de l'article 6§3 relèvent directement du *contradictoire* en ce sens qu'ils donnent accès ou favorise la possibilité pour la personne poursuivie de discuter des charges retenues contre elle. On peut simplement douter de la relation directe du droit au défenseur et du *contradictoire*. Il s'agit du seul élément qui semble immédiatement lié aux *droits de la défense* sans passer par l'intermédiaire du *contradictoire*. Cette position n'est pas tranchée et certains auteurs estiment que le droit et la liberté dans le choix du défenseur relèvent de l'exercice de la *contradiction*<sup>580</sup>.

<sup>577</sup> MOLFESSIS N. *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit. pp. 285 et suiv.

<sup>578</sup> « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) ».

<sup>579</sup> Par exemple, CLIQUENNOIS M. (sous la direction de), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge français*, l'Harmattan, Paris, 1997, pp. 89 et suiv.

<sup>580</sup> En ce sens en matière pénale, SILVESTRE C. Le principe du contradictoire en procédure pénale, *RRJ* 1993, p. 913. En matière civile, la situation semble différente : le nouveau Code distingue la *contradiction* dans les articles 14 à 17 et la *défense* aux articles 18 à 20. L'article 18 prévoit que les parties peuvent se défendre elles-mêmes et l'article 19 qu'elles choisissent librement leur défenseur.

A ces différents éléments textuels du *procès équitable*, on peut rajouter le principe de l'*égalité des armes* déduit de l'article 6 par la CEDH<sup>581</sup>. Ce principe comprend un savant mélange entre les principes du *contradictoire* et d'*égalité devant la justice*<sup>582</sup>. La CEDH interprète par ailleurs l'article 6 relativement aux principes qui y sont inscrits. Dans une affaire *Ruiz Torija c/Espagne*<sup>583</sup>, la Cour rappelle que l'article 6§1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, mais que cette obligation ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument. L'obligation de *motivation* est donc présente dans la notion de *procès équitable*<sup>584</sup>. De même, le principe de *loyauté* n'est pas ignoré de la jurisprudence relative à l'article 6. Dans un arrêt *Teixeira de Castro c/ Portugal*<sup>585</sup>, la Cour a considéré que la condamnation pour trafic de drogue fondée sur les témoignages de policiers dont l'intervention avait provoqué l'infraction était contraire à l'article 6§1. Encore une fois, le principe de *loyauté* n'est pas consacré officiellement mais les manœuvres de provocations des policiers, qui caractérisent la recherche déloyale des preuves violent le principe du *procès équitable*.

De son côté, la Cour de cassation applique la Convention européenne en prenant en compte la nécessité de concilier les différents principes contenus dans la notion de *procès équitable*<sup>586</sup>. A titre d'illustration, les droits relatifs à l'exercice du *contradictoire* ne doivent pas faire échec au *délai raisonnable* de la procédure et la Cour de cassation a pu refuser une demande supplémentaire d'information qui aurait retardé la solution du litige alors même que cette information était inutile à la recherche de la vérité<sup>587</sup>.

**110. Comparaison.** En définitive, on constate que le contenu des principes du *procès équitable* et des *droits de la défense* sont quasiment identiques. Les divergences qui peuvent être notées sont pour la plupart négligeables. Le seul principe à figurer uniquement dans la définition doctrinale des *droits de la défense* est celui de l'*autorité de la chose jugée* qui n'est d'ailleurs citée que par un seul auteur<sup>588</sup> sous la forme de la *relativité de la chose jugée* conçue comme le droit pour les parties « *de ne pas être liées par une décision de justice rendue sans qu'(elles) n'aient pu faire valoir leur point de vue* ». Autant dire que cet aspect de l'*autorité de la chose jugée* tient largement du principe du *contradictoire*. L'autre principe qui n'est pas introduit dans l'interprétation de l'article 6 est celui du *double degré de juridiction*. Ce principe figure effectivement en matière pénale, à l'instar du principe de l'*autorité de la chose jugée* dans le protocole additionnel n°7 à la Convention. On peut tout de même considérer que le *droit au juge* consacré dans l'article 6§1 contient en son sein l'*accès au juge*, mais aussi le *droit au recours* entendu largement. Le *double degré de*

---

Pourtant, cette distinction civiliste de la *contradiction* et de la *défense* doit-elle s'imposer pour l'analyse de l'article 6§3 de la CESDH ?

<sup>581</sup> JEAN-PIERRE D., MELIN-SOUCRAMANIEN F. Le principe de l'égalité des armes, *RRJ* 1993, n°53, p. 511.

<sup>582</sup> Cf. *supra* n°104.

<sup>583</sup> CEDH 9 septembre 1994 *Ruiz Torija c/Espagne*, série A n°303-A, *JCP* 1995, I, 3823, n°6, observations SUDRE F.

<sup>584</sup> BORE L., La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP* 2002, I, 104.

<sup>585</sup> CEDH 9 juin 1998 *Teixeira de Castro c/ Portugal*, *RSC* 1999, p. 401, observations KOERING-JOULIN R.

<sup>586</sup> FABRE M. Le droit à un procès équitable, étude de la jurisprudence sur l'application de l'article 6§1 de la Convention EDH, *JCP* 1998, I, 157.

<sup>587</sup> Cass. crim. 1<sup>er</sup> février 1995, *Bull. crim.* n°41.

<sup>588</sup> BOLARD G. Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri MOTULSKY, *op. cit.* p. 333.

*juridiction* n'est donc pas totalement étranger à la notion de *procès équitable*. Le doute peut encore subsister avec la reconnaissance partielle du *contradictoire* en droit européen. Les prérogatives de l'article 6§3 sont en effet théoriquement réservés à l'accusé, donc à la matière pénale. Plusieurs arrêts de juridictions françaises ont déclaré les stipulations de cet article applicables dans des procédures non pénales. La Cour d'appel de Nîmes a pu juger que le droit à un interprète prévu à l'article 6§3 était applicable en procédure civile et notamment aux affaires de droit social<sup>589</sup>. La première chambre civile a rejeté quant à elle l'application devant la Cour de cassation de l'article 6§3 en ce qu'il permet de se défendre soi-même<sup>590</sup>. Dans un premier temps, ce rejet n'a pas été fondé sur le caractère civil du procès mais sur la spécificité de la juridiction de cassation ; dans un second temps, la juridiction suprême a clairement affirmé que l'article 6§3 ne concernait que les accusations en matière pénale<sup>591</sup>.

D'un autre côté, deux principes qui figurent dans l'article 6 semblent manquer aux *droits de la défense*. Il s'agit du principe d'*indépendance* du tribunal. Par son lien avec le principe d'*impartialité*, il paraît évident que l'*indépendance* figure parmi les *droits de la défense*. La question est plus compliquée en ce qui concerne le principe de *célérité* exprimé à travers le *délai raisonnable* de l'article 6§1. Encore une fois, du point de vue du contenu, il semble que le droit à la *célérité* du procès se rattache aisément à la notion de droits des parties ou de *droit de la défense*. Pour autant, la spécificité du principe de *célérité* réside non dans son contenu, mais dans sa sanction. L'atteinte au *délai raisonnable* ne peut justifier selon la Cour de cassation l'annulation d'une procédure<sup>592</sup>. Une telle solution permet-elle d'exclure le principe de *célérité* des *droits de la défense* ? Rien n'est moins certain. Il faut rappeler dans un premier temps que le *délai raisonnable* n'est que l'un des multiples aspects de la *célérité* procédurale. On retrouve dans ce principe de très nombreuses règles techniques dont la violation peut entraîner la nullité<sup>593</sup>. Dans un second temps, on doit souligner que les *droits de la défense*, principe protéiforme, n'est pas sanctionné uniquement par une nullité de procédure.

**111. Deux principes semblables et différents.** *Droits de la défense* et *procès équitable* possèdent donc un contenu similaire. Si certains principes ne se rattachent pas directement aux deux principes-cadre, ils sont pour la plupart liés avec des principes qui découlent des *droits de la défense* et du *procès équitable*. Les droits de l'article 6§3 spécifiques à la matière pénale connaissent peu à peu une extension vers les autres matières et ce malgré les résistances de la Cour de cassation. A première vue, cette double dénomination pour un principe identique ne semble pas poser de difficultés. Le *procès équitable* ne serait que l'équivalent européen des *droits de la défense*. On ne peut se contenter d'une telle confusion. Les *droits de la défense*, au-delà de leur contenu informel et diffus, représentent et protègent l'ensemble des règles de procédure relatives aux droits des parties. Devant le juge européen,

---

<sup>589</sup> CA Nîmes 13 septembre 1991, *Juris.-Data* n°030204.

<sup>590</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 21 janvier 1992, *Bull. civ.*, n°17. « La CEDH n'interdit pas aux législations nationales d'imposer, dans des cas de cette nature, une forme de représentation ».

<sup>591</sup> Cass. Civ., 1<sup>ère</sup> 10 mai 2000, *Dalloz* 2000, *juris.*, p. 649, note FRICERO N.

<sup>592</sup> Dans ce sens, cf. notamment, Cass. crim. 3 février 1993, *Bull. crim.* n°57, Cass. soc. 29 mai 1991, *Bull. civ.*, n°278. La chambre sociale exprime ainsi clairement que « la durée excessive de la procédure ne peut fonder l'annulation de la décision attaquée ; qu'elle permet seulement de saisir, le cas échéant, la juridiction nationale compétente d'une demande en réparation ».

<sup>593</sup> A titre d'exemple, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 octobre 1976, *Bull. civ.*, n°290. selon lequel fait grief et doit entraîner la nullité de l'acte, le défaut dans une assignation en revendication d'objets saisis, d'énonciations des preuves de la propriété dès lors que la procédure s'en est trouvée paralysée durant deux ans.

le *procès équitable* n'a pas la puissance sanctionnatrice des *droits de la défense*. Il peut conduire à la réparation du préjudice, mais il ne remet pas en cause l'intégrité de la procédure. Dès lors, que devient ce principe lorsqu'il est utilisé par le juge français ? Ce dernier pourrait-il fonder l'annulation d'un acte d'un jugement ou d'un arrêt sur le fondement de l'*iniquité du procès* ? Deux exemples montrent que le *procès équitable* acquiert progressivement la même fonction que les *droits de la défense*. Le premier exemple est tiré de la procédure récemment instituée de la révision pénale pour violation d'un principe de la CESDH<sup>594</sup>. Par ce mécanisme, une personne condamnée par une juridiction française peut demander le réexamen de son procès si la CEDH a reconnu que l'une des dispositions de la Convention n'a pas été respectée. Dans cette hypothèse, la violation du principe du *procès équitable* permet de remettre en cause une procédure menée devant les juridictions françaises. Le second exemple permet de constater que la Cour de cassation sanctionne la violation de l'article 6§1 de la CESDH de la même façon que le non respect des *droits de la défense*. Dans un arrêt du 6 juillet 2000<sup>595</sup>, elle a affirmé que « *le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, exige que l'expert, mentionné par l'article L. 332-4 al 2 du Code de la propriété intellectuelle pour assister l'huissier (...) pendant la saisie-contrefaçon d'un logiciel, soit indépendant des parties* ». En conséquence, la juridiction a cassé l'arrêt d'appel qui avait refusé d'annuler la saisie-contrefaçon prétextant que la nomination de l'expert ne supposait pas de restriction. L'enseignement de cet arrêt est essentiel. Une procédure peut être annulée lorsqu'elle est conduite en violation du principe du *procès équitable*. L'ambiguïté est ici embarrassante dans la mesure où l'on ne sait pas s'il est possible d'assimiler les deux principes, d'utiliser l'un pour l'autre et, en définitive, quel est l'intérêt de recourir à deux principes pratiquement identiques.

Si l'on veut que les principes jouent pleinement leur rôle au sein du système processuel, il est nécessaire que ces normes possèdent une dénomination univoque, un domaine d'application déterminable, une sanction sûre. La profusion des sources conduit en réalité au phénomène inverse. Cet état de fait résulte notamment d'une volonté de la part des organes créateurs de droit, de produire des normes juridiques susceptibles de garantir un certain nombre de valeurs et d'utilités sociales. En effet chaque principe poursuit une ou plusieurs finalités qui constituent les origines matérielles de ces normes.

---

<sup>594</sup> Sur ce mécanisme, Cf. *infra*, n°438.

<sup>595</sup> Cass civ 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2000, *Dalloz 2001 cahier de droit des affaires*, juris., p. 370, note, VERON P.

## **Chapitre 2 : Les origines matérielles des principes directeurs du procès judiciaire (la diversité des fins)**

112. Il est paradoxal d'affirmer que les fins poursuivies par les principes directeurs en sont aussi les origines. Le paradoxe n'est qu'apparent car c'est en fonction d'une finalité que le créateur du principe va déterminer ou faire évoluer le contenu de cette norme. La finalité se trouve donc bien à l'origine de la règle et en constitue l'essence, le fondement.

Sans les principes, affirme-t-on, « *le droit suivrait un développement ad hoc et non pas selon les buts attribués à la politique du droit* »<sup>596</sup>. C'est une des attributions des principes juridiques que de donner une orientation, une direction, au système juridique<sup>597</sup>. Cette fonction réside dans la proximité des principes avec les fondements du droit processuel. Le Professeur GOYARD-FABRE enseigne que le fondement donne au principe son existence et sa raison d'être. Il constitue « *le principe des principes* »<sup>598</sup>. Il est véritablement premier dans la construction de l'ordre normatif juridique. Sans être un point de départ logique, il constitue plutôt un point d'appui qui justifie l'ordonnancement et permet d'en comprendre l'orientation.

Les fondements ou fins du droit processuel sont traditionnellement présentés comme la résultante d'une contradiction entre intérêts individuels et collectifs. Cette idée est particulièrement présente en procédure pénale. On a ainsi parlé du « *paradoxe pénal* »<sup>599</sup> dans la mesure où la matière pénale protège et porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux. La poursuite des délinquants nécessite un certain nombre d'entraves à ces droits, mais s'avère nécessaire à la protection plus générale de la population « non-délinquante ». Le procès pénal est sanctionnateur et la procédure pénale emprunte à cet esprit des méthodes qui peuvent troubler l'individu dans sa *liberté*, son *intimité*, voire, son *intégrité*. Le conflit entre l'individu et la société peut aussi apparaître, lorsqu'au cours de la phase d'enquête et d'instruction, des informations sur ces poursuites sont divulguées en public. Le droit à l'information de ce dernier légitime la *publicité* alors que l'on adopterait le *secret* pour protéger l'honorabilité et la *présomption d'innocence* qui s'attache à l'individu poursuivi<sup>600</sup>. En procédure civile, le conflit entre intérêts individuels et collectifs est transféré sur les rapports entre le juge et les parties au procès. La « *conception générale du procès civil* » procède ainsi de la conciliation entre le respect d'une « *tradition libérale française* » et l'exercice par le juge de « *pouvoirs inhérents à sa fonction* »<sup>601</sup>. Il est ici fait allusion au principe de *coopération*, dont l'objet est de répartir charges et prérogatives entre les parties et le juge dans le procès civil.

---

<sup>596</sup> BEKES I. Le rôle des principes généraux du droit dans le droit pénal, *Journées de la société de législation comparée 1980*, vol 2, p. 359. Le Professeur BERGEL affirme aussi que « *ni les praticiens, ni les théoriciens ne peuvent s'abstraire des finalités du système juridique ou des règles de droit pour en comprendre le sens, en guider l'interprétation, en orienter l'application ou en prévoir l'évolution* ». BERGEL J-L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°23, p. 28.

<sup>597</sup> Cf. *supra* n°368 et suiv.

<sup>598</sup> GOYARD-FABRE S. *Essai de critique phénoménologique du droit*, Librairie Klincksieck, Paris, 1972, p.281.

<sup>599</sup> DELMAS-MARTY M., LUCAS DE LEYSSAC C. *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996, p. 368.

<sup>600</sup> MAYER D. L'information du public par la presse sur les affaires en cours d'instruction, *Dalloz 1995*, chron, p. 80.

<sup>601</sup> BLANC E. Principes généraux de la nouvelle procédure civile, *JCP 1973*, I, 2559.

Le droit processuel serait donc plongé dans un dilemme insoluble entre promotion des intérêts individuels et protection des intérêts collectifs. Si cette présentation n'est pas dénuée de toute véracité, elle n'est qu'un reflet partiel de la réalité. Le procès possède certes, une logique de confrontation, mais les principes qui le gouvernent peuvent être inspirés par des fins consensuelles. L'exemple du principe de *célérité* est tout à fait topique à cet égard. La rapidité de la procédure et du prononcé de la sentence juridictionnelle intéresse l'ensemble des acteurs du procès et même des personnes extérieures au procès. Une décision est d'autant mieux acceptée qu'elle résout un litige récent, encore présent dans l'esprit de ses protagonistes. Une sentence pénale est d'autant plus efficace qu'elle frappe le délinquant tôt après la commission de l'infraction. L'opinion réclame, dans les affaires qui possèdent un fort retentissement public, un châtement ou une résolution rapide du conflit. L'institution judiciaire elle-même ne gagne rien à laisser traîner un dossier, au risque de voir disparaître les preuves et exacerber les différends<sup>602</sup>. Sans aborder les problèmes des procédures expéditives ou dilatoires, il convient de constater que le principe de *célérité* sert les intérêts de toutes les parties, du juge, parfois même certaines nécessités sociales<sup>603</sup>. Cette règle protège un ensemble de finalités tout à fait consensuelles.

On ne peut donc s'en tenir à une présentation dichotomique et conflictuelle des intérêts procéduraux. Le courant de la défense sociale s'est même évertué, en son temps, à montrer la convergence entre la défense de la société et le respect de la personne<sup>604</sup>. Plus simplement, on peut mettre en évidence l'existence d'une diversité des finalités qui inspirent le contenu et l'évolution des principes directeurs (section 1). Cette diversité semble d'ailleurs indiquer un bouleversement possible de la présentation classique de la hiérarchie des normes (section 2) du droit processuel.

### *Section 1 : Les origines téléologiques des principes directeurs du procès judiciaire*

**113.** Si l'on regarde l'institution judiciaire et sa fonction, force est de constater que « *la finalité de la justice, son objectif essentiel, c'est de dire ce qui est vrai et juste* »<sup>605</sup>. On peut approfondir cette réflexion en considérant que la *justice* est le but essentiel du processus juridictionnel et que le moyen d'y parvenir consiste notamment dans la recherche de la *vérité*. Cette dernière se présente donc plus comme une condition de la première<sup>606</sup>. Ce nouvel aperçu général des fins du procès judiciaire correspond encore à une réalité partielle. *Vérité* et *justice* sont bien des objectifs recherchés par le droit processuel, mais ils ne sont pas les seuls. La matière est aux prises, comme bien d'autres, avec la recherche de l'utile et du juste<sup>607</sup>.

La controverse entre philosophies utilitariste et moraliste n'est pas nouvelle. Pour le premier de ces courants, l'utile est le principe qui guide à la fois le domaine de la connaissance et celui de l'action. Il s'agit de parvenir à la maximisation du plaisir ; de

<sup>602</sup> SILVESTRE C. Le principe de la célérité en procédure pénale française, *RRJ* 1996, p. 145.

<sup>603</sup> Notamment sur la corrélation entre la célérité de la sanction et sa fonction dissuasive, GASSIN R. *Criminologie*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1998, n°708 et suiv., pp. 528 et suiv.

<sup>604</sup> CHAVANNE A. La protection de la personne dans le procès pénal en droit français, *RSC* 1967, p. 11.

<sup>605</sup> CATARINI M. Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile, *Gaz Pal* 1981, II, chron, p. 405.

<sup>606</sup> WALD A. Rapport général in, *La vérité et le droit*, Travaux de l'association Capitant, t. 38, 1987, p. 529.

<sup>607</sup> Cf. sur ce thème *L'utile et le juste*, *APD* 1981, t. 26, Sirey Paris.

conjuguer si possible, bonheur individuel et bonheur collectif<sup>608</sup>. Le second fonde sa théorie sur l'idée de *justice*, vertu suprême et délicate à définir. Le renouveau de cette doctrine tient, notamment, à l'œuvre de RAWLS, principalement à sa « *théorie de la justice* »<sup>609</sup>. Celui-ci rejette le postulat utilitariste en ce qu'il n'est pas parvenu à aborder une « *conception morale* »<sup>610</sup> de la philosophie et de la société. Pour cet auteur, la société démocratique se doit de respecter « *libertés et droits de base des citoyens* »<sup>611</sup>. C'est l'exigence de ce respect qu'exprime le sens du mot « *justice* ».

Au regard des principes directeurs, il est impossible de se détacher de cette double conception des finalités du droit. Les principes qui régissent le procès sont indiscutablement placés entre le juste et l'utile. Le principe de la *publicité de la justice* est à ce titre significatif. En ouvrant l'accès des prétoires aux citoyens, il rend l'institution transparente. Mieux comprise, la décision qui en résulte apparaît plus juste. Doit-on pour autant négliger l'utilité d'un tel procédé ? En rendant une décision publique, elle n'en a que plus de portée et d'autorité pour celui qui s'en prévaut. L'innocence publiquement constatée par une Cour d'assises détient une légitimité plus considérable qu'un non lieu décidé en secret par un juge d'instruction.

Pour être complète, l'étude doit donc porter sur les dimensions axiologique (§ 1) et utilitariste (§ 2) des origines des principes directeurs.

### § 1 : La dimension axiologique des principes directeurs du procès judiciaire

**114.** La philosophie des valeurs fournit un outil de connaissance idéal pour appréhender les origines des principes directeurs. Après avoir donné un sens au mot « valeur », il faudra en dégager les principaux aspects procéduraux (A). Il sera alors possible de se concentrer sur l'identification des valeurs qui servent de fondement aux principes directeurs (B).

#### A) L'apport de la pensée axiologique à la théorie procédurale

**115.** *La notion de « valeur » dans la pensée axiologique.* S'il est un terme qui possède des sens multiples, c'est bien celui de « valeur ». Cette polysémie est certainement due à la pluralité d'objets que l'axiologie se propose d'étudier. Elle peut porter alternativement sur l'art, la science, la religion, la politique<sup>612</sup>.

Le premier sens qui vient à l'esprit est celui de la valeur quantitative d'une chose. On peut alors parler de la valeur vénale, comme la « *substance économique d'un bien* »<sup>613</sup>. Cette conception quantitative et économique du terme n'est pas d'un grand secours. Les principes peuvent porter sur des éléments concrets (une preuve), abstraits (une institution) ou sur des personnes (un juge, un individu), mais relèvent d'un domaine peu propice à toute mesure de type vénal ou économique. Selon la philosophie utilitariste, la notion même d'utilité est

<sup>608</sup> BERGEL J-L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°24, p. 29.

<sup>609</sup> RAWLS J. *Théorie de la Justice*, traduction C. Audard, Seuil, Paris, 1987.

<sup>610</sup> *Ibid* p. 19.

<sup>611</sup> COURNARIE L., DUPOND P. Introduction à la théorie de la Justice de Rawls, in *Penser la Justice*, édition MAFPEN, Toulouse, 1998, p. 371.

<sup>612</sup> RESWEBER J-P. *La philosophie des valeurs*, Paris, PUF, 1992, p. 37.

<sup>613</sup> VERBAERE C. Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention, *RRJ* 1999, p. 685.

présentée comme la valeur suprême<sup>614</sup>. Il faut pourtant distinguer valeur et utilité. En effet, la notion de valeur détient une connotation morale ou éthique alors que l'utilitarisme néglige cet aspect. On peut encore distinguer deux ordres de valeurs : celui de la morale et celui de la connaissance<sup>615</sup>. En procédure, on pourrait ainsi ranger *l'équité* ou la *neutralité* parmi les valeurs de la morale et la *vérité* parmi celles de la connaissance. Néanmoins, il faut ranger la connaissance parmi les utilités, celle-ci ne possédant aucune connotation éthique. Une vision purement subjective du concept de valeur indique qu'il ne s'agit « *ni de but découlant d'une appréhension intellectuelle, ni de fins proposées par la volonté* »<sup>616</sup>. Les valeurs résultent d'une représentation de l'esprit de type émotionnel et sentimental. La présentation la plus adéquate de la notion de valeur en droit paraît être celle de « *l'ordre vertueux* »<sup>617</sup>. Les valeurs sont ainsi présentées comme des règles de conduite ou un art de vivre qui fait appel à un idéal de perfection.

Dans cette conception, la valeur permet de fonder une conduite, justifier un comportement. Elle peut se présenter comme la qualité d'une chose, d'une personne ou d'une action, considérée comme digne d'estime<sup>618</sup>. Les valeurs peuvent abstraitement désigner des choses utiles ou désirables<sup>619</sup> ou encore « *ce qui est désirable collectivement* »<sup>620</sup>. La valeur est une représentation sociale. En cela, elle ne peut se distinguer du fait. Elle constitue en elle-même un fait social susceptible d'être observé et qualifié<sup>621</sup>. Les valeurs sont donc orientées « *dans le sens du perfectionnement de l'être social* »<sup>622</sup> ou des institutions qui régissent la société. Sous l'angle juridique, la valeur fonde la règle de droit car cette règle vise bien le perfectionnement des êtres et des institutions. Ainsi, certains affirment que la *loyauté* est « *une qualité humaine* »<sup>623</sup> ou encore que le juge, conçu comme un tiers *désintéressé* et *impartial*, forme un « *idéal type* »<sup>624</sup> qui le rapproche de cet « *ordre vertueux* » évoqué plus haut. Pourtant la valeur n'est pas tout à fait normative. Elle invite mais ne contraint pas. Elle est l'objet d'une préférence et inspire le contenu de l'ordre normatif<sup>625</sup>. Conçue comme un idéal, elle suppose une adhésion de la communauté au sein de laquelle elle exerce son influence.

Les valeurs ne sont ni universelles ni immuables. Elles se trouvent à la croisée des « *convictions durables d'une communauté historique* » et des « *réévaluations incessantes que*

---

<sup>614</sup> RESWEBER J-P. *La philosophie des valeurs*, op. cit. p. 78.

<sup>615</sup> *Ibid*, p. 86.

<sup>616</sup> *Ibid*, p. 81.

<sup>617</sup> *Ibid*, p. 75.

<sup>618</sup> THOMAS L.V. En découdre avec les valeurs, in, *Valeurs et changements sociaux*, l'Harmattan, Paris, 1993, p. 9.

<sup>619</sup> PETEV V. Jugement juridique et jugement moral, *APD 1994*, t. 39, p. 211.

<sup>620</sup> GASSIN R. cité par CHOPIN F. Compte rendu des tables rondes du colloque : accusatoire – inquisitoire, un écroulement des dogmes en procédure pénale ? *RIDP 1997*, p. 199.

<sup>621</sup> Voir *contra* sur la distinction de la valeur et du fait : SCHAERER R. Droit, morale et axiologie, in, *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie J. Vrin, Paris, 1973, p. 275.

<sup>622</sup> DUGUIT cité par DUBOUCHET P. Programme pour une théorie générale du droit, *RRJ 1996*, p. 329.

<sup>623</sup> LEBORGNE A. L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, *RTD Civ. 1996*, p. 535.

<sup>624</sup> WEBER cité par LEBEN CH. Le Droit, quelque chose qui n'est pas étranger à la Justice, *Droits 1990*, n°11, p. 35.

<sup>625</sup> SCHAERER R. Droit, morale et axiologie, op. cit. p. 275.



*réclament les changements d'époque et de circonstance* »<sup>626</sup>. C'est en effet l'un des dangers de cette philosophie que de véhiculer une conscience occidentale héritée de l'idéal platonicien, de la philosophie chrétienne moyenâgeuse, de la philosophie du mérite. Elle tend à exporter cet idéal « *porteur de buts, de normes et d'action* »<sup>627</sup>, somme toute très relatif. La contingence des valeurs est aujourd'hui une opinion plus largement répandue. D'un courant de pensée à l'autre, les valeurs sont conçues comme historiquement variables. Elles passent de la philosophie aux sciences humaines et empruntent à celles-ci un esprit de relativisme au détriment de leur connotation métaphysique première<sup>628</sup>. La temporalité constitue désormais une nouvelle référence de l'axiologie<sup>629</sup>. L'axiologie juridique subit aussi ce mouvement à travers un recroquevillement de valeurs communes dans un espace donné. C'est la consécration d'un « patrimoine commun européen » fondé sur les valeurs communes des droits de l'homme, de la démocratie et de la prééminence du droit<sup>630</sup>. Ces valeurs sont pour parties énoncées dans le traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 par les membres de l'Union Européenne. Dans son article 2 al 4, cet accord vise expressément l'objectif de développer et maintenir « *un espace de liberté, de sécurité et de justice...* ».

**116. Les valeurs et le droit processuel.** La philosophie des valeurs possède de nombreuses répercussions en matière procédurale. On la retrouve à travers la reconnaissance de droits fondamentaux. L'expression « droits fondamentaux » est utilisée dans le but « *d'extraire un ensemble de valeurs communes ou, au moins, un système de droit européen commun* »<sup>631</sup>. Les droits fondamentaux sont conçus comme des normes de promotion des valeurs morales. Ces droits sont particulièrement présents en procédure à travers la CESDH mais aussi certains principes consacrés par le Conseil constitutionnel. Comme le soulignait PERELMAN, le juge, lorsqu'il tranche un litige, n'a que peu recours au syllogisme judiciaire. Il procède plutôt à l'inventaire des valeurs en cause dans le conflit et choisit, parmi ces valeurs, « *une solution raisonnable* »<sup>632</sup>. Si ce constat concerne le raisonnement portant sur le droit substantiel, il vaut aussi pour le droit processuel. M. RESWEBER souligne que les valeurs sont « *des fins poursuivies, mais inséparables des moyens recherchés pour les mener à terme* »<sup>633</sup>. La procédure est donc le moyen d'atteindre la solution raisonnable<sup>634</sup>.

<sup>626</sup> RICOEUR P. cité par BURGELIN J-F. COULON J-M. FRISON-ROCHE. M-A. Le juge des référés au regard des principes procéduraux, *Dalloz 1995*, chron, p. 67.

<sup>627</sup> RESWEBER J-P. *La philosophie des valeurs*, *op. cit.* p. 4 et 117.

<sup>628</sup> THOMAS L.V. En découdre avec les valeurs, *op. cit.* p. 13.

<sup>629</sup> « *Un ordre s'est écroulé ; le décalogue s'est brisé ; les anciennes vertus s'en sont allées comme tombent une à une les briques d'un mur. Selon le pressentiment de Nietzsche, l'homme est devenu inquiet de l'investissement de sa liberté. Quelles valeurs choisir pour régler les conduites humaines libérées de la tutelle d'un Dieu ? Que faut-il valoriser pour répondre à la convocation du bonheur ?* ». CHANTREAU A. Fluctuation des valeurs et permanence de l'éthique ou le dialogue difficile entre le temps de la linéarité et celui de l'anamnèse, *in, Valeurs et changements sociaux*, l'Harmattan, Paris, 1993, p. 21.

<sup>630</sup> SUDRE F. La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam, vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? *JCP 1998*, I, 100.

<sup>631</sup> CHAMPEIL-DESPLATS V. La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Dalloz 1995*, chron, p. 323.

<sup>632</sup> HAARSCHER G. Après Perelman, *in, Justice et argumentation, essai à la mémoire de Chaim Perelman*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1986, p. 223.

<sup>633</sup> RESWEBER J-P. *La philosophie des valeurs*, *op. cit.* p. 4.

<sup>634</sup> Le Professeur ZAPPALA estime que la procédure pénale « *est le lieu des valeurs* » (Cité par CHOPIN F. Compte rendu des tables rondes du colloque : accusatoire – inquisitoire, un effacement des dogmes en procédure pénale ? *op. cit.* p. 202). Le Professeur MERLE pense qu'il est nécessaire de rechercher un « *arc en ciel des valeurs communes à la société européenne, qui devrait inspirer les principes*

**117. La justice comme valeur ultime du droit processuel.** La *justice*, en tant que vertu, est bien « *l'une des notions les plus prestigieuses de notre univers spirituel* »<sup>635</sup>. On constate aisément que tous les ordres juridiques ont pour ambition de réaliser la « *valeur justice* » au sein de la société<sup>636</sup>. Mais le terme possède de nombreuses significations. Il ne possède pas de définition qui ne soit sujette à la discussion<sup>637</sup>. On peut, de manière générique, caractériser le juste « *comme la solution d'un conflit d'intérêts (...) un fait complexe où intervient une foule de données* »<sup>638</sup>. En procédure, une ambiguïté supplémentaire surgit à travers la confusion possible de la *justice* comme valeur ou comme vertu et de la justice comme institution, c'est à dire de l'autorité judiciaire.

Plus qu'une valeur, la *justice* se décompose, se démembré en valeurs diverses. « *Toute valeur la suppose* »<sup>639</sup> affirme-t-on. C'est peut être pour cette raison que dès l'apparition de la philosophie, on a tenté de rapprocher ce concept d'autres moins résistants à la définition. ARISTOTE considère que le juste est « *ce qui respecte l'égalité* »<sup>640</sup> : l'égalité des hommes entre eux, non qu'elle résulte de la loi, mais avant tout en ce qu'elle est présumée et doit être protégée ; l'égalité des droits donc comme le reflet de ce que l'on voudrait être un constat : l'égalité en fait. La *justice* est assimilée à la *liberté* notamment par KANT pour qui « *est juste, toute action qui permet ou dont la maxime permet à la libre volonté de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre* »<sup>641</sup>. La justice est aussi comparée à l'équité, une notion qui se rapproche de la représentation métaphorique de la balance : à la recherche de l'équilibre. C'est RAWLS qui replace l'équité au centre du débat sur la *justice*. Sans perdre de vue *liberté* et *égalité*, comme valeurs fondatrices, la théorie de la *justice* de RAWLS est dominée par l'idée d'équité<sup>642</sup>. Elle constitue le principe qui permet d'arbitrer entre les revendications concurrentes et légitimes ; de répartir les biens et de prévenir les conflits<sup>643</sup>. L'idée d'équilibre est conservée en théorie juridique. Si la *justice*, au sens philosophique du terme est une vertu, certains juristes estiment qu'elle est en droit, un critère

---

*directeurs* (MERLE R. Lignes directrices pour une harmonisation européenne en matière pénale, RSC 1987, p. 183).

<sup>635</sup> PERELMAN CH. *Droit, morale et philosophie*, LGDJ, Paris, 1968, p. 2. L'auteur poursuit : « *que l'on soit croyant ou incroyant, conservateur ou révolutionnaire, chacun évoque la Justice, et nul n'ose la désavouer* ». *ibid*, p. 2.

<sup>636</sup> LE FRIANT M. L'accès à la justice, in, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 1999, 5<sup>ème</sup> éd., p. 357.

<sup>637</sup> Pour une réflexion sur la relativité de la Justice, WALSER M. *Sphères de Justice, une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil, Paris, 1997, p. 433.

<sup>638</sup> LAMBERT R. Vérité et Justice, in, *L'amour des lois*, Presses de l'université de Laval, l'Harmattan, Paris, 1996, p. 441.

<sup>639</sup> CONTE SPONVILLE A. *Petit traité des grandes vertus*, PUF, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 80.

<sup>640</sup> *Ibid* p. 84.

<sup>641</sup> *Ibid*, p. 93.

<sup>642</sup> En anglais *fairness*.

<sup>643</sup> COURNARIE L. DUPOND P. Introduction à la théorie de la Justice de Rawls, in *Penser la Justice*, édition MAFFEN, Toulouse, 1998, p. 371. Les auteurs cite RAWLS dans un des articles qui initièrent sa « *théorie de la Justice* » : « *je souhaite montrer que dans le concept de Justice, l'idée fondamentale est celle de l'équité ; et je souhaite proposer une analyse du concept de Justice de ce point de vue. Afin de faire ressortir l'impact de cette affirmation et de l'analyse qui en découle, je soutiendrais précisément que c'est cet aspect de la Justice dont l'utilitarisme, dans sa forme classique, est incapable de rendre compte...* » *ibid*, p. 388. C'est cette position qui a conduit M. RICOEUR à effectuer un rapprochement entre la théorie de RAWLS et les naturalistes du contrat social. En effet, pour RAWLS, l'équité est considérée comme une « *position originelle* » que M. RICOEUR estime n'être qu'une hypothèse. RICOEUR P. *Le juste*, Seuil, Paris, 1995, p. 78.

d'appréciation dont l'objet est de permettre « *le maintien d'un certain équilibre entre les individus et groupes d'individus dans la vie sociale* »<sup>644</sup>.

Affirmer que la *justice* se décompose à travers certaines valeurs, ne permet pas encore d'identifier clairement sa présence et son rôle dans le procès. Sa place est double. Il est indéniable de constater que la *justice* est ou doit être à l'issue du procès. La solution du litige, celle qui porte sur le droit substantiel, doit être juste, conforme aux valeurs sociales. MOTULSKY rappelait que « *la justice, en tant que valeur, n'est jamais absente des prétoires. C'est la vocation du juge d'en assurer la victoire, dans le respect des principes directeurs de l'instance* »<sup>645</sup>. L'initiateur du nouveau Code de procédure civile fait habilement allusion à la dualité de signification car le « *respect des principes directeurs* » qu'il évoque est une référence à ce que l'on peut appeler la *justice procédurale*. Si la restauration de la *justice* ne peut se passer du procès<sup>646</sup>, « *la justice, (...) dépend de la qualité et de la rectitude des procédures* »<sup>647</sup>. Un autre auteur souligne que l'autorité judiciaire doit inspirer confiance et respect. Il serait en effet surprenant qu'elle emploie des moyens déloyaux pour poursuivre les auteurs d'infractions. La ruse, l'artifice et la provocation sont à bannir des méthodes judiciaires pour que l'institution conserve sa dignité<sup>648</sup> ; que ses décisions ne puissent être qualifiées d'injustes<sup>649</sup>. On ne fait pas ici allusion à la distinction fondamentale entre *justice sociale* (celle qui prévoit la répartition égale ou équitable des biens entre les individus) et *justice procédurale* (qui s'analyse en une « *procédure correcte ou équitable qui détermine si un résultat est également correct ou équitable quel qu'en soit le contenu pourvu que la procédure ait été correctement appliquée* »<sup>650</sup>). Il semble bien qu'au-delà de cette distinction philosophique, l'adoption d'une solution respectueuse des valeurs de *justice* par une autorité juridictionnelle doit nécessairement se dérouler dans le cadre de ces mêmes valeurs ou de valeurs spécifiques à la procédure de jugement. La *justice* des procédures est donc bien celle des jugements.

Le Professeur FRISON-ROCHE montre ainsi que l'organisation du procès autour d'un trio formé des parties et du juge semble être la formule la plus propice pour s'approcher de la solution juste<sup>651</sup>. Dans ce système, le juge est un tiers impartial et désintéressé. Il est garant tant de la solution que de la procédure. C'est lui qui « *doit conduire le procès et contraindre les parties de façon à ce que s'organise un débat loyal et transparent* »<sup>652</sup>. Cependant, il ne peut lui-même amener les éléments du débat susceptibles d'influencer l'issue du procès. Les parties entrent alors en jeu dans un affrontement contradictoire nécessaire pour faire jaillir la

<sup>644</sup> HUSSON L. Echange de vues, in, *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie J. Vrin, Paris, 1973, p. 291.

<sup>645</sup> MOTULSKY H. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *Dalloz* 1972, chron p. 91.

<sup>646</sup> Pour HEGEL, le redressement du droit en soi par la voie de la *justice* implique nécessairement l'intervention d'un juge. Cité par VETÖ M. Le procès dans la philosophie du droit de Hegel, *RRJ* 1983, p. 409.

<sup>647</sup> LAMBERT R. Vérité et Justice, *op. cit.* p. 448.

<sup>648</sup> BOUZAT P. La loyauté dans la recherche des preuves, *Mélanges Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 155.

<sup>649</sup> On citera pourtant le jugement de Salomon qui, tout en utilisant un procédé déloyal, fondé sur la ruse et la provocation, parvient à faire ressortir la vérité et rend le juste verdict. Sur le jugement de Salomon et son analyse sociologique, CARBONNIER J. *Flexible droit*, LGDJ ; Paris, 9<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 382.

<sup>650</sup> RAWLS J. *Théorie de la Justice*, traduction C. Audard, Seuil, Paris, 1987, p. 118.

<sup>651</sup> FRISON-ROCHE M-A. 2+1 = la procédure, in, *La Justice, l'obligation impossible*, éditions Autrement, Paris, 1994, p. 193.

<sup>652</sup> *Ibid*, p. 202.

version ou plutôt « *la perception la plus exacte possible de la situation* ». Les parties ont besoin du tiers impartial tant pour trancher que pour organiser le débat. Pour autant, le débat contradictoire qui s'impose aux parties ou au juge se présente comme une solution pour se protéger tant de la mauvaise foi de l'adversaire que de l'arbitraire du juge<sup>653</sup>. Un auteur reprend cette idée en affirmant que « *la procédure de discussion est la méthode qui semble être le seul moyen d'atteindre le raisonnement juste* »<sup>654</sup>. Le sacro-saint principe du *contradictoire* est donc le vecteur essentiel de la *justice des procédures*. Cette dernière expression est la plus évocatrice pour les processualistes. On fait appel à l'accès à la justice, à sa gratuité, à l'*impartialité* du tribunal, à l'assistance d'un avocat, au *délai raisonnable*, aux *droits de la défense*, à la *publicité* et à la *motivation* des décisions, au *droit au recours*<sup>655</sup>. Autant de principes qui semblent promouvoir l'émergence de la juste décision. Autant de principes qui sont, en fait, liés aux valeurs de la *justice*, celle des procédures.

### B) L'identification des valeurs procédurales à travers les principes directeurs du procès judiciaire

**118.** L'idée de valeur suggère l'idée d'un bien ou d'un mieux. En l'approfondissant, on obtient plutôt une propriété ou une qualité. En droit processuel, certaines de ces qualités investissent directement et évidemment le champ des principes directeurs. On obtient alors un principe qui porte la même dénomination que la valeur qu'il incarne. Ce sont les principes-valeur (a). Cette situation n'est pas systématique et d'autres principes ne représentent qu'indirectement une valeur. Celle-ci est bien à l'origine de leur contenu mais n'apparaît pas explicitement. Ce sont les principes-technique (b). Il faut enfin observer que les valeurs peuvent se trouver en conflit dans le droit processuel. Le contenu et l'organisation des principes reflètent ces conflits (c).

#### a) Les principes-valeur ou l'incarnation immédiate de la valeur dans la norme

**119.** Tout en étant normatifs, les principes indiquent, avant tout, une idée maîtresse qui doit guider leur application et leur développement. Il paraît donc envisageable de concevoir cette idée comme une valeur procédurale. On peut citer à ce titre plusieurs exemples tirés de qualités humaines ou de concept philosophiques.

**120. Valeurs et qualités humaines.** La valeur d'*impartialité* entre dans le droit positif à travers le principe d'*impartialité* des juridictions consacré notamment par la CESDH comme l'un des éléments du *procès équitable*. La valeur d'*équité* est d'ailleurs, elle-même, présente dans le principe du *procès équitable*. Dans le même ordre d'idées, la valeur d'*indépendance*, est immédiatement à l'origine du principe d'*indépendance*. Dans un discours, un ministre de la justice déclarait que les deux qualités d'*indépendance* et d'*impartialité* « *constituent la substance même de l'autorité judiciaire* »<sup>656</sup>. Il semble indéniable que ces valeurs soient à l'origine de principes directeurs du procès.

L'*indépendance* se définit comme « *la qualité d'une personne ou d'une institution qui ne reçoit d'ordres ou même de suggestions, d'aucune sorte, qui est donc seule à prendre les*

<sup>653</sup> MARTIN R. La crise du contradictoire entre juge et avocat, *Gaz Pal* 1978, 2, doct, p. 419.

<sup>654</sup> FRISON-ROCHE M-A. La procédure injuste, in, *De l'injuste au juste*, Dalloz, Paris, 1996, p. 77.

<sup>655</sup> *Ibid*, p. 77.

<sup>656</sup> GUIGOU E. Extrait du discours de présentation des propositions du gouvernement pour renforcer l'indépendance et l'impartialité de la justice, *JCP* 1998, actualités, p. 165.

décisions qu'elle prend, et qui, en outre, n'a pas à rendre de compte puisque rendre compte évoque la critique »<sup>657</sup>. Cette définition est intéressante en ce qu'elle montre le lien étroit entre le principe et la valeur qui l'inspire. L'*indépendance* est bien, en tant que valeur, la qualité d'une personne ou d'un ensemble de personnes qui peuvent juger sans tenir compte des influences extérieures sur leur décision. Le principe d'*indépendance* doit protéger cette qualité et les conséquences juridiques sont les prolongements de la valeur. Si le juge possède son *indépendance* d'un point de vue procédural, il ne doit pas avoir à rendre de comptes. On a dépassé la notion de valeur pour entrer dans l'ordre normatif juridique.

L'*impartialité* « est la qualité de celui qui statue selon sa conscience en tenant la balance égale entre accusation et défense, en n'avantageant aucune des deux au détriment de l'autre ou, s'agissant de la défense, en ne faisant pas une meilleure part à l'un des prévenus ou accusé au préjudice des autres »<sup>658</sup>. Cette définition précise de l'*impartialité* ne fait pas directement la part de la valeur et du principe<sup>659</sup>. La valeur constitue ici l'idéal à atteindre ; c'est à dire, la possibilité pour le juge, de faire abstraction de toutes considérations personnelles pour organiser le procès ou rendre son verdict. Le principe, en tant que norme, tente d'imposer cette qualité en organisant les conditions optimales pour que le juge puisse atteindre cet état. Le principe est à la fois contraignant en ce qu'il ordonne au juge d'être impartial et incitatif en ce qu'il met en œuvre les conditions de cette *impartialité* au besoin à l'aide d'autres principes (*indépendance, séparation des fonctions, collégialité*<sup>660</sup>) indirectement liés à la valeur<sup>661</sup>.

On retrouve ce mécanisme dans la relation qu'entretiennent valeur et principe de *loyauté*. On nous dit d'un homme loyal qu'il se conforme aux règles de la probité et de l'honneur. Il est celui qui n'utilise pas de méthodes malicieuses ou malhonnêtes. Autant de synonymes qui n'en sont pas moins des facteurs d'ambiguïté pour une vertu aussi floue que celle de la *loyauté*. Le principe de *loyauté* en procédure se présente essentiellement sous la forme d'interdictions. Il proscrie toute recherche de preuves qui porteraient atteinte aux droits individuels ou à la dignité de la justice<sup>662</sup>, à son honneur, en quelque sorte. C'est à nouveau un contenu normatif qui apparaît, plutôt qu'une qualité, mais cette fois sous la forme prohibitive et non purement initiatrice. Le résultat est identique : le passage de l'ordre vertueux et qualitatif, à l'ordre juridique et prescriptif.

**121. Valeurs et concepts philosophiques.** Un problème particulier se pose concernant des notions qui ne sont pas uniquement des valeurs, mais qui peuvent aussi être considérées comme des réalités factuelles ou des présupposés philosophiques. Il s'agit des notions d'*égalité* et de *liberté*. On peut imaginer facilement que *liberté et égalité*, soient « les fondements de la vie sociale, (...) les fondements du droit »<sup>663</sup> ; il n'en reste pas moins que ces deux notions dépassent le cadre des valeurs. La *liberté* est un commencement. Un état de fait présupposé selon lequel, dans la chaîne infinie et indéfinie des causalités, il existe des événements qui ne dépendent aucunement d'autres. Ce sont des éléments premiers. A

<sup>657</sup> PRADEL J. La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français, RSC 1990, p. 692.

<sup>658</sup> *Ibid*, p. 693.

<sup>659</sup> Pour une définition plus détaillée du principe, Cf. ROETS D. *Impartialité et justice pénale*, Cujas, Paris, 1997, p. 15.

<sup>660</sup> NERAC PH. Les garanties d'impartialité du juge répressif, JCP 1978, I, 2890.

<sup>661</sup> Sur tous ces aspects, ROETS D. *Impartialité et justice pénale*, *op. cit.*

<sup>662</sup> Selon la formule de BOUZAT P. La loyauté dans la recherche des preuves, *op. cit.* p. 172.

<sup>663</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, RIDC 1962, p. 55.

l'échelle humaine, la *liberté* existe surtout à travers le libre arbitre et ses conséquences, c'est à dire, la capacité d'un individu de vouloir et d'agir sans qu'aucun élément extérieur ne détermine ni ne vienne limiter cette capacité. S'il l'on postule que la *liberté* existe, ce qui relève principalement de considérations purement philosophiques, celle-ci est considérée comme une réalité irréversible. Elle n'est pas une simple valeur ou une représentation. Perçue sous cet angle, la question de la *liberté* n'intéresse pas la théorie juridique. Les juristes s'attachent à la *liberté* comme valeur susceptible de promotion ou de protection<sup>664</sup>. C'est donc de protection de la *liberté* ou du libre arbitre de chacun que le droit se préoccupe : ici résident la valeur et le principe de *liberté*<sup>665</sup>. Le droit processuel a pour objet de protéger tout un ensemble de libertés, telle la *liberté de la défense*, sous ensemble des *droits de la défense*, la *liberté d'aller et de venir*<sup>666</sup> ou encore des libertés qui ne relèvent pas toutes du même concept<sup>667</sup>.

Le concept d'*égalité* n'a pas non plus de connotation morale immédiate ou évidente. Pourtant, le Professeur ATIAS évoque à travers l'*égalité*, la « *naissance d'une valeur* »<sup>668</sup>. On doit en déduire que l'*égalité* ne fut pas, de tout temps, intégrée dans l'ordre axiologique. L'*égalité* n'est pas une qualité ou une vertu individuelle. On peut qualifier un individu de vertueux par ce qu'il est digne, loyal, ou impartial, mais il ne peut être égal en tant que tel. L'*égalité* n'est pas une notion intrinsèque à chaque individu. Elle nécessite la comparaison entre deux ou plusieurs d'entre eux. Sous cet angle, il ne s'agit pas d'une valeur. Par contre, est vertueux celui qui considère également ceux qui l'entourent, ses sujets ou ses justiciables. Sans pouvoir établir matériellement l'*égalité*, le droit est apte à la protéger. C'est encore dans l'objectif de son respect, de sa promotion ou de sa protection que l'*égalité* trouve sa place dans la catégorie des valeurs. En tant que principe directeur du procès, elle ordonne au juge de respecter l'*égalité des armes* entre les parties, l'*égal accès de tous à la justice*, le *droit au recours*, qui permettent à tous d'être jugés, en définitive, par une juridiction unique.

Les principes-valeur peuvent s'exprimer directement à travers des règles techniques<sup>669</sup>, mais ils existent aussi grâce à des principes dérivés (*liberté d'aller et de venir*) ou à des principes techniques (*séparation des fonctions*, application du principe d'*impartialité*). Ce phénomène semble résulter de l'assimilation du principe et de la valeur. Cette dernière n'étant intrinsèquement, ni précise, ni normative, elle ne possède qu'une signification approximative. On soulignera indéfiniment la difficulté de déterminer précisément le contenu de la *loyauté*, de l'*impartialité*, de l'*égalité*... Le principe qui emprunte sa dénomination à

<sup>664</sup> RAWLS conçoit différemment la distinction entre liberté et valeur de *liberté* : « *la liberté et la valeur de liberté sont distinguées de la façon suivante. La liberté est représentée par le système complet des libertés incluses dans l'égalité des citoyens, tandis que la valeur de liberté pour les personnes et les groupes dépend de leur capacité à favoriser leurs fins dans le cadre défini par le système. La liberté en tant qu'équale pour tous est la même pour tous ; et il n'est pas question de donner une compensation pour une liberté moindre. Mais la valeur de liberté n'est pas la même pour tous. Certains ont plus d'autorité et de fortune et donc des moyens plus importants pour mener à bien leurs objectifs* ». *Théorie de la Justice*, op. cit. p. 240.

<sup>665</sup> Il ne s'agit plus de réfléchir sur son existence mais d'en assurer le respect qu'elle soit relative ou absolue.

<sup>666</sup> Constituée par la liberté de se déplacer ou de s'établir, PHILIPPE X. *La liberté d'aller et de venir, Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 263.

<sup>667</sup> C'est le cas de l'*intimité de la vie privée* que le Conseil constitutionnel range parmi les libertés alors que les deux concepts présentent des différences évidentes. Cf. sur ce point, *infra* n°100.

<sup>668</sup> ATIAS C. *Éléments pour une mythologie juridique de notre temps*, *RRJ* 1980, p. 52.

<sup>669</sup> Le principe d'*égalité* par exemple, a conduit progressivement à la suppression des privilèges de juridiction. Celui d'*impartialité* gouverne les règles techniques sur la récusation des juges.

une valeur contient, dans la plupart des cas, un ensemble d'autres principes plus précis ou plus techniques.

Cette difficulté résultant de la confusion des concepts se retrouve sous une autre forme concernant le principe de *dignité*. En droit processuel, il n'a été expressément reconnu en tant que principe que depuis la loi du 15 juin 2000<sup>670</sup>. Inscrit dans le Code civil à l'article 16, ses manifestations procédurales résident essentiellement dans l'interdiction du recours à la torture, aux traitements inhumains ou dégradants<sup>671</sup>. La notion de *dignité* évoque l'idée d'un respect dû à la personne. On retrouve la même idée dans l'article 16 précité puisqu'il dispose que « *la loi assure la primauté de la personne* ». Pour autant le principe de *dignité* ne disparaît pas derrière celui de la *primauté de la personne*. Lors de l'examen de la loi du 29 juillet 1994 sur le respect du corps humain ayant institué l'article 16, le Conseil constitutionnel affirmait que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* »<sup>672</sup>. C'est en application de ce même principe que la CEDH condamne certaines techniques d'interrogatoire conduites par la police ou l'armée<sup>673</sup>. La chambre criminelle reconnaît que l'interrogation d'une personne placée en garde à vue, nue, au milieu d'une pièce, constitue un traitement humiliant et une atteinte à la *dignité humaine*<sup>674</sup>. Le principe de *dignité* trouve donc une place au sein de la procédure. Cependant, *primauté de l'individu*, *protection de la personne humaine* ou *respect de la dignité humaine*, sont des valeurs très proches, sinon identiques. Dès lors, le principe qui incarne ces valeurs prendra indifféremment le nom de l'une ou de l'autre. Cette réalité ne va pas sans créer un certain flou renforcé par la diversité des sources écrites et prétoriennes qui utilisent ces concepts. Il s'agit, là encore, de l'une des nombreuses manifestations de l'ambiguïté des principes directeurs. Elle se rencontre aussi à travers le lien entre valeurs et principes-technique.

b) Les principes-technique ou la pénétration médiate des valeurs dans la norme

**122.** Ces principes sont des normes qui ne portent pas, dans leur dénomination, la trace de la ou des valeurs qu'ils incarnent. *L'autorité de la chose jugée*, le *double degré de juridiction* ou la *publicité de la justice* n'évoquent aucun élément d'axiologie. Pourtant, leur raison d'être, leurs origines, se trouvent bien dans certaines valeurs qui gouvernent la procédure. Celles-ci peuvent d'ailleurs avoir été déjà incarnées dans un principe-valeur dans la mesure où une relation peut s'établir entre un principe-valeur et un principe-technique. Il existe, pour certains principes, un lien avec une valeur en particulier. C'est le cas, par exemple, du principe de la *séparation des fonctions* qui est inspiré par la valeur

<sup>670</sup> L'article préliminaire du Code de procédure pénale dispose dans son septième alinéa que « *Les mesures de contraintes dont (la personne suspectée ou poursuivie) peut faire l'objet (...) doivent (...) ne pas porter atteinte à la dignité de la personne* ».

<sup>671</sup> De très nombreuses conventions internationales mentionnent ces interdictions telles, la DUDH dans son article 5, le pacte international relatif aux droits civils et politiques dans son article 7 ou l'article 3 de la CESDH.

<sup>672</sup> CC 27 juillet 1994, *Daloz 1995*, juris p. 237, note MATHIEU B., Cf. aussi pour une application en matière pénale, CC 16 juillet 1996, *Daloz 1997*, juris, p. 69, note MERCUZOT B.

<sup>673</sup> CEDH 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume Uni* (Cour plénière) série A, n°25, ROLLAND P. Chronique de jurisprudence de la CEDH, *JDI 1980*, p. 449.

<sup>674</sup> Cass. crim. 10 janvier 1995, *Daloz 1996*, IR, p. 173. La Cour s'exprimait ainsi : « *La chambre d'accusation (...) a caractérisé les traitements humiliants infligés à la personne gardée à vue et les atteintes portées à la dignité humaine par les officiers de police judiciaire procédant à l'interrogatoire* ».

d'*impartialité*. Toutefois, la plupart des principes mettent en œuvre plusieurs valeurs ; de même que chaque valeur trouve des prolongements parmi plusieurs principes. On se bornera à souligner les plus importantes.

La *sérénité* de la justice tant dans son déroulement que dans ses conséquences est prise en compte par plusieurs principes. En premier lieu, le *secret de la mise en état* qui permet, notamment en matière pénale, de protéger les magistrats contre les inévitables pressions extérieures. De nombreuses affaires pénales ont montré, au cours des dernières décennies, à quel point l'intrusion de la presse et du public dans les enquêtes peut avoir des retentissements sur le déroulement de la procédure, entraînant parfois les mutations ou dessaisissements des magistrats instructeurs<sup>675</sup>. Le *secret des délibérés*, est lui aussi facteur de *sérénité*. Pour le Professeur PERROT, le retrait des juges dans le secret lors des délibérations s'impose comme « *un temps de retraite et de méditation* »<sup>676</sup>. La mise en scène théâtrale *publique et contradictoire* qui le précède a permis de mettre au jour les différents aspects du conflit. Dès lors, les juges peuvent se retirer sans désormais être troublés et prendre de la distance avec ce qu'ils ont entendu. Même si de nos jours, la pratique de l'audience et du délibéré a perdu beaucoup de sa force symbolique en matière civile ou correctionnelle<sup>677</sup>, elle reste très présente pour le jugement des crimes devant les Cours d'assises. Vu sous un autre angle, le *secret* garantit la *sérénité* dans la mesure où les magistrats se sont engagés à ne pas révéler le contenu des délibérés qui ont eu lieu<sup>678</sup>. Durant la révolution, le système des juges élus avait suspendu provisoirement le principe. Dans cette perspective, les magistrats avaient à rendre compte devant leurs électeurs. Rapidement rétabli<sup>679</sup>, on a dû se rendre à l'évidence que le *secret des délibérés* protège les juges des influences extérieures, qu'elles viennent des parties, du public, ou de leur hiérarchie. C'est bien la *sérénité* qui inspire le secret en procédure. La *sérénité* est encore à l'origine de l'*autorité de la chose jugée*, mais cette fois, au profit des parties. Lorsque le procès est définitivement terminé, l'ensemble des voies de recours épuisé, la contestation ne doit plus pouvoir renaître à l'infini. Issu d'une rupture, d'un déséquilibre, le jugement ou l'arrêt qui a tranché sur le litige vise à rétablir l'ordre des choses. Les parties doivent, sur cet objet, renoncer à toute renaissance du différend. Celles qui bénéficient de la décision de justice doivent pouvoir considérer le bénéfice acquis sans crainte de perdre à nouveau ce qu'elles ont obtenu<sup>680</sup>. Face à leur ancien adversaire, elles doivent pouvoir rester sereines et bénéficier d'une certaine *sécurité juridique*. Ce dernier concept peut d'ailleurs, en tant que valeur procédurale, être rapproché de la *sérénité*. La *sécurité* entraîne la *sérénité* de celui qui peut s'en prévaloir. Les deux notions agissent conjointement pour déterminer l'existence de l'*autorité de la chose jugée* comme principe du procès.

---

<sup>675</sup> MERLE R. Le secret et la procédure en droit français, *Mélanges Merle*, Cujas, Paris, 1993, p. 149.

<sup>676</sup> PERROT R. Le principe de la publicité dans la procédure civile, *Annales de la faculté de droit de Toulouse 1968*, t. 16, fasc 1, p. 271.

<sup>677</sup> Qui oserait encore prétendre que durant la période de plusieurs semaines des délibérés civils ou correctionnels, les magistrats, qui ont perdu l'habitude de la concertation, rendent au délibéré la fonction d'apaisement du litige et de réflexion nécessaire à la juste décision. On conçoit aisément qu'ils ne soient pas aidés par la complexité croissante du droit et occupent le plus clair de leur temps à la consultation des pièces du dossier et à la recherche juridique.

<sup>678</sup> Cet engagement est prévu dans le serment prononcé par les magistrats lors de leur installation à l'article 22 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958.

<sup>679</sup> PERROT R. Le principe de la publicité dans la procédure civile, *op. cit.*, p. 284.

<sup>680</sup> PRALUS M. A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : *non bis*, *APC 1996*, n°18, p. 37.



La *loyauté* est présente durant tout le procès. C'est l'une des valeurs les plus essentielles pour permettre un déroulement de la procédure exempt de vices. Elle est présente dans la recherche des preuves à travers le principe de *loyauté*, mais fonde aussi l'esprit de certains principes-technique. Elle est très proche d'une autre valeur : la *transparence*. Ensemble ces deux valeurs nourrissent la substance du principe de *publicité de la justice*<sup>681</sup> (des débats et du prononcé de la sentence). La tenue des débats en public évince, dans la mesure du possible, toute tentation de la part des parties de se comporter de façon déloyale vis-à-vis de l'adversaire. De tels agissements seraient susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la réputation des parties ou de leur conseil, à la crédibilité de leurs prétentions. Les magistrats assument la responsabilité de leur décision par le prononcé en public. Une telle pratique agit, dans une certaine mesure, sur leur attitude au moment du délibéré. Ceux-ci doivent agir loyalement vis-à-vis des justiciables. C'est encore la *loyauté* dans la conduite des débats qui provoque le principe du *contradictoire*. Selon un avocat, le *contradictoire* se développe « sur un terrain purement éthique, l'obligation de *loyauté* »<sup>682</sup>. Elle ne signifie pas que chaque partie doive tout dire, mais il s'agit plutôt de communiquer ce que l'on va dire, en avance, pour que la partie adverse puisse préparer sa réponse. La construction de sa défense ne doit pas s'effectuer dans l'opacité. Chaque partie doit connaître la stratégie et les arguments de l'autre. L'effet de surprise doit être banni des prétoires. C'est bien la *loyauté* qui permet au juge de rejeter des conclusions tardives, bien que précédant l'ordonnance de clôture, au nom du principe du *contradictoire*<sup>683</sup>. Ce principe est donc la garantie d'une justice « saine et loyale »<sup>684</sup>.

La protection de l'*intimité* intervient à de nombreuses reprises dans le procès. La recherche de la *vérité* rencontre avec l'*intimité* un obstacle important et difficile à surmonter. Le principe du droit à la *vie privée*, en témoigne. Par une réglementation souvent contraignante des perquisitions, constats d'huissiers dans le domicile personnel, contrôles d'identité, il vise à limiter toute incursion dans l'*intimité* de l'identité ou du foyer. Cette valeur se situe au cœur de l'opposition inévitable des intérêts inhérents à la conduite du procès civil ou pénal. Que le demandeur soit une personne privée ou publique, lorsque l'institution judiciaire prend part à un conflit, elle met en œuvre des mécanismes attentatoires à l'*intimité*. L'équilibre peut être rétabli si le droit à la *vie privée* est respecté dans une certaine mesure. La même valeur inspire le *secret de la mise en état*. Lorsque l'affaire est en cours, que le litige n'a pas été tranché, il arrive que l'institution judiciaire agisse concurremment ou sous les feux de la presse et du public. Le sort des personnes mises en cause subit de ce fait, de nombreux préjudices relatifs à leur *intimité*. Le *secret*, s'il est observé, vise à protéger les individus impliqués dans le procès.

L'*impartialité* peut être source de nombreux principes<sup>685</sup>. Parmi ceux-là, on trouve notamment celui de la *collégialité*. Même s'il subit, à l'heure actuelle, de si nombreuses atteintes que sa qualité de principe de droit positif est devenue douteuse<sup>686</sup>, l'idée persistante dans l'esprit des juristes et des justiciables consiste à penser que la qualité de la justice et

<sup>681</sup> VITU A. Le principe de la publicité dans la procédure pénale, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1968, t. 16, fasc 1, p. 293.

<sup>682</sup> BOCCARA B. La procédure dans le désordre, le désert du contradictoire, *JCP* 1981, I, 3004.

<sup>683</sup> CROZE H., MOREL CH. *Procédure civile*, PUF, Paris, 1988, n°307, p. 287.

<sup>684</sup> Selon l'expression du professeur PERROT cité par BOUDILLAT J.-J. note sous CA Montpellier 18 février 1997, *Dalloz* 1998, juris, p. 227.

<sup>685</sup> Certains préfèrent parler de *neutralité* du juge, ATIAS C. La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique, *Dalloz* 1997, chron, p. 44.

<sup>686</sup> Cf. *infra* n°256 et suiv. sur la flexibilité et la positivité d'un principe.

*l'impartialité* du tribunal dépendent du nombre de juges qui siègent<sup>687</sup>. Cette affirmation est corroborée par la constatation suivante : plus l'affaire est importante (selon le critère pécuniaire ou de la gravité des faits) ou encore, plus la place de la juridiction dans la hiérarchie est haute, plus les juges sont nombreux à statuer. Le nombre est gage *d'impartialité* et de compétence. Il sied aux affaires importantes ou jugées en dernier ressort. L'existence d'influences internes ou externes chez les magistrats est une réalité difficile à nier. La pluralité des juges, à condition qu'elle soit effective, permet d'atténuer l'effet de ces influences et favorise la rencontre des subjectivités de telle sorte que le résultat a plus de chances d'être équilibré. La *collégialité* est, d'un point de vue théorique, facteur *d'impartialité*. Cette valeur inspire encore le principe du *double degré de juridiction* qui « tend à faire réformer par la Cour d'appel un jugement rendu par une juridiction de premier degré »<sup>688</sup>. La règle peut être intégrée au sein de la notion de *tribunal indépendant et impartial*<sup>689</sup>. Le double examen de l'affaire est une « *garantie de bonne justice* ». La Cour d'appel est considérée comme « *un degré supérieur de confiance* » qui protège le justiciable contre l'éventuelle partialité du ou des premiers juges<sup>690</sup>.

L'*équité* - ce concept si proche de la valeur *justice* qu'il a pu être confondu avec elle - est actuellement avec l'intrusion du droit de la CESDH dans le droit processuel interne, l'idée phare qui inspire indirectement tout le procès. Le principe le plus marqué par l'équité est évidemment celui du droit au *procès équitable*. Aussi général qu'indéfini, il contient notamment les principes d'*indépendance*, d'*impartialité*, de *célérité*, de *publicité*<sup>691</sup>, certains *droits de la défense* et l'*égalité des armes*<sup>692</sup>. La Cour de cassation a même trouvé dans l'*équité*, le fondement du principe de l'*autorité de la chose jugée*. Dans un arrêt de 1986, elle fondait cette règle « *sur des considérations d'équité élémentaire* » de telle sorte qu'un condamné ne devait pas avoir à subir deux fois une sanction pénale pour un fait unique<sup>693</sup>. La doctrine range, plus généralement, parmi les principes dérivés de l'*équité* ou de la notion de *procès équitable*, tous ceux relatifs au « *droit à la preuve (...), l'existence de voies de recours* »<sup>694</sup>. C'est donc, au sein d'un vaste champ d'applications juridiques, que se développe la valeur d'*équité*.

<sup>687</sup> NERAC PH. Les garanties d'impartialité du juge répressif, *JCP 1978*, I, 2890.

<sup>688</sup> Selon la définition de GILLET J-L, le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée, *Gaz Pal 1996*, 2, doct, p. 996. Sur la controverse concernant la définition du double degré de juridiction, Cf. la revue *Justices 1996*, n°4, sur le thème du double degré de juridiction et notamment : HILLAIRE J. Un peu d'histoire, p. 9 ; LEMONDE M. L'appel en matière criminelle, p. 85 ; MOLFESSIS N. La protection constitutionnelle, p. 17. Appel et *double degré de juridiction* ne sont pas tout à fait semblables dans la mesure où, à titre exceptionnel, un recours au fond peut être formé devant le Tribunal de grande instance. C'est le cas des recours contre les décisions du juge des tutelles prévu notamment à l'article R 311-3 du Code de l'organisation judiciaire. Enfin, Cour d'appel et *double degré de juridiction* doivent être distingués en matière criminelle où la Cour d'assises demeure compétente pour statuer en appel (article 231 C.pr.pén. dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000).

<sup>689</sup> *Ibid*, p. 996.

<sup>690</sup> DURIEUX F. *Le double degré de juridiction appliqué à la peine*, thèse, Saint Etienne, 1991, p. 80 et suiv.

<sup>691</sup> Inscrits explicitement dans l'article 6§1 de la Convention.

<sup>692</sup> Que la CEDH considère comme des éléments de la notion de *procès équitable*. CEDH 30 octobre 1991 *Borgers c/ Belgique* (cour plénière), série A n°214-A. CALLEWAERT J. Au-delà des apparences... d'un revirement, *RTDH 1992*, p. 204 ; LAMBERT P. De la participation du ministère public au délibéré de la Cour de cassation... à l'erreur de menuiserie, *JT 1992*, p. 167.

<sup>693</sup> Cass. crim. 11 juin 1986, *pourvoi n°85-93.316*.

<sup>694</sup> WIEDERKEHR G. Droits de la défense et procédure civile, *Dalloz 1978*, chron, p. 36.

La *clémence*, aussi surprenant que cela puisse paraître, possède une certaine influence sur le cours des procédures. On fera remarquer qu'il paraît incompatible de solliciter l'*impartialité* ou la *neutralité* des juges et parallèlement de mettre en avant l'idée de *clémence*. On peut se demander quels seront les sujets qui en bénéficieront et surtout si cela ne risque pas de contredire ou évincer l'*égalité* procédurale<sup>695</sup>. Une telle question se pose particulièrement avec l'un des aspects les plus évidents de cette valeur en procédure pénale. L'une des applications spécifiques des *droits de la défense* est la règle selon laquelle le prévenu et son conseil doivent toujours avoir la parole en dernier<sup>696</sup>. La chambre criminelle décide qu'elle concerne toutes les procédures intéressant la défense et se terminant par un jugement ou un arrêt<sup>697</sup>. L'idée qui sous-tend cette règle indique que la personne poursuivie devrait bénéficier du dernier mot, de la dernière possibilité d'influencer ses juges. En attribuant ce droit, quelle que soit la position du condamné potentiel (accusé, prévenu, intimé ou appelant), il s'agit d'une faveur qui est accordée à une personne, en vue de peser sur la décision concernant la culpabilité et la peine. Celle-ci trouvera ainsi une dernière chance d'amener la juridiction à faire preuve de *clémence* envers sa personne. Un autre aspect de cette *clémence* procédurale est l'interdiction de la *reformatio in pejus*, l'une des modalités d'application du principe du *double degré de juridiction*. Cette règle est expressément prévue dans le Code de procédure pénale, mais ne s'applique pas uniquement au prévenu. En réalité, la *clémence*, s'adresse ici, plus généralement à la personne qui, seule, fait appel d'un jugement. L'article 515 al 2 du Code de procédure pénale dispose ainsi que « *la Cour ne peut, sur le seul appel du prévenu, du civilement responsable, de la partie civile, ou de l'assureur de l'une de ces personnes, aggraver le sort de l'appelant* »<sup>698</sup>. Cette interdiction a été étendue à la matière civile par la Cour de cassation qui affirme de son côté que « *les juges d'appel ne peuvent aggraver le sort de l'appelant sur son unique appel et en l'absence d'appel incident de l'intimé* »<sup>699</sup>. La règle, qui peut être perçue comme une simple conséquence de l'effet dévolutif de l'appel, n'en possède pas moins une proximité assez nette avec l'idée de *clémence*<sup>700</sup>. Certes, elle est susceptible d'être anéantie par un appel incident, mais il n'en reste pas moins que la règle existe et qu'elle possède des conséquences tout à fait concrètes. Si l'une des parties a seule fait appel d'une décision de première instance, la Cour ne pourra se montrer plus sévère que les premiers juges à son égard. Tout au plus, pourra-t-elle confirmer la sentence initiale<sup>701</sup>.

<sup>695</sup> Peut être l'essence même de la *Justice* est-elle la *clémence*. Pour un auteur, « *de même que l'égalité doit s'effacer devant l'équité pour réaliser l'œuvre de justice, de même, l'équité doit savoir, au besoin, s'ouvrir à la clémence* ». SCHAERER R. Droit, morale et axiologie, in, *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, librairie J. Vrin, Paris, 1973, p. 275. On trouve aussi des rapprochements entre *clémence* et *équité* dans la pensée classique grecque : chez les stoïciens, l'équité provient d'un sentiment intime qui commande *pondération* et *clémence*. MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon Assas, Paris, 1999, n°155.

<sup>696</sup> Cass. crim. 14 décembre 1989, *Bull. Crim.* 1989, n°482.

<sup>697</sup> Cass. crim., 8 juin 1983, *Bull. Crim.* 1983, n°175, *Dalloz* 1984, IR, p. 88. La règle est d'ailleurs intégrée dans le C. pr. pén à l'article 513 al 3 qui dispose que « *Le prévenu ou son avocat auront toujours la parole en dernier* ».

<sup>698</sup> PRADEL J. *procédure pénale*, 9<sup>ème</sup> éd., 1997, n°660.

<sup>699</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 11 janv 1995, *JCP* 1996, II, 22606, note du RUSQUEC E.

<sup>700</sup> Le Professeur FRISON-ROCHE estime qu'« *il s'agit là d'une pure faveur : faire la dernière impression, la plus favorable donc, sur les juges* ». FRISON-ROCHE M-A. Les droits de la défense en matière pénale, in, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 439.

<sup>701</sup> La *clémence* est encore présente dans le mécanisme du pourvoi en révision pénale. Qu'elle soit demandée en vertu des articles 622 et suivants du Code de procédure pénale (révision traditionnelle) ou en application des articles 626-1 et suivants (pourvoi dans l'intérêt des droits de l'homme), la révision

La *proximité* de la justice, est une valeur qui tend à se développer. On la retrouve dans le développement de deux principes récents. Celui de l'*unicité du juge* (ou principe du *juge unique*) et celui de la *conciliation*. Comme le soulignait un éminent processualiste il y a plus de vingt ans, « *le justiciable aspire à une justice plus personnalisée, il souhaite connaître son juge pour lui exposer ses misères et ses soucis* »<sup>702</sup>. Il est vrai que la juridiction collégiale ne joue pas forcément le rôle d'un interlocuteur privilégié apte au dialogue. On peut discuter avec un magistrat, mais avec trois, il s'agit plutôt d'exposer. La pluralité des juges crée une distance, pas toujours souhaitable, avec les justiciables. Dans les domaines où le dialogue est essentiel à l'oeuvre de *justice*, s'est développé le principe de l'*unicité*. Juge aux affaires familiales, juge des référés, juge au tribunal d'instance, juge d'instruction, juge des libertés et de la détention, juge des enfants, juge d'application des peines exercent tous leurs fonctions dans la solitude<sup>703</sup>. Cette position répond, entre autre, à la nécessaire *proximité* que ces magistrats doivent entretenir avec les justiciables. Sort des enfants pour le juge des enfants ou le juge aux affaires familiales ; sort des familles pour ce dernier ; exécution d'une peine dont les modalités sont adaptées au parcours de chaque condamné pour le juge d'application des peines ; sont autant de tâches qui sollicitent un rapprochement de la juridiction et de ses sujets<sup>704</sup>. La valeur de *proximité* est l'une des sources du développement des juges uniques dans les dernières décennies<sup>705</sup>. On la retrouve aussi dans le principe de *conciliation*<sup>706</sup>. Cette mission introduite, en tant que principe directeur, dans le nouveau Code de procédure civile était initialement considérée, plus comme un souhait que comme une réalité<sup>707</sup>. Les articles 127 à 131 du nouveau Code de procédure civile prévoient néanmoins que le juge peut prendre l'initiative, au moment jugé favorable, de consigner dans un procès verbal les points sur lesquels les parties sont arrivées à une entente, acte signé par le juge et les parties et valant titre exécutoire<sup>708</sup>. Cette résolution conventionnelle du litige tient autant du contrat que du procès<sup>709</sup>. Le consensualisme dépasse le simple cadre des relations entre les parties pour impliquer le juge. Celui-ci peut prendre l'initiative de la conciliation, il est partie prenante dans la conduite de la négociation et appose son cachet sur le résultat de cette discussion. Loin de sa fonction de trancher les litiges en tiers distant, le juge se rapproche au contraire des justiciables pour les conduire sur les voies de la raison transactionnelle. Le principe de

---

ne peut frapper qu'une décision de condamnation. Cet aspect du *droit au recours* est inspiré notamment par l'idée de *clémence*.

<sup>702</sup> PERROT R. Le juge unique en droit français, *RIDC* 1977, p. 659.

<sup>703</sup> VINCENT J., GUINCHARD S., MONTAGNIER G., VARINARS A. *Institutions judiciaires – Organisation – Juridictions – Gens de justice*, Dalloz, Paris, 5<sup>ème</sup> éd., 1999, n°87-29, p. 157.

<sup>704</sup> Les principes de *collégialité* et du *juge unique* observent un mouvement inverse. On peut considérer, à l'heure actuelle, que la *collégialité* est un « principe latent » en régression, alors que le *juge unique*, est un « principe latent » émergent. Sur la notion de « principe latent », Cf. *infra*, n°256 et suiv. et particulièrement n°258.

<sup>705</sup> Même si ce développement ne va pas sans poser certaines difficultés notamment en ce qui concerne les juridictions du fond en matière pénale dont la vocation est répressive et dont la *proximité* n'est pas la première des qualités requises. On objectera que le principe de *personnalisation des peines* exige une *proximité* entre le juge et le délinquant. Cette réserve démontre seulement que la *proximité* n'est pas l'unique fondement du développement du juge unique.

<sup>706</sup> L'article 21 nouv. C. pr. civ. prévoit : « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ».

<sup>707</sup> Le Professeur CORNU parle ainsi de « *rêve de justice* » ou d'« *ouverture de principe* ». Il s'agissait alors d'« *humaniser et de simplifier la justice* ». CORNU G. L'élaboration du nouveau Code de procédure civile » in, *La Codification*, Dalloz, Paris, 1996, p. 71 ; *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 1995, n°16, p. 241.

<sup>708</sup> HERON J. *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Paris, 1991, n°997.

<sup>709</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 1998, n°924, p. 398.

*conciliation* est l'une des applications de la valeur *proximité*, en droit processuel<sup>710</sup>. Cette valeur peut se trouver opposée à d'autres dans le cadre d'un procès. Il devient alors nécessaire de gérer un conflit de valeurs.

c) Les conflits de valeurs du droit processuel et les principes directeurs du procès judiciaire

**123.** Il existe une grande diversité de valeurs procédurales et ces dernières ne s'accordent pas systématiquement entre elles avec la plus grande harmonie. Certaines sont complémentaires ou corrélatives, d'autres sont contradictoires. Le procès est le lieu des conflits entre les individus, il est aussi celui des confrontations axiologiques. Par exemple, le principe de l'*autorité de la chose jugée* était inspiré tant par la valeur de *sécurité* que par celle d'*équité*. Il se peut cependant que ces valeurs entrent en contradiction. L'application du principe doit désormais s'opérer au regard d'un choix en faveur de l'une ou l'autre de ces valeurs. Ce fut le cas dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 mars 1995<sup>711</sup>. Lors d'un premier litige, des commerçants avaient été condamnés à exécuter un contrat qu'ils avaient passé avec une société pétrolière. Par la suite, les commerçants assignèrent une nouvelle fois la société sur le fondement de la nullité du contrat. La Cour suprême devait déclarer cette assignation irrecevable sur le fondement de la *chose jugée*. Quel que soit le bien fondé des arguments produits par les commerçants sur la nullité du contrat en question, il semblait bien inéquitable de leur refuser un nouvel examen de leur dossier. Pour autant, la *sécurité juridique* ordonnait que la première décision ne fut pas remise en cause. Les commerçants auraient dû soulever leurs arguments lors du premier procès. Henri MOTULSKY avait déjà relevé la contradiction : « *L'institution de l'autorité de la chose jugée, socialement indispensable pour éviter que les procès s'éternisent, n'en est pas moins entachée d'un vice congénital : elle fait triompher la valeur de sécurité juridique sur la justice* »<sup>712</sup>. En se référant directement à l'idée de *justice*, l'instigateur de la théorie des principes directeurs faisait certainement allusion à celle d'*équité*. Cet exemple met en avant aussi bien la possible opposition des valeurs que la complexité de la notion de *justice*. La *sécurité* n'est elle pas aussi porteuse de *justice* ? C'est ce qu'expliquait Jean Vincent. Pour cet auteur, le juriste « *s'efforce d'atteindre le juste en accordant, à un moment donné, la priorité d'une valeur par rapport à une autre. Aussi, bien loin d'être un automatisme, la justice demeure une conquête sans cesse remise en question, sans cesse renouvelée* »<sup>713</sup>.

De manière plus générale, on peut dégager certains facteurs qui favorisent cette opposition. Le premier relève de l'inévitable divergence des intérêts privés et publics. Dès qu'un différend est porté devant l'institution judiciaire, c'est l'Etat qui s'empare de la contestation, même si elle n'oppose que des intérêts purement privés. La tradition libérale semble commander une croissance progressive des prérogatives individuelles. Pourtant, il en est pour défendre la thèse selon laquelle l'Etat posséderait, à l'instar des individus, des droits fondamentaux<sup>714</sup>. L'idée n'est pas récente. Dès le début du siècle, certains auteurs

<sup>710</sup> A propos des développements du principe de *conciliation* en matières civile et pénale, Cf. *infra*, n°214 et suiv.

<sup>711</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 28 mars 1995, *Dalloz* 1996, juris, p. 121, note BENABENT A.

<sup>712</sup> Cité par BENABENT A. *ibid*, p. 122.

<sup>713</sup> VINCENT J. Droit, morale et axiologie, in, *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie J. Vrin, Paris, 1973, p. 263.

<sup>714</sup> POIRAT F. La doctrine des « droits fondamentaux » de l'Etat, *Droits* 1992, n°16, p. 83.

comparaient déjà l'Etat à un individu<sup>715</sup>. Il est vrai qu'il s'agissait d'une doctrine internationaliste et l'on peut imaginer que chaque Etat possède, vis-à-vis des autres, un droit à l'existence, à l'égalité, au respect de sa souveraineté. Qu'en est-il alors, des droits de l'Etat face aux personnes qui le composent ? L'Etat comporte des éléments constitutifs inaliénables qui font partie intégrante de sa définition et de son existence. S'il parvenait à en abandonner volontairement l'exercice ou la jouissance, cela le conduirait à se renier. Parmi les prérogatives inhérentes à sa fonction, l'exercice du pouvoir judiciaire, du droit de juger (trancher, punir...), semble être indissociable de la fonction étatique. On peut imaginer une justice privée. Elle a déjà existé et demeure présente dans certains systèmes juridiques. Il semble cependant improbable que l'exercice de la puissance publique puisse se passer de cette fonction. Les droits fondamentaux de l'Etat face aux individus relèvent donc d'un ensemble de valeurs visant à protéger l'exercice de la fonction juridictionnelle dans son fonctionnement (rôle du juge dans la conduite de la mise en état ou des débats, restriction des libertés individuelles avant jugement), mais aussi l'autorité de ses décisions (*chose jugée, indépendance* des magistrats vis-à-vis des justiciables). On peut relever un second facteur d'antagonisme. Il s'agit de la succession des valeurs dans le temps. Le Professeur GASSIN décrit la procédure pénale actuelle comme prise dans un conflit entre valeurs traditionnelles favorisant la recherche de la *vérité* (et la poursuite des délinquants) et les aspirations nouvelles en faveur des droits de l'homme<sup>716</sup>. Tout en établissant une « *contradiction fondamentale* »<sup>717</sup> entre tradition et modernité, l'auteur estime que la procédure pénale est contrainte d'opérer un choix. Le problème reste celui du critère qui permettrait d'effectuer ce choix. Le Professeur CORNU estime de son côté qu'en consacrant à l'article 16 du Code civil la *primauté de la personne*, le législateur a entendu établir une « *hiérarchie des valeurs* »<sup>718</sup>. Si le problème déborde largement le cadre procédural, il semble bien prendre la direction d'une protection accrue des droits individuels.

L'antagonisme n'est ni une fatalité, ni une situation généralisée et paralysante. Bien au contraire, on constate de nombreux rapprochements ou corrélations entre les valeurs qui dictent l'existence et le fonctionnement des principes directeurs. On peut avancer le lien étroit établi par la doctrine et la jurisprudence entre la valeur de *loyauté* qui gouverne la recherche des preuves et le *respect* ou la *dignité* de la personne humaine<sup>719</sup>. Il est vrai que quelles que soient les méthodes, anciennes comme les tortures, traitements inhumains et dégradants ou modernes, comme la pratique des narco-interrogatoires, il s'agit bien de protéger à la fois la *dignité* de la personne poursuivie et le caractère *loyal* du combat judiciaire qui oppose le ministère public au justiciable. Dans le même ordre d'idées, on peut évoquer la proximité des valeurs *d'égalité* et *d'équité*. Le bon sens indique que le respect de *l'égalité* des plaideurs ou *l'égal* accès de tous à la justice sont des considérations de pure *équité*. De même, le *respect de la personne humaine* et *l'intimité de la vie privée* agissent de concert, voire se confondent, lorsque la procédure permet une intrusion dans la vie personnelle ou protège l'individu contre cette intrusion. Dans ce dernier cas, on peut parler d'action conjointe. La relation est plus intéressante concernant les valeurs *d'impartialité* et *d'indépendance*. La dernière favorise en fait l'émancipation de la première. Il est évident que *l'impartialité*, valeur personnelle qui touche la conviction du juge dans sa subjectivité, passe par le respect de son *indépendance*, valeur institutionnelle susceptible d'être objectivement

<sup>715</sup> PRADIER-FODERE cité par POIRA F. *ibid*, p. 85.

<sup>716</sup> GASSIN R. *in, La procédure pénale, bilan des réformes depuis 1993*, Dalloz, Paris, 1995, p. 105.

<sup>717</sup> *Ibid*, p. 131.

<sup>718</sup> Cité par HARICHAUX M. *La protection des libertés et droits corporels*, Montchrestien, Paris, 1995, p. 23.

<sup>719</sup> BOUZAT P. La loyauté dans la recherche des preuves, *Mélanges Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 155.

protégée. Toutes ces relations ont d'importantes influences sur la variété des interactions entre les principes directeurs eux-mêmes<sup>720</sup>.

Les valeurs sociales s'imposent comme des sources essentielles qui déterminent le contenu des principes directeurs. Cette dimension morale du droit processuel ne doit pourtant pas monopoliser l'attention. Comme le suggérait Paul ROUBIER, il faut s'empêcher de « *vouloir trop rapprocher l'ordre juridique et l'ordre moral* »<sup>721</sup>. Celui-ci regrettait que l'« *on place au premier rang des valeurs sociales la justice, mais on devient indifférent au progrès et à l'utilité sociale* »<sup>722</sup>. Pour éviter ce travers, il faut considérer également les origines axiologiques et utilitaristes des principes directeurs.

## § 2 : La dimension utilitariste des principes directeurs du procès judiciaire

124. L'intérêt de la philosophie utilitariste au regard de notre sujet est de montrer que tous les principes directeurs n'ont pas pour origine une valeur. Certains n'existent, au sein du système des principes, que par ce qu'ils sont utiles au procès. Leur raison d'être réside dans cette utilité. BENTHAM réagissait ainsi au courant moraliste axiologique en invoquant que la justice n'était qu'une notion vague et ambiguë<sup>723</sup>. Le philosophe va adopter une raison d'action qu'il dénomme « *principe d'utilité* » consistant dans la recherche du plus grand bonheur pour le plus grand nombre. Il ne s'agit pas ici de juger du bien fondé de cette position, ni de la comparer avec la pensée axiologique. Bien au contraire, les deux écoles se complètent et mettent en évidence le pluralisme des sources matérielles des principes directeurs. La justice procédurale en est un des fondements, mais l'utilitarisme en est un autre, non moins négligeable. On trouve ainsi, dans l'une des recommandations du Conseil de l'Europe sur les principes de procédure civile, des considérations relevant de la dimension utilitaire de la procédure. Le comité des ministres s'exprime ainsi : « *Considérant que, tout en préservant les garanties pour les justiciables, contenues dans les règles traditionnelles de la procédure, et la qualité de la justice requise dans une société démocratique, il conviendrait que la procédure civile devienne plus simple, plus souple et plus brève* »<sup>724</sup>. Dans cet exposé des motifs, on trouve plusieurs idées qui peuvent être rapprochées de l'utilitarisme. Tout d'abord, la notion de *qualité de la procédure*, qui ne contient pas, intrinsèquement de connotation morale ; ensuite, la *simplicité*, la *souplesse*, et la *rapidité* de la procédure, sont aussi des souhaits dont l'origine réside simplement dans l'amélioration du fonctionnement de l'institution judiciaire sans que n'intervienne une quelconque valeur. Plus précisément, la recommandation évoque un *principe d'efficacité*. Sans préjuger de la nature normative de l'efficacité procédurale<sup>725</sup>, on peut noter le contenu qui lui est donné par le Comité des ministres : « *Les moyens techniques les plus modernes devraient être mis à la disposition des autorités judiciaires afin de leur permettre de rendre la justice dans les meilleures conditions d'efficacité, notamment en leur facilitant l'accès aux différentes*

<sup>720</sup> Cf. *infra* n°323 et suiv. sur les modalités relationnelles entre principes directeurs

<sup>721</sup> ROUBIER P. L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, p. 9.

<sup>722</sup> *Ibid*, p. 27.

<sup>723</sup> Cité par GRIFFIN-COLLART E. *L'égalité : égalité et Justice dans l'utilitarisme*, Vol 2, Bruxelles, 1974, p. 21.

<sup>724</sup> *Recommandation n°R(84)5 du 28 février 1984 sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice*, Publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1984, p. 5.

<sup>725</sup> CANIVET G. Du principe d'efficience en droit judiciaire privé, *Mélanges Drac*, Dalloz, Paris, 2000, p. 243.

*sources du droit et en accélérant l'administration de la justice* ». S'il s'agit plus ici, d'une déclaration d'intention que d'un principe juridique, il semble que les idées d'*efficacité*, de *facilité d'accès*, ou de *rapidité* sont des formes d'expression de la pensée utilitariste en procédure.

On peut regrouper un certain nombre de finalités utilitaires qui inspirent les principes directeurs. Dans un premier temps, les principes visent à améliorer la qualité dans le fonctionnement de la justice (A). Dans un second temps, les principes tentent de promouvoir l'efficacité du rôle joué par cette institution (B).

#### A) La qualité du procès

**125.** Si l'on souhaite que le procès joue pleinement son rôle, il est nécessaire que les règles qui en gouvernent le fonctionnement l'aident à remplir au mieux sa mission. Dire le droit, trancher les litiges<sup>726</sup>, n'est pas une affaire simple pour ceux qui en sont chargés. Le respect de la procédure rend plus facile cette tâche, à condition que les règles soient conformes au rôle qui est attribué à l'institution judiciaire. A l'évidence, les prémices d'une justice de qualité passent par la recherche de la *vérité* (a). Encore faudra-t-il que le fonctionnement global du procès ne présente pas de vices qui puissent entacher le déroulement des différentes phases de l'instance. Les principes sont alors utilisés pour garantir une bonne administration de la justice (b).

##### a) La recherche de la vérité

**126.** La complexité des formes, la multiplication des actes, font parfois oublier aux plaideurs ou aux juristes que la condition essentielle d'une décision juste sur le fond, doit se fonder sur des faits les plus proches de la *vérité*. Ce constat évident est pourtant rappelé par de nombreux et éminents auteurs. Faustin HELIE écrivait que « *Les formes de la procédure sont destinées, comme des phares, à éclairer la marche de l'action judiciaire (...) Elles doivent être assez puissantes pour faire sortir la vérité du sein des faits* »<sup>727</sup>. Un autre auteur ajoute que si la *vérité* est l'objet essentiel de la recherche du juge, c'est que « *l'attribution des droits et devoirs des parties en cause (...) découle de l'établissement de la vérité* »<sup>728</sup>. La doctrine pénaliste abonde encore dans ce sens, soulignant que cette finalité dépend particulièrement de l'« *éthique du juge pénal* »<sup>729</sup> ; que sur elle repose le fondement rationnel de la faute et de la responsabilité pénale<sup>730</sup>. C'est enfin l'auteur d'un rapport sur la réforme du Code de procédure pénale, qui souligne que la quête de la *vérité* est un objectif obsessionnel aux yeux des français<sup>731</sup>. Encore faut-il s'entendre sur ce que l'on appelle *vérité*. Le Professeur HEBRAUD montre toute l'ambiguïté des relations qu'entretiennent procédure

<sup>726</sup> D'AMBRA D. *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le Droit et trancher les litiges*, LGDJ, Paris, 1994.

<sup>727</sup> HELIE F *Traité de l'instruction criminelle*, éd. de Nypels, Bruxelles, 1863, t 1, n°4, p. 2. Cité par BEKAERT H. *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1972, p. 11.

<sup>728</sup> COTTA S. Le problème de la vérité du jugement, *APD 1994*, t 39, p.219.

<sup>729</sup> DELMAS-MARTY M. La preuve pénale, *Droits 1996*, n°23, p. 53.

<sup>730</sup> MONTANARI B. La faute et l'accusation : réflexions sur la vérité dans le procès, *RIDP 1997*, p. 43.

<sup>731</sup> RASSAT M.L. La réforme de la procédure pénale en France, le « rapport Rassat », *RICPT 1997*, p. 259.



et *vérité* à l'aide d'un exemple : celui de l'*autorité de la chose jugée*<sup>732</sup>. La procédure est à la recherche de la *vérité* la plus absolue pour que la solution soit juste et puisse jouer entièrement son rôle juridique à travers l'*autorité de la chose jugée*. Cependant, la décision qui détient cette puissance ne repose que sur une présomption de vérité tant il est impossible d'atteindre avec une totale certitude la *vérité* absolue. C'est bien là la contradiction entre les principes qui visent la promotion de la *vérité* matérielle et ceux qui aboutissent à la déformation de cette *vérité* matérielle en *vérité* judiciaire.

**127. Principes directeurs et promotion de la vérité matérielle.** La *vérité matérielle* est celle qui réside dans les faits de l'espèce tels qu'ils ont effectivement eu lieu. Rechercher ou promouvoir cette *vérité* dans le procès, c'est tenter d'atteindre l'adéquation entre un état de fait et son énoncé dans une proposition judiciaire. Atteindre la *vérité matérielle* est conçu comme une « *perfection du savoir* » ; elle constitue la « *finalité d'un projet spéculatif* »<sup>733</sup>. Au sein du procès, on doit prendre en compte un autre élément plus normatif que factuel. Celui de la règle applicable et donc de la qualification. Chaque fait peut parvenir dans sa matérialité la plus brute devant les magistrats ; il ne reflétera la *vérité* que s'il est correctement qualifié. Cette *vérité* déjà juridique relève encore de la réalité matérielle, comme préconstituée avant le procès<sup>734</sup>.

**128. Principe de coopération et vérité.** A l'évidence, le principe le plus apte à accéder à ce but est le principe de *coopération*. Celui-ci possède à la fois cette dimension contractuelle du procès qui consiste dans la participation de chaque partie à la progression du litige et dans la participation du juge dans la recherche des faits et de la règle de droit applicable.

Malgré l'existence d'un droit au silence ou d'un droit à l'absence, si l'une des parties refuse de participer à la constitution de la matière litigieuse par l'apport de faits dans le procès, son renoncement risque d'être sanctionné. Les juges n'entendront qu'une seule version des faits. Cela devrait avoir pour conséquence logique de défavoriser celui qui choisit d'éviter le combat judiciaire. D'autre part, celui qui refuse de contribuer à la manifestation de la *vérité* s'expose aux amendes civiles de l'article 10 du Code civil<sup>735</sup>. Cette sanction n'est pas spécialement destinée aux parties mais rien ne permet de dire (sauf à respecter le silence de la personne poursuivie en matière pénale), qu'elles n'y sont pas soumises. La *coopération* est donc avant tout le droit pour chaque partie « *de produire tous documents qui lui paraissent utiles à la manifestation de la vérité* »<sup>736</sup>. Ce principe ne va pas sans le droit pour les autres parties de prendre connaissance de ces documents et de formuler des observations à leur propos. C'est l'expression du principe *du contradictoire* qui peut, d'un certain point de

---

<sup>732</sup> HEBRAUD P. La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1978, p. 379.

<sup>733</sup> LAMBERT R. Vérité et Justice, in, *L'amour des lois*, Presses universitaires de Laval, l'Harmattan, Paris, 1996, p. 441.

<sup>734</sup> Les faits qui ont donné naissance au litige peuvent être juridiquement qualifiés dans l'absolu et en dehors de toute procédure. Toutefois, il est possible que la qualification juridique soit litigieuse. Dès lors, parler de vérité matérielle comme objective à ce sujet, peut paraître contestable. Il faut admettre que la question de la qualification peut relever tout autant de la vérité judiciaire que de la vérité matérielle.

<sup>735</sup> Article 10 C. civ. : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. / Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a légalement été requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin, à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice des dommages et intérêts* ».

<sup>736</sup> Ainsi en est-il pour le ministère public comme l'a décidé la Cour de cassation. Cass. crim., 30 octobre 1996, *Procédures* 1997, n°3, commentaire n°65, p. 15, note BUISSON J.

vue, s'analyser en une *coopération* vers la manifestation de la *vérité*. Les parties sont les mieux placées pour révéler leur *vérité*. De la confrontation de chacune d'entre elles, se dessine aux yeux du juge, la *vérité matérielle*. Cette présentation est partielle. Elle néglige l'aspect conflictuel du procès qui conduit les adversaires à cacher certains éléments. C'est alors au juge de rechercher les faits qui n'apparaissent pas immédiatement dans le débat. Le principe de *coopération* produit encore son effet en conférant des prérogatives au juge pour la promotion de la *vérité matérielle*. Celui-ci peut se fonder sur des faits qui ne sont « *pas dans le débat* » ou que les parties « *n'ont pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention* »<sup>737</sup>. Il a le pouvoir « *d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* »<sup>738</sup>. Il peut enjoindre à une partie de produire un élément de preuve qu'elle détient<sup>739</sup>. En matière pénale le rôle du juge est encore plus grand. Il n'est pas interdit aux parties d'apporter leurs propres éléments mais l'institution du juge d'instruction fait de cet acteur le principal artisan de la *vérité*. Son rôle est d'instruire « *à charge et à décharge* »<sup>740</sup> et toutes les parties à la procédure doivent bénéficier de son travail<sup>741</sup>. Le Code prévoit qu'il « *procède, conformément à la loi, à tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* »<sup>742</sup>. Ces mêmes prérogatives appartiennent expressément, en matière criminelle, au président de la Cour d'assises en vertu de son pouvoir discrétionnaire<sup>743</sup>. Les parties coopèrent à cette instruction de façon plus discrète en demandant au juge l'exécution de certains « *actes* » ou « *mesures utiles* »<sup>744</sup>.

Le principe de *coopération* correspond aussi au pouvoir de rectifier la *vérité* lorsqu'elle a été présentée, volontairement ou non, sous un aspect déformé. Il s'agit du pouvoir de requalification du juge. En matière répressive, le juge est saisi *in rem*<sup>745</sup>, c'est à dire en fonction de faits déterminés. S'il ne peut étendre sa saisine à d'autres faits, il a le pouvoir et le devoir de qualifier exactement ces faits, au besoin de les requalifier<sup>746</sup>. La question se pose, notamment lorsque le ministère public ou l'une des juridictions a procédé à une « *correctionnalisation judiciaire* ». La pratique consiste à omettre certains éléments de faits dans la qualification pénale de sorte qu'un crime devienne un délit. Par exemple, un viol<sup>747</sup>

<sup>737</sup> Article 7 nouv. C. pr. Civ.

<sup>738</sup> Article 10 nouv. C. pr. Civ.

<sup>739</sup> Article 11 nouv. C. pr. Civ.

<sup>740</sup> Rôle consacré par l'article 2 de la loi du 15 juin 2000 dans l'article 81 C.pr.pén.

<sup>741</sup> CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON. P. *Procédure pénale*, Armand Colin, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 2000, n°69, p. 41.

<sup>742</sup> Article 81 C. pr. Pen.

<sup>743</sup> Article 310 C. pr. Pen. Ce pouvoir discrétionnaire permet aussi au juge de refuser d'effectuer certains actes. Ainsi, la chambre criminelle a-t-elle confirmé la décision d'un président de Cour d'assises dans son refus de poser une question à un témoin, gendarme de son état, portant sur les relations personnelles qu'il avait entretenues avec le juge d'instruction ayant connu de l'affaire. La Cour de cassation a jugé que la question n'était pas en relation directe avec les faits de la cause et ne tendait pas à la manifestation de la vérité. Cass. crim., 14 mai 1996, *Daloz 1997*, Som com., p. 143, note PRADEL J.

<sup>744</sup> Article 81 al 8 C. pr. Pen.

<sup>745</sup> Les juridictions de jugement sont aussi saisies *in personam*.

<sup>746</sup> COMBALDIEU R. Le juge et la vérité, *Annales de la faculté de droit de Toulouse 1978*, p. 315. La CEDH reconnaît la conformité du pouvoir de requalification du juge au regard de la Convention. En revanche, les parties doivent avoir la possibilité de se défendre sur la nouvelle qualification adoptée par le juge. CEDH 25 mars 1999 *P... et S... c/ France*, *Daloz 2000*, juris., p. 357, note ROETS D.

<sup>747</sup> Qualification criminelle au sens de l'article 222-23 C. Pen

peut se transformer en agression sexuelle simple<sup>748</sup> ; ou un vol avec arme<sup>749</sup>, se muer en un vol simple<sup>750</sup>. Cette pratique peut être suivie tout au long de la procédure avec notamment l'accord tacite des parties. Elle reflète pourtant un éloignement notable de la *vérité* des faits. Aussi le juge peut à tout moment requalifier exactement les faits poursuivis et en tirer les conséquences. Le tribunal correctionnel pourra, le cas échéant, se déclarer incompétent s'il décide de requalifier un délit en crime. La Cour de cassation condamne cette pratique lorsque les motifs de la décision contredisent la qualification retenue<sup>751</sup>. C'est le rétablissement de la *vérité* à travers la qualification conforme aux faits. En procédure civile, cette possibilité n'a pas toujours été offerte au juge. Dans le Code de 1806, le juge était lié par les conclusions des parties et ne pouvait modifier la qualification juridique attribuée aux faits pas les plaideurs. Il était contraint de rejeter la prétention mal fondée d'une partie car non conforme à la *vérité*, mais sans pouvoir rectifier l'erreur<sup>752</sup>. Le nouveau Code a radicalement changé la fonction du juge. Aux termes de l'article 12, il doit « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »<sup>753</sup>. La rectification de la *vérité* est encore possible avec le principe du *droit au recours*. Lorsque la décision de justice, pourvue de *l'autorité de la chose jugée*, se trouve confrontée à des faits révélés postérieurement et qui en démontrent le mal fondé, s'ouvre alors, la voie, vers un nouveau procès. C'est la demande en révision prévue à l'article 622 du Code de procédure pénale. Cette révision peut être demandée lorsque de nouvelles pièces tendent à introduire le doute sur la culpabilité de la personne condamnée pour homicide ou pour tous les autres crimes et délits, si les fondements de la condamnation se trouvent en contradiction avec une autre décision de justice ; si l'un des témoins de l'accusation est par la suite condamné pour faux témoignage ou si une autre décision de justice révèle un fait nouveau introduisant un doute sur la culpabilité. L'existence du *droit au recours* en révision est donc conditionnée par le constat qu'une décision de justice n'est pas conforme à la *vérité*. Ce recours n'est traditionnellement admis qu'en faveur de la personne poursuivie. Pourtant, certains arrêts de cassation ont fait droit à l'ouverture de nouvelles poursuites sous la qualification d'homicide volontaire alors même qu'une condamnation avait été au préalable prononcée pour homicide involontaire et pour les mêmes faits à l'encontre de la personne poursuivie. Cette admission exceptionnelle du nouveau procès a été justifiée par l'apparition de faits nouveaux, révélés postérieurement au premier procès et tendant à démontrer que le décès de la victime était la conséquence d'une acte intentionnel<sup>754</sup>. Quel que soit le bien fondé de ces décisions et leur conformité à *l'autorité de la chose jugée*, il semble bien que ce

---

<sup>748</sup> Qualification correctionnelle au sens de l'article 222-27 C. Pen.

<sup>749</sup> Qualification criminelle au sens de l'article 311-8 C. Pen.

<sup>750</sup> Qualification correctionnelle au sens de l'article 311-3. C. Pen.

<sup>751</sup> Cass. crim., 9 novembre 1955, *JCP* 1956, II, 9249, note GRANIER J. Le Professeur PRADEL fait d'ailleurs remarquer que le procédé est illégal dans la mesure où le principe de *légalité* indique que seul législateur et pouvoir réglementaire peuvent définir les faits relatifs aux incriminations. PRADEL J. *Procédure pénale*, 9<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1997, n°92.

<sup>752</sup> CARATINI M. Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile, *Gaz Pal* 1981, 2, chron, p. 405.

<sup>753</sup> L'exception est mentionnée dans le deuxième alinéa et concerne les droits dont les parties ont la libre disposition. Celles-ci peuvent alors contractuellement, lier le juge par leur qualification.

<sup>754</sup> Cass. crim. 25 mars 1954, *JCP* 1954, II, 8272, note VERDIER J.M. ; Cass. crim. 19 mai 1983, *Dalloz* 1984, juris p. 51, note CHAPAR F. ; *JCP* 1985, II, 20385, note JEANDIDIER W. Les juges de cassation justifient une telle solution par le fait que les poursuites successives portent sur des infractions distinctes tant « dans leurs éléments de fait que dans leurs éléments de droit ». Sur ces arrêts et leur conséquence sur le principe de *l'autorité de la chose jugée*, Cf. MAYAUD Y. Chronique de justice pénale, *Justices* 1995, n°1, p. 262.

soit le principe du *droit au recours* qui soit à l'origine de ce rapprochement entre la *vérité* et la décision de justice.

**129. Principe de la liberté de la preuve et vérité.** La coopération consentie ou forcée des parties et du juge conduit inévitablement à se rapprocher de la réalité matérielle. Encore faut-il donner à ces acteurs les moyens d'apporter les preuves de leurs allégations. En la matière, le principe qui permet l'émancipation la plus complète de la *vérité* dans le procès est, sans conteste, celui de la *liberté de la preuve*. Etabli par l'article 427 du Code de procédure pénale<sup>755</sup>, le principe trouve aussi de très nombreux développements en matière civile<sup>756</sup>. Il s'agit, dans un certain respect des formes, d'admettre dans les débats tous les modes de preuves qui ne portent pas atteinte à la *loyauté*. « *L'intérêt supérieur de la vérité impose le principe* » affirme-t-on<sup>757</sup>. Il semble évident en effet, que réduire ou réglementer strictement les moyens de preuves, diminue automatiquement les chances d'accéder à la *vérité matérielle*. Toutefois, l'utilisation d'un stratagème pour obtenir la preuve peut modifier radicalement cette *vérité*. C'est ici qu'entre en jeu un autre principe qui tend à promouvoir la *vérité* : celui de la *loyauté*. L'exemple peut être tiré des provocations policières. Cette technique permet aux policiers de participer à la commission d'une infraction pour confondre de véritables délinquants. La Cour de cassation admet que cette participation à l'infraction puisse constituer un mode de preuve sauf si les agents de la force publique ont, eux mêmes, conduit les personnes surveillées puis poursuivies à commettre l'infraction. Le 27 février 1996, la Cour de cassation confirmait la nullité d'actes de procédures en constatant que « *les fonctionnaires de police ont prêté, de manière active, assistance à une provocation, organisée par le plaignant, ayant pour objet non pas de constater le délit sur le point de se commettre, mais d'inciter un délinquant en puissance* »<sup>758</sup>. La *loyauté* ouvre donc la voie de la provocation à la preuve ; mais non de la provocation à l'infraction qui transforme l'auteur potentiel d'une infraction en délinquant accompli. C'est bien la modification de la réalité que condamne ce principe.

**130. Principe de célérité et vérité.** Ce tour d'horizon rapide des principes directeurs qui assurent la promotion de la *vérité* dans le procès peut s'achever avec le principe de *célérité*<sup>759</sup> qui assure à sa manière la promotion de la *vérité* dans le procès. S'il est vrai que toute recherche expéditive ne favorise pas automatiquement l'émanation de l'ensemble des éléments de fait<sup>760</sup>, il reste que la disparition progressive des preuves, notamment en matière pénale, nécessite que les premières investigations soient conduites dans les instants ou dans

<sup>755</sup> « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve* ».

<sup>756</sup> Il en va ainsi de la preuve des délits et quasi-délits, de tous les faits, dont le requérant pourra au moins fournir un commencement de preuve par écrit ou encore, de tout ce qui ne relève pas de la preuve des obligations et de celle du paiement. La *liberté* est aussi de principe en droit commercial.

<sup>757</sup> MERLE R. VITU A. *Traité de droit criminel*, t 2, 4<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1989, n°128, p.161.

<sup>758</sup> Cass. crim. 27 février 1996, *Dalloz* 1996, juris, p. 346, note GUERY CH.

<sup>759</sup> Que le Professeur PRADEL définit comme « *le principe directeur visant à donner au processus pénal un rythme aussi rapide que possible sans porter atteinte aux fondements de l'ordre juridique comme la présomption d'innocence ou les droits de la défense* ». PRADEL J. La rapidité de l'instance pénale, aspects de droit comparé, *RPDP* 1995, p. 213.

<sup>760</sup> La *vérité* n'apparaît, en procédure pénale, que progressivement, tout au long de l'enquête et de l'instruction. Le Code parle ainsi d'*indices faisant présumer* que les personnes gardées à vue, *ont commis ou tenté de commettre une infraction* (article 63 al 3 C. pr. pén) ; ou encore d'*indices graves et concordants* (articles 80-1 et 105 C. pr. pén) ; de *charges constitutives d'infractions* (article 176 C. pr. pén). L'éventail des termes employés semble indiquer que la *vérité* peut apparaître par paliers au cours de la mise en état et non immédiatement à la suite de l'infraction. GUERY CH. Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire, *JCP* 1998, I, 140, p. 1031.

les jours qui suivent la commission de l'infraction pour prévenir la disparition naturelle ou provoquée des indices. La *célérité* de la procédure permet d'éviter que la *vérité* soit effacée, voire déformée. Pourtant, il apparaît que certains principes contribuent à la déformation de la *vérité matérielle*.

**131. Principes directeurs et déformation de la vérité matérielle : l'émergence de la vérité judiciaire.** La *vérité* matérielle absolue existe mais elle représente aussi un leurre tant il est impossible de l'atteindre. Lorsque les faits qui donnent naissance à l'action parviennent sur le devant de la scène juridique, ils sont déjà pour certains, historiques comme s'étant produits antérieurement au procès ; pour les autres, transcrits partiellement devant le juge et souvent déformés par les parties ou les experts. Toute réalité est sujette à interprétation ; c'est là une constatation très ordinaire. Les principes de procédure transforment eux aussi cette réalité matérielle pour en faire une *vérité relative* ou *judiciaire*. On a pu souligner « *l'indépassable imperfection du jugement humain sous l'aspect de sa conformité avec la vérité* » et la différence inéluctable entre *verdict* et *vérité*<sup>761</sup>. Il s'agit en effet plus globalement, de la *vérité humaine* dont la valeur n'est que relative, partielle, dépendante du moment où elle est découverte, des personnes qui l'accréditent<sup>762</sup>. On doit alors se résigner à rechercher une « *vérité dynamique, relative, en perpétuel devenir, (...) qui n'est pas quelque chose de donné, mais au contraire, qui se construit et s'élabore progressivement* »<sup>763</sup>. La *vérité procédurale* s'élabore en effet progressivement dans le respect des règles qui peuvent déformer la réalité mais prennent aussi en compte la *qualité de la justice*. Les principes contribuent à cette déformation en faisant supposer une vérité, parfois même en entravant la recherche de la vérité. La vérité matérielle bute enfin sur la nécessité d'emporter la conviction du juge.

**132. Déformation ou supposition de la vérité : les présomptions.** Ces « *conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* »<sup>764</sup> sont effectivement des extrapolations juridiques à propos d'une *vérité* que l'on ne connaît pas. Elles relèvent d'une déformation de la *vérité matérielle* et paradoxalement se justifient par la proximité qu'elles entretiennent avec cette *vérité*. Chacune de ces présomptions ne constitue pas forcément un principe directeur. Tel est le cas de la présomption de proxénétisme prévue à l'article 225-6 du Code pénal pour les personnes qui ne peuvent « *justifier de ressources correspondant à leur train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou étant en relation habituelle avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution* ». A l'inverse, la *présomption d'innocence* qui accompagne toutes les personnes poursuivies jusqu'à la décision définitive constitue bien un principe directeur. De même, l'*autorité de la chose jugée*, que le Code civil range parmi les présomptions<sup>765</sup>, est un principe de procédure. D'autres présomptions présentent une nature plus ambiguë, entre principe et simple règle technique. Tel est le cas de l'article 2279 C. civ. disposant qu'« *en fait de meuble, possession vaut titre* »<sup>766</sup>. Dans leur définition, les présomptions ne créent pas obligatoirement une déformation de la *vérité*. Il s'agit plutôt d'une supposition de ce que la *vérité* pourrait être. La

<sup>761</sup> COTTA S. Le problème de la vérité du jugement, *APD 1994*, t 39, p.219.

<sup>762</sup> LOUIS-LUCAS P. Vérité matérielle et vérité juridique, *Mélanges Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 405.

<sup>763</sup> WALD A. Rapport général, *in*, La vérité et le droit, *Travaux de l'association Capitant 1987*, t 38, p. 529.

<sup>764</sup> Article 1349 C. civ.

<sup>765</sup> L'article 1351 est l'une des dispositions du paragraphe intitulé : « *des présomptions établies par la loi* », dans le Code civil.

<sup>766</sup> Cf. pour répondre à cette question, l'ensemble des critères identifiant les principes directeurs *infra* n°275.

question qui se pose alors, est celle de savoir pourquoi l'on choisit une conjecture plutôt qu'une autre à propos d'un fait que l'on ne connaît pas. Pourquoi présumer qu'une personne est innocente alors que le but de la procédure est justement de déterminer si elle l'est ou si elle ne l'est pas ? La présomption n'est en fait qu'un point de départ, qui va permettre de progresser vers une confirmation ou une infirmation au fur et à mesure de l'avancement du procès. Ce point de départ est choisi en fonction de sa proximité avec la *vérité*<sup>767</sup>. Puisqu'il est plus fréquent qu'une personne soit innocente plutôt que délinquante, il sera plus probable que la personne poursuivie dans le procès pénal soit aussi innocente<sup>768</sup>. En cela, la présomption n'est qu'une règle de preuve susceptible d'être contredite. Le droit pénal connaît ainsi un certain nombre de présomptions de culpabilité justifiées par leur plus grande parenté avec la réalité<sup>769</sup>. C'est bien le cas dans la présomption de proxénétisme. Une personne vivant habituellement avec une prostituée et ne pouvant justifier de ressources correspondant à son niveau de vie utilise, très vraisemblablement, les ressources de sa compagne et remplit alors les conditions de l'incrimination de proxénétisme. La CEDH admet globalement ce renversement de la charge de la preuve pénale si elle respecte un certain nombre de critères. Il doit être raisonnable, c'est à dire proportionné à l'enjeu de la poursuite et doit laisser à la défense, la possibilité de rapporter la preuve de son innocence<sup>770</sup>. Si l'on y regarde de près, il semble donc que les principes prévoyant des présomptions jouent un double rôle. D'une part, ils limitent l'accès à la *vérité matérielle* en dispensant le juge de rechercher cette *vérité* ; d'autre part, ils donnent à celui-ci le moyen juridique de s'approcher le plus possible de cette *vérité*. La recherche de la qualité ne signifie pas pour autant que l'efficacité soit systématiquement sacrifiée. Les présomptions sont des instruments qui permettent « *une justice plus rapide et plus effective* »<sup>771</sup>.

**133. Déformation ou entrave à la manifestation de la vérité.** Le droit processuel n'érige pas la recherche de la *vérité* en nécessité suprême et absolue du procès. Cette recherche doit respecter un certain nombre de contraintes dont certaines sont exprimées par des principes. Le premier d'entre eux, peut être le plus contraignant, est celui des *preuves légales*. Ce principe veut que seules soient admissibles les preuves prévues par la loi dans l'ordre hiérarchique qu'elle détermine. La procédure civile connaît partiellement ce système et la procédure pénale exceptionnellement. Le corollaire en est que le juge est tenu par la preuve légalement produite par l'une des parties. Le droit contractuel est dominé par ce principe qui se décline, dans le Code civil aux articles 1315 et suivants. Ces *preuves légales*, constituent une entrave à la recherche de la *vérité* dans la mesure où elles limitent l'éventail des instruments susceptibles d'approcher la matérialité des faits. La preuve d'une obligation

<sup>767</sup> L'explication traditionnelle de l'existence des présomptions provient de l'idée de probabilité. L'expérience montre que le fait connu entraîne la plupart du temps le fait présumé. Cette apparence est exprimée par une locution latine : le *plerumque fit*. Sur ce point, Cf. notamment MALAURIE PH. *Droit civil, introduction générale*, t. 1, 2<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1994, n°330, p. 124.

<sup>768</sup> Pierre LOUIS-LUCAS parle ainsi de « *vraisemblance* » pour évoquer ces règles qui permettent de « *franchir sans imprudence la frontière théorique qui sépare la probabilité de la certitude* ». LOUIS-LUCAS P. *Vérité matérielle et vérité juridique*, *op. cit.* p. 587. Cet auteur opère le même constat à propos de la présomption de propriété de celui qui possède un bien meuble : « *le plus fréquemment, c'est le véritable propriétaire qui se trouve bénéficiaire des deux principes (présomption de propriété et prescription acquisitive) et quand ce n'est pas lui, il possède de larges moyens d'empêcher qu'ils jouent indûment contre lui* ». *op. cit.* p. 592.

<sup>769</sup> Elles sont admises sous certaines conditions par le Conseil constitutionnel et la CEDH, sur ce point, Cf. *infra*, n°271.

<sup>770</sup> CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON. P. *Procédure pénale*, 3<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, Paris, 2000, n°44, p. 28.

<sup>771</sup> WALD A. Rapport général, *in*, La vérité et le droit, *op. cit.* p. 536.

contractuelle dépassant la somme de cinq mille francs est soumise à l'exigence d'un écrit<sup>772</sup>. Toute personne ayant conclu un contrat oral d'un montant supérieur à cette somme ne pourra se prévaloir des obligations qui en découlent, s'il n'a pas au moins un commencement de preuve par écrit. Plus qu'une déformation, l'entrave à la recherche de la *vérité* peut conduire à une *vérité niée*. Les preuves légales poursuivent d'autres fins que celle de la *vérité*. La matière contractuelle est particulièrement propice à la formation de preuves préconstituées<sup>773</sup>. De fait, le contractant prudent se munira d'une preuve écrite au moment de donner son accord. Il s'agit de prévenir la survenance d'un litige et du procès qui le suit. La personne qui possède une preuve écrite de l'obligation qu'elle exige ou du paiement qu'elle prétend avoir effectué se trouve protégée contre l'éventuelle mauvaise foi de son adversaire. La preuve préconstituée dont BENTHAM réclamait la paternité<sup>774</sup> aurait donc pour fonction moins d'entraver la liberté du juge dans la recherche de la preuve que « *de conférer aux parties une plus grande sécurité et de bannir l'aléa et l'incertitude des preuves judiciaires a posteriori* »<sup>775</sup>. La liberté du juge serait-elle un obstacle à la préconstitution de la preuve ? La question peut paraître surprenante. En liant le juge à la preuve préconstituée, il semble que chaque partie doive se méfier du juge plus que son cocontractant. Peut être est-ce là l'expression d'une éternelle défiance des relations contractuelles à la légalité et à l'autorité judiciaire<sup>776</sup> ?

La recherche de la *vérité* « *doit être conciliée avec des principes d'égale valeur juridique* » proclame-t-on<sup>777</sup>. Le *secret professionnel*, le *respect de la vie privée* sont cités comme exemples. On constate effectivement que la quête des faits est confrontée à certaines valeurs procédurales : *intimité de la vie privée*, *dignité*, *loyauté*, *sécurité*. L'autorité qui s'attache aux décisions définitives vaut présomption de *vérité* à l'égard de tous. La Cour de cassation a ainsi jugé que le non lieu au bénéfice du doute pour abus de confiance en faveur d'un salarié faisait obstacle à ce que les mêmes faits soient allégués devant la juridiction prud'homale dans une procédure de licenciement<sup>778</sup>. Face au doute, la juridiction pénale a dû se prononcer en faveur de l'innocence. La solution qui découle de la *présomption d'innocence* n'appelle aucun commentaire. Mais le doute subsiste. La *vérité* est toujours en suspens. Pourquoi alors empêcher une juridiction civile de retrouver cette *vérité* ? Au nom de la *sécurité*. La relaxe obtenue, il serait néfaste qu'une instance civile permette de remettre en cause l'autorité d'une décision judiciaire antérieure. La *vérité* est sacrifiée, peut être déformée, certainement entravée ou tronquée.

<sup>772</sup> Article 1341 C. civ.

<sup>773</sup> PATARIN J. Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, Paris, 1956, p. 46.

<sup>774</sup> BENTHAM J. *Traité des preuves judiciaires*, traduction Dumont, édition Bossange 2<sup>ème</sup> éd., 1830, t 1, p. 28. L'auteur concède avoir hésité entre deux termes : celui de « *preuve préconstituée* » et celui de « *preuve préétablie* ». Il explique sa préférence pour la première de ces expressions comme « *exprimant mieux que ces preuves sont l'œuvre du législateur qui les ordonne par prévoyance* ». Les « *preuves préconstituées* » sont opposées aux « *preuves casuelles* » dont l'origine factuelle ne les déterminait pas à devenir des preuves. *Ibid* p. 27 et suiv.

<sup>775</sup> CHEVALIER cité par THERY PH. Les finalités du droit de la preuve en droit privé, *Droits 1996*, n°23, p. 41.

<sup>776</sup> On constate en effet que la prévention peut être atteinte par des moyens qui ne réduisent pas le pouvoir d'appréciation du juge. L'article 145 nouv. C. pr. civ. prévoit ainsi que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instructions légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé* ».

<sup>777</sup> THERY PH. Les finalités du droit de la preuve en droit privé, *op. cit.* p. 46.

<sup>778</sup> Cass. soc 20 mars 1997, *JCP 1997*, II, 22887, note PUIGELIER C.

Le respect de la *dignité* et de la *loyauté* est exigé dans la production de preuves dans une instance en divorce. L'article 259-1 du Code civil rejette les preuves qui auraient été obtenues « *par violence ou fraude* »<sup>779</sup>. De même, « *les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée* »<sup>780</sup>. L'interdiction est particulièrement vive en matière pénale où les aveux ne peuvent être obtenus au moyen de brutalités, violence ou torture en application de la CESDH. Chaim PERELMAN considérait que certaines restrictions relatives à des valeurs morales, telles que la *sécurité*, ou encore, le rejet de « *la diffamation, de la divulgation malveillante* » devaient conduire à rendre impossible la communication de la *vérité*<sup>781</sup>.

Il existe encore un moyen d'entraver le développement de la *vérité* au cours du procès. Il s'agit peut être du plus simple : il consiste à éviter le procès. Il faut admettre que la justice moderne n'a pas pour unique fonction de trancher les litiges, mais, plus généralement, de les résoudre, d'y mettre un terme. « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* » énonce l'article 21 du nouveau Code de procédure civile. Cette mission marque un détachement total vis-à-vis de la *vérité*. L'objectif étant d'obtenir un accord entre les parties initialement en conflit pour lui donner une solution contractuelle ou transigée. L'institution existe aussi en matière pénale. Certains mécanismes sont particulièrement illustratifs de ce phénomène. L'institution du *plea-bargaining*<sup>782</sup> aux Etats-Unis ou du *patteggiamento* en Italie permet aux différentes parties de négocier la qualification des faits et le montant de la peine en échange d'aveux sur la culpabilité. Un mécanisme similaire a été intégré dans la procédure pénale française sous l'expression de *composition pénale*<sup>783</sup>. Les poursuivants obtiennent la certitude de la sanction et les défendeurs, recherchent une moindre sanction<sup>784</sup>. Il faudra dès lors « *chercher un résultat plutôt utile que vrai* »<sup>785</sup>. L'accusé innocent pourra préférer la négociation et une courte peine plutôt que nier les faits et prendre le risque d'une condamnation plus lourde. De même, le ministère public préférera des aveux négociés sur une qualification d'agression sexuelle, si le dossier pour viol qu'il tente de constituer semble peu consistant et insuffisant potentiellement pour convaincre les juges. Réalité niée, qualification modifiée sont autant d'entraves à l'éclosion de la *vérité*. Il se peut que celle-ci parvienne au juge mais sous une forme modifiée.

**134. Déformation de la vérité matérielle et conviction du juge.** Si l'on regarde la justice avec cynisme, on pourrait dire que la procédure ne vise pas à faire émerger la *vérité matérielle* mais à obtenir la conviction du juge sur l'une ou l'autre des thèses proposées. C'est ce que constate un auteur en estimant que la *vérité* n'est pas négligée dans le procès mais qu'elle ne constitue pas une fin essentielle : « *seule importe la perception que le juge a de la vérité* »<sup>786</sup>. Le principe de l'*intime conviction* est là pour nous rappeler que seule compte la certitude des magistrats. La conviction se définit comme l'assurance, ou la

<sup>779</sup> « *Un époux ne peut verser aux débats les lettres échangées entre son conjoint et un tiers qu'il aurait obtenu par violence ou par fraude* ».

<sup>780</sup> Article 259-2 C. civ. L'application du principe de l'*intimité de la vie privée* n'est pas générale dans la procédure de divorce. La Cour de cassation a admis la production d'un journal intime afin d'établir l'adultère de l'un des époux. Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 6 mai 1999, *Dalloz 2000*, juris., p. 557, note CARON CH.

<sup>781</sup> PERELMAN CH. in, *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie J. Vrin, Paris, 1973, p. 289.

<sup>782</sup> RICHERT J.P. La procédure du *plea-bargaining* en droit américain, *RSC 1975*, p. 375.

<sup>783</sup> Cf. sur ce point, *infra*, n°216 et suiv.

<sup>784</sup> DELMAS-MARTY M. La preuve pénale, *Droits 1996*, n°23, p. 53.

<sup>785</sup> MONTANARI B. La faute et l'accusation : réflexions sur la vérité dans le procès, *RIDP 1997*, p. 43.

<sup>786</sup> THERY PH, La finalité du droit de la preuve en droit privé, *op. cit.* p. 48.



certitude. L'*intime conviction* est alors « la certitude au plus profond de soi »<sup>787</sup>. Pourtant, rien n'est moins certain que cette certitude théorique de la conviction. Pour les magistrats, il s'agit avant tout d'apprécier l'ensemble des éléments de preuves qui sont présentés devant eux. S'ils sont liés par la preuve (dans le système des *preuves légales*), leur certitude n'est pas prise en compte. S'ils demeurent libres de leur appréciation, leur choix sera porté vers la thèse la plus vraisemblable, à moins que le doute n'existe point, ou que les magistrats acceptent de l'accorder à l'accusé. Un magistrat concède que l'adoption du principe de l'*intime conviction* par le Code d'instruction criminelle de 1808 reflétait « un certain recul vis-à-vis de la vérité (...) pour s'en tenir à la notion subjective de certitude humaine »<sup>788</sup>.

**135. Le compromis sur la vérité.** « L'idée même de vérité sort bien mal en point du traitement que lui inflige notre droit de la preuve » affirme-t-on de manière péremptoire<sup>789</sup>. C'est là un jugement un peu sévère. La réalité semble imposer un constat plus nuancé. La qualité du fonctionnement de la justice ne passe pas obligatoirement par la recherche d'une vérité matérielle absolue. On peut affirmer qu'une telle quête est vaine. Les principes directeurs marquent en fait, un glissement de la vérité matérielle vers la vérité judiciaire. Cette dernière présente d'importantes qualités que la première ne possède pas : elle est accessible ; elle respecte les valeurs procédurales et les droits fondamentaux de chaque partie ; elle ne s'oppose pas à l'efficacité dans le fonctionnement de l'institution judiciaire. Certains pensent que cette vérité judiciaire n'est « qu'effectivité, c'est à dire qu'une certitude imaginée et qui n'a de valeur contraignante que localement et temporairement »<sup>790</sup>. Cette critique ne tient pas compte du fait que la balance entre promotion et déformation de la vérité matérielle relève d'un compromis souhaitable entre deux objectifs d'égale utilité que sont efficacité et qualité de la procédure. Un compromis qui ne doit pas faire oublier que les principes directeurs visent aussi à assurer la bonne administration de la justice, une autre qualité procédurale.

#### b) La garantie d'une bonne administration de la justice

**136.** La bonne administration de la justice peut être perçue comme une notion aussi ambiguë que la valeur de *justice* ou toute autre vertu. Il s'agit pourtant d'une qualité plus concrète. Le terme « justice » a été envisagé comme une vertu mais aussi d'un point de vue institutionnel. Il faut encore l'appréhender sous la forme d'une administration, d'un service public qui doit être géré correctement<sup>791</sup>. Son fonctionnement doit répondre aux attentes des justiciables. Ceux-ci sont en droit d'attendre de l'institution, une décision sur leur litige qui ne soit pas sujette à caution et dans un délai correct ou raisonnable. Les règles de procédure organisent le déroulement du procès et le contrôle des décisions judiciaires. Ce sont elles qui ouvrent la voie de la *bonne administration*. Les principes directeurs participent à cette action en contribuant au bon déroulement de la procédure et en établissant un contrôle des décisions de justice.

<sup>787</sup> BREDIN J.D. Le doute et l'intime conviction, *Droits* 1996, n°23, p. 21.

<sup>788</sup> ZOLLINGER L. L'intime conviction du juge, *Déviante, travaux de l'institut de criminologie de Paris* 1976, p. 33.

<sup>789</sup> LAGARDE X. Vérité et légitimité dans le droit de la preuve, *Droits* 1996, n°23, p. 31.

<sup>790</sup> LOUIS-LUCAS P. Vérité matérielle et vérité juridique, *op. cit.* p. 601.

<sup>791</sup> M. COULON, auteur d'un rapport portant propositions de réforme de la procédure civile évoque « la consécration d'une logique gestionnaire ». Il s'agit de « penser la justice en termes économiques et rationnels ». COULON J-M. Présentation du rapport et réflexions sur les réactions qu'il a suscitées, *in, La réforme de la procédure civile, autour du rapport Coulon*, Dalloz, Paris, 1997, p. 15.

**137. La contribution des principes directeurs en vue d'assurer le bon déroulement de la procédure.** Il s'agit là d'une tâche importante. Les justiciables doivent être associés à l'œuvre de justice. Les décisions judiciaires ne doivent pas se contredire, mais doivent résulter de la libre discussion entre les acteurs du procès.

**138. La coopération.** Le premier principe garant de la qualité de la justice est le principe de *coopération*. Son champ d'application est vaste et il prévoit des droits et des obligations tant pour le juge que pour les parties, dans le but de faciliter l'avancement du procès. Le Conseil d'Etat ne s'y est pas trompé lorsqu'il a censuré la première rédaction de l'article 12 al 3<sup>792</sup> et celle de l'article 16 al 1<sup>793</sup> du nouveau Code de procédure civile. Dans un arrêt célèbre<sup>794</sup>, l'autorité administrative considérait « *que la réforme du code de procédure civile, telle qu'elle résulte de l'institution du nouveau Code a, en vue d'améliorer le déroulement de l'instance, de simplifier et d'accélérer la procédure, confié au juge des pouvoirs étendus de contrôle et de direction de l'instruction ; que l'extension des pouvoirs du juge n'est pas illégale dès lors qu'elle s'exerce dans le respect des principes généraux du droit* ». Plus loin, le Conseil évoquait, au titre de ces principes généraux du droit, l'*égalité des citoyens devant la justice* et le *caractère contradictoire de la procédure*. Il était donc entendu que le principe de *coopération*, en confiant d'importants pouvoirs au juge, avait pour but avoué l'amélioration du déroulement de la procédure. Henry SOLUS relevait que, lors de l'adoption du décret-loi du 30 octobre 1935 réformant de façon conséquente la procédure civile, la création d'un juge chargé de suivre la procédure était déjà inspirée par la conception d'une justice-service public<sup>795</sup>. Ce juge se voyait alors confier un pouvoir général de surveillance et de contrôle sur le déroulement du procès en établissant des contacts avec les parties et leurs représentants<sup>796</sup>. Il était chargé d'établir un rapport sommaire au tribunal résumant l'objet de la demande, l'état de la procédure, des conclusions des parties. Les parties conservaient la main mise sur le procès mais le juge de la procédure suivait son déroulement, pouvait le hâter en convoquant les avoués et faisait une première présentation du litige aux magistrats devant statuer sur l'affaire. La coopération du juge au bon déroulement de la préparation du procès devait être accrue par le Code<sup>797</sup>. Pourtant le principe de *coopération* ne concerne pas que le juge. Dans son rapport, M. COULON préconisait de demander aux parties de qualifier juridiquement leurs prétentions<sup>798</sup>. Il s'agissait en effet, de leur donner un rôle plus important dans la formalisation juridique des faits et moyens de leur action<sup>799</sup>. Le décret du 28 décembre 1998<sup>800</sup> adopté à la suite du

<sup>792</sup> Cet alinéa était ainsi rédigé : « *il peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties* ».

<sup>793</sup> Dans sa première rédaction résultant du décret du 9 septembre 1971, l'article 16 occultait la nécessité de soumettre au contradictoire les moyens que le juge entendait relever d'office. Cette rédaction fut modifiée par la suite par le décret du 12 mai 1981.

<sup>794</sup> C.E. 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres*, Dalloz 1979, Juris, p. 606, note BENABENT A. ; JCP 1980, II, 19288, conclusion FRANC et note BORE J. ; Gaz pal 1980, I, juris, p. 6, note JULIEN P.

<sup>795</sup> SOLUS H. Les réformes de procédure civile, étapes franchies et vues d'avenir, *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, p. 193.

<sup>796</sup> *Ibid*, p. 197.

<sup>797</sup> Cf. sur ce point, *infra* n°220 et suiv.

<sup>798</sup> COULON J-M. *Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport au garde des sceaux*, La documentation française, Paris, 1997, p. 120.

<sup>799</sup> MARTIN R. Conclusions qualificatives, recherche d'une sanction, *Procédures 1998*, n°2 ; Chron, p. 3.

rapport COULON reprend cette idée en l'imposant devant le Tribunal de grande instance et la Cour d'appel. L'article 13 du décret modifiant l'article 753 du nouveau Code prévoit ainsi que « *les conclusions doivent formuler expressément les prétentions des parties ainsi que les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée* ». L'article 29 du décret modifie dans le même sens l'article 954 du nouveau Code de procédure civile relativement à la procédure devant la Cour d'appel. Pour faciliter encore le travail de la juridiction de jugement, a été institué le mécanisme des conclusions récapitulatives. Il s'agit pour les parties de reprendre, dans leurs dernières conclusions, les moyens et prétentions formulés au cours de leurs conclusions antérieures. Les magistrats devraient ainsi connaître, à la simple lecture des dernières conclusions, l'ensemble des éléments de fait et de droit du débat<sup>801</sup>.

**139. La cohérence.** Le principe de *coopération* n'est pas l'unique artisan de la qualité de la justice. D'autres principes y contribuent dans une moindre mesure. L'*autorité de la chose jugée* représente une importante limite à la possibilité de contradictions entre les décisions concernant les mêmes faits. Il est courant qu'un fait unique puisse donner lieu à plusieurs actions en justice devant des juridictions différentes. La cessation des paiements d'une entreprise commerciale entraîne l'ouverture d'une procédure collective devant le Tribunal de commerce, mais peut avoir développé des ramifications devant la juridiction pénale pour un certain nombre d'infractions ayant ou non conduit à la faillite de l'entreprise. De même, des coups et blessures portés par un époux sur sa femme pourront être le fait générateur d'une plainte devant le juge répressif, d'une action en dommages et intérêts devant des juges civils et constitueront enfin le fondement possible de la faute lors d'une demande en divorce. Trois procès peuvent ainsi naître d'un seul fait originaire. L'éparpillement des compétences conduit à ce que plusieurs juges soient amenés à se prononcer en des moments différents sur les répercussions multiples de ce fait. Il ne doit pas dès lors, être possible de modifier la réalité et la qualification du fait au fil des procédures au risque de voir la justice perdre son crédit et sa rigueur. L'une des décisions doit s'imposer aux autres. C'est l'*autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*. Certains fondent cette autorité sur une question de compétence<sup>802</sup>. L'action civile a un caractère mixte explique-t-on<sup>803</sup>. La juridiction civile est compétente pour se prononcer sur les conséquences civiles de cette action mais cette compétence est partagée avec la juridiction pénale. Cette dernière est en revanche, exclusivement habilitée à statuer sur le volet pénal de l'action civile. C'est cette exclusivité de compétence qui limiterait les pouvoirs des juridictions civiles. Ces dernières sont tenues de se conformer à ce qui a été jugé au pénal ou le cas échéant, d'attendre que les juges répressifs se soient prononcés<sup>804</sup>. Empêcher que la justice ne se contredise, c'est garantir l'unité et donc, la qualité de son fonctionnement.

---

<sup>800</sup> CADIET L. Premières vues sur le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile, *JCP 1999*, Actualités, p. 397 ; CADIET L. Chronique de droit judiciaire privé, *JCP 1999*, I, 130, p. 727.

<sup>801</sup> MEUNIER J-L. Un gadget incertain et pervers : la systématisation des conclusions récapitulatives, *Gaz Pal 1999*, 1, doct, p.4. BOURDILLAT J.J. La réforme des conclusions récapitulatives ou la quête du succès improbable, *Dalloz 2000*, chron., p. 427.

<sup>802</sup> Aubry et Rau cités par CHAVANNE A. Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, *RSC 1954*, p. 239.

<sup>803</sup> Cf. *contra* sur le caractère purement civil de l'action civile BONFILS PH, *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, préface S. CIMAMONTI, spécialement, n°137 et suiv., pp. 189 et suiv.

<sup>804</sup> Aujourd'hui, cette règle est en recul notamment en raison de la loi du 10 juillet 2000 qui consacre la dualité des fautes civile et pénale non intentionnelles (*J.O.*, 11 juillet 2000, p. 10484). Cette loi introduit un article 4-1 dans le Code de procédure pénale rédigé comme suit : « *L'absence de faute pénale non*

**140. La discussion.** Autre principe particulièrement essentiel à la qualité de la décision juridictionnelle : le principe du *contradictoire*. L'échange par les parties des opinions relatives à une question de fait, mais aussi et surtout à une question de droit, est de nature à éclairer le juge<sup>805</sup>. La diversité des interprétations d'une même règle de droit et les intérêts dont dépendent ces interprétations parviennent aux magistrats par l'intermédiaire des argumentations des parties. Si le juge possède sa propre interprétation, il ne peut être convaincu de son bien fondé qu'après avoir entendu les adversaires s'exprimer sur le sujet<sup>806</sup>. Pour obtenir que le fonctionnement du procès ne soit pas défectueux ou ralenti, il est nécessaire que les parties se sentent concernées, impliquées et consultées sur les différents aspects du litige qui les oppose. Dans le cas inverse, la décision prise en méconnaissance de la *contradiction* s'expose à l'exercice d'un recours à son encontre. Si l'une des parties a la sensation de n'avoir pas été entendue, la probabilité pour qu'elle s'adresse à nouveau à l'institution judiciaire augmente.

On pourrait citer d'autres principes dont le but est de garantir le bon fonctionnement de la justice à l'image de la *publicité des débats* qui astreint les magistrats à faire preuve « *de la plus grande circonspection dans leurs jugements* »<sup>807</sup> mais aussi dans la façon de diriger l'audience. On doit cependant constater que la qualité de la justice passe aussi et surtout par le contrôle de ses décisions.

**141. Les principes directeurs et le contrôle sur les décisions de justice.** De même qu'un bon travail se construit progressivement ou qu'une toile de maître nécessite quelques traits de composition, une décision judiciaire de qualité se perfectionne avec le temps et les étapes qu'elle traverse. De la mise en état à la décision définitive, en passant par l'appel et, si besoin est, sous le crible du contrôle de la Cour de cassation, la solution de justice s'améliore sous l'impulsion et au détriment des parties qui peuvent attendre une décision des décennies durant<sup>808</sup>. *Double degré de juridiction* et *droit au recours en cassation* constituent assurément

---

*intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie. ».*

<sup>805</sup> Il est d'ailleurs douteux de séparer strictement *coopération* et *contradiction*. M. GARAPON observe avec justesse que « *la réforme de l'instruction ne doit plus passer par un renforcement des pouvoirs du magistrat et plus particulièrement du juge de la mise en état. La solution doit être recherchée ailleurs dans une conception rénovée de l'accusatoire, qui imposerait à chacune des parties de participer loyalement et efficacement à la procédure afin de transcender la distinction entre l'accusatoire et l'inquisitoire*. GARAPON A. Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des sceaux par Jean Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile, *Dalloz* 1997, chron, p. 69.

<sup>806</sup> Ainsi, la nouvelle rédaction de l'article 16 nouv. C. pr. civ. dispose que « *le juge doit en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction / il ne peut retenir, dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits pas les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement / Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ».

<sup>807</sup> MANIGNE M-CH. Note sous, C.E. 4 octobre 1974, *dame David*, *Gaz Pal* 1975, 1, juris, p. 117.

<sup>808</sup> On se souvient de la célèbre affaire de la toile de Poussin dont la préemption par les musées nationaux à la suite d'une vente aux enchères donna lieu à un procès de plus de 15 ans qui opposa les époux St Arroman, puis la veuve St Arroman à la Réunion des musées nationaux. Pendant cette période pas moins de cinq décisions furent prises dont deux arrêts de cassation rendus par la première chambre civile (la décision de la Cour d'appel de renvoi ne contredisait pas le premier arrêt de cassation et le second pourvoi fut introduit sur un moyen différent). Cf. notamment Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 22 février 1978, *Dalloz* 1978, chron, p. 601, note MALINVAUD PH., *Rép Defrénois* 1978, p. 1346, observations

des instruments de contrôle de la qualité des jugements et arrêts sur le fond et sur le droit. Pour cela, ils doivent se combiner avec un autre principe : celui de la *motivation*.

L'utilité de l'appel est constatée dès le stade de l'instruction par le Professeur LARGUIER qui estime que le juge d'instruction - juge unique dont l'indépendance et les pouvoirs sont étendus - doit voir ses décisions contrôlées par une juridiction supérieure<sup>809</sup>. C'est « *l'idée de garantie* » des droits des justiciables qui justifie cette voie de recours<sup>810</sup>. Aussi, l'appel contre les ordonnances que prend ce magistrat<sup>811</sup> a-t-il été progressivement élargi, notamment au profit des parties privées<sup>812</sup>. Ce recours est particulièrement important au stade de la mise en état car il concerne autant la question des nullités qui peuvent entacher une procédure et porter atteinte à la qualité des jugements sur le fond que celle des refus du magistrat instructeur de faire droit à une demande provenant d'une partie en vue de la manifestation de la vérité ou de la progression de l'enquête.

Concernant les décisions sur le fond, les voies de recours et la *motivation* sont considérées comme « *des garanties de bien-jugé* »<sup>813</sup>. Elles permettent un contrôle sur les faits et sur le droit, mais aussi sur le respect de la procédure. Le droit au recours « *favorise le respect du contradictoire* »<sup>814</sup> car les magistrats savent que s'ils n'organisent pas un *procès équitable*, la solution qu'ils donneront au litige sera susceptible d'être remise en cause simplement sur le fondement du mépris des règles procédurales<sup>815</sup>. Le défaut ou l'insuffisance des motifs, le refus de laisser à l'accusé la parole en dernier<sup>816</sup> sont autant de motifs d'annulation ou de cassation qui ouvrent la voie à un nouvel examen de l'affaire. *Droit au recours* et *motivation* sont aussi indiscutablement liés dans la mesure où l'un ne se révèle utile qu'à travers l'autre. Une Cour d'appel ne pourra confirmer ou censurer un jugement rendu en premier ressort que si elle comprend les motifs qui ont déterminé les premiers juges dans leur choix. La *motivation*, au-delà de sa mission de transparence à l'égard des justiciables ne joue pleinement son rôle que dans la mesure où elle sert à élucider les raisons d'un jugement rendu dans le *secret des délibérés*.

*Droit au recours* et *motivation* permettent encore, à travers le contrôle d'une juridiction supérieure et en dernier lieu d'une autorité nationale unique, de rendre uniforme l'interprétation des règles écrites. Cette conception centralisée et hiérarchisée de la *motivation* permet à la création prétorienne du droit de se développer<sup>817</sup>. Pour que la Cour de cassation puisse contrôler les arrêts et jugements des juridictions du fond et que ces derniers

---

AUBERT J.L. ; *RTD civ.* 1979, p. 127, observations LOUSSOUARN Y. ; et Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 13 décembre 1983, *Daloz* 1984, juris, p. 340, note AUBERT J.L. ; *JCP* 1984, II, 20184, Conclusions GULPHE.

<sup>809</sup> LARGUIER J. Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 287.

<sup>810</sup> *Ibid*, p. 290.

<sup>811</sup> Nous assimilons les ordonnances du juge d'instruction à des décisions de justice tant il est indéniable que ces actes présentent de nombreuses similarités avec les décisions sur le fond et participent activement à la construction des jugements et arrêts.

<sup>812</sup> L'appel des Procureur de la République et Procureur Général est prévu par l'article 185 C.pr.pén. et celui des parties privées par l'article 186 C.pr.pén.

<sup>813</sup> WIEDERKEHR G. Droits de la défense et procédure civile, *Daloz* 1978, chron, p. 36.

<sup>814</sup> *Ibid*, p. 36.

<sup>815</sup> CLEMENT G. L'appel voie de nullité en procédure pénale, *RSC* 1990, p. 260. Selon cet auteur, cette voie de recours contribue « *à une meilleure administration de la justice* ».

<sup>816</sup> Expression des *droits de la défense*.

<sup>817</sup> GIUDICELLI DELAGE G. *La motivation des décisions de justice*, Thèse, Poitiers, 1979, p. 47.

puissent comprendre les fondements de l'interprétation faite par la juridiction suprême, il faut que chacune de ces décisions soit motivée. L'uniformité dans la mise en œuvre de la règle de droit écrit est facteur d'égalité, il est aussi facteur de qualité. On peut comprendre la perplexité d'un praticien du droit, ou d'un justiciable, face à la multiplicité des interprétations données à une même prescription textuelle par les Cours d'appel. On connaît aussi les commentaires doctrinaux glosant sur l'ambiguïté de telle ou telle disposition résultant d'une réforme et appelant de leurs vœux l'intervention salvatrice de la Cour de cassation. L'instabilité est source d'incertitude et il est certain que *droit au recours* et *motivation*, contribuent à réduire cette incertitude pour les justiciables et pour les plaideurs. Plus qu'à la qualité de la justice, ces principes concourent à la qualité du droit. Mais au-delà de la qualité, c'est l'efficacité qui est recherchée.

### B) L'efficacité du procès

**142.** Le prononcé d'une sentence qui clôture un différend est le premier des enjeux pour l'institution judiciaire. L'accès au droit et à la justice passe par l'accès au juge. Encore faut-il que l'ampleur de la mission juridictionnelle n'occulte pas son pragmatisme. Si le fonctionnement de l'institution doit être déterminé par la production d'une solution équitable et de qualité, selon une procédure conforme aux valeurs sociales et soucieuse du respect des droits fondamentaux, il doit aussi être efficient. Il n'est pas souhaitable qu'un justiciable attende de nombreuses années pour obtenir la résolution de son différend ou le voir éternellement remis en cause devant de nouvelles juridictions. Cette préoccupation d'efficacité motive depuis de nombreuses années les réformes successives du droit processuel. M. GARAPON disait du rapport COULON<sup>818</sup> qu'il est « *le signe d'un nouvel esprit procédural plus soucieux d'effectivité et d'économie que d'académisme procédural* »<sup>819</sup>. La procédure pénale semble moins touchée par ce phénomène. Plus préoccupée par la conformité à la CESDH et la protection des droits individuels, elle évolue progressivement sous la pression des condamnations strasbourgeoises. L'idée d'efficacité y est moins présente mais pas fondamentalement absente, comme le démontre le développement récent du *juge unique*<sup>820</sup>. Il reste qu'un ensemble de principes directeurs sont destinés à assurer la promotion de l'efficacité de la justice selon trois axes principaux : permettre le règlement du conflit (a), rapidement (b) et de façon définitive (c).

#### a) Principes directeurs et devoir de juger

**143.** Il est fait obligation à l'institution judiciaire de répondre aux prétentions des justiciables. Cette obligation débute par l'accès au juge pour toute personne qui estime son droit lésé. Dans une décision du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel se référait à l'article 16 de la DDH de 1789 selon lequel « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution* » pour en déduire qu' « *en principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »<sup>821</sup>. Dans cette décision, le Conseil établit pour la première fois, une relation de cause à effet entre la

<sup>818</sup> COULON J-M. *Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport au garde des sceaux, op. cit.*

<sup>819</sup> GARAPON A. *Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des sceaux par Jean Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile, op. cit. p. 70.*

<sup>820</sup> Cf. la loi du 8 février 1995 sur la réforme de l'organisation judiciaire et des procédures civile, pénale et administrative.

<sup>821</sup> CC décision n°96-373, *J.O.* 13 avril 1996, p. 5724, *AJDA* 1996, p. 371, note SCHRAMECK O.

garantie des droits, appelée aussi *prééminence du droit*, et le *droit au juge*. A travers ce principe, c'est l'ensemble du droit processuel qui est placé au centre du système juridique<sup>822</sup>. L'effectivité<sup>823</sup> du droit n'est garantie que s'il existe une autorité chargée d'en contrôler l'application et cette autorité ne joue efficacement son rôle que si elle est accessible à tous. Le *droit au juge* est le principe fondateur de l'ensemble des règles qui mettent en œuvre le devoir de juger. Il signifie avant tout qu'un procès doit pouvoir débiter... mais aussi s'achever.

La multiplication des voies de recours ne constitue pas un facteur d'efficacité. La tendance récente est non à la réduction des recours, mais à la rationalisation de ces procédures.

Il s'agit dans un premier temps d'éviter que le litige ne soit figé dès le début de l'instance et ne puisse plus évoluer par la suite. Le principe *d'immutabilité du litige* a ainsi pendant longtemps contraint les parties à multiplier les instances lorsque le différend présentait des évolutions ou des ramifications au cours de la procédure et notamment entre le jugement de première instance et l'appel<sup>824</sup>. Si l'on prend l'exemple d'un époux qui se voit assigné par l'autre en divorce, surpris par la soudaineté de la demande, sa première réaction serait celle de refuser la rupture des liens matrimoniaux devant les premiers juges. Condamné pour faute, l'époux défendeur devrait logiquement faire appel du jugement sous la forme d'une demande reconventionnelle aux torts partagés. Connaissant la première décision de justice, chaque partie doit pouvoir légitimement réagir pour développer une argumentation plus complète ou plus rationnelle en appel. Pour cela il faut faire évoluer l'objet du litige<sup>825</sup>. Le professeur CADIET explique la nécessaire évolution du litige par le besoin de réduire les délais de résolution des conflits et de diminuer autant que possible l'encombrement des rôles<sup>826</sup>. Il faut, en toute hypothèse, faire face à la réalité judiciaire poursuit l'auteur. Certains dossiers présentent une complexité telle, qu'il est impossible de définir entièrement le cadre du litige dès l'introduction de la demande. C'est le principe du *double degré de juridiction* et l'application que l'on en fait qui va déterminer la conduite efficace ou non du procès. Si l'on conçoit l'appel non comme une voie de réformation, mais comme une voie d'achèvement du litige, il est alors possible de donner à cette institution les moyens de répondre globalement et définitivement à l'ensemble des questions soulevées tout au long de l'instance. C'est la seule méthode qui permette d'envisager le règlement efficace du conflit. C'est dans cette perspective que s'inscrit le nouveau Code de procédure civile tout en procédant de façon paradoxale. L'article 564 part de l'interdiction de principe des demandes nouvelles pour en réduire ensuite la portée. Ne sont pas considérées comme nouvelles, celles qui « *tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est*

---

<sup>822</sup> FRISON-ROCHE M-A., BARANES W. Le souci de l'effectivité du droit, *Dalloz* 1996, chron, p. 301.

<sup>823</sup> Au sens strict du terme, le vocable « effectif » s'emploie de ce qui existe réellement par opposition à ce qui n'est que possible. Il se distingue alors du terme « efficace » lequel signifie ce qui produit de l'effet. LALANDE A. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 1956. On observe pour autant un rapprochement des deux concepts en doctrine.

<sup>824</sup> Il s'agit, en effet, d'« éviter que les plaideurs puissent dépecer à leur guise un procès en autant d'instances que de causes et d'objets distincts ». BENCIMON M., BERNABE O., HARDOUIN P., NABOUDET-VOGEL P., PASSERA O. Autorité de la chose jugée et immutabilité du litige, *Justices* 1997, n°5, p. 157.

<sup>825</sup> L'article 4 nouv. C. pr. civ. prévoit ainsi que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties / Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois, l'objet du litige peut être modifié par les demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

<sup>826</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 1998, n°1616, p.686.

*différent* »<sup>827</sup>. Le Code admet donc que la cause puisse varier, mais la jurisprudence a de son côté accepté que l'objet de la demande ne soit pas le même. Cette situation conduit à constater que le critère de l'article 565 laisse peu de place à l'interdiction des demandes nouvelles en appel<sup>828</sup>. Le litige peut sensiblement se développer.

La seconde mise en œuvre du *double degré de juridiction* inspirée par l'efficacité procédurale résulte de la possibilité pour la Cour d'appel, saisie d'une simple question de procédure, d'étendre sa saisine à l'examen sur le fond du dossier : c'est l'évocation. Ce mécanisme est possible dans deux hypothèses. La première concerne le contredit de compétence. Une juridiction de première instance s'est déclarée incompétente. Celui qui a saisi le tribunal peut faire appel de cette décision. L'article 89 du nouveau Code prévoit que la Cour saisie de cet appel peut décider, si elle se déclare compétente, de statuer dans le même temps sur le fond de l'affaire. L'article 568 du même Code envisage cette faculté lorsque la Cour est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction ou statué sur une exception de procédure mettant fin à l'instance. Il est évident que l'évocation prive les parties du bénéfice du double examen de l'affaire sur le fond. Elle relève en quelque sorte, d'une négation du principe dont elle est l'application. C'est peut être pour cela qu'elle n'est que facultative. La Cour d'appel ne doit y recourir, dit le Code, que « *si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive* ». Il s'agit, tout en recherchant l'efficacité de la justice, de ne pas faire obstacle à sa qualité. A ce titre, l'évocation est soumise au respect du *contradictoire* : si la Cour évoque, elle doit permettre, au préalable, aux parties de constituer avoué et de conclure au fond<sup>829</sup>.

En procédure pénale, la solution est légèrement différente. L'évolution du litige est restreinte du fait de la saisine *in rem* des juridictions répressives. La Cour d'appel est saisie sur des faits donnés. Elle a le pouvoir d'en modifier la qualification ou d'examiner des moyens nouveaux, mais ne peut être saisie sur de nouveaux faits. L'objet du litige est ainsi déterminé par l'acte d'appel<sup>830</sup>. Par exemple, la partie civile ne peut formuler aucune demande nouvelle si ce n'est une augmentation des dommages et intérêts. Si dans le temps qui sépare le premier jugement et l'appel, des faits nouveaux tendent à montrer que le prévenu a commis d'autres infractions liées à celles pour lesquelles il est jugé, une nouvelle procédure devra débiter. A l'inverse, l'évocation est plus radicale en matière pénale dans la mesure où l'article 520 du Code de procédure pénale prévoit que « *si le jugement est annulé pour violation ou omission non réparée de formes prescrites par la loi à peine de nullité, la cour évoque et statue sur le fond* ». L'emploi de l'indicatif signifie que cette évocation s'impose aux seconds juges. La jurisprudence l'a déclarée applicable aux irrégularités commises pendant l'audience ou dans la rédaction du jugement<sup>831</sup>, mais aussi aux nullités de la mise en état<sup>832</sup> ou à une décision d'incompétence<sup>833</sup>. De ce point de vue, il est certain que l'efficacité de la justice est servie par une application généralisée de l'évocation. La question de l'atteinte aux *droits de la défense* notamment pas une occultation du *double degré de*

---

<sup>827</sup> Article 565 nouv. C. pr. civ.

<sup>828</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé, op. cit.* n°1617, p. 687.

<sup>829</sup> *Ibid*, n°1621.

<sup>830</sup> L'article 515 C. pr. pén. détermine les pouvoirs de la Cour en fonction de la qualité de l'appelant (prévenu, ministère public ou partie civile).

<sup>831</sup> Cass. crim. 14 mai 1990, *Bull. Crim.* 1990. n°191.

<sup>832</sup> Cass. crim. 25 juillet 1972, *Bull. Crim.* 1972, n°254.

<sup>833</sup> Sur tous ces points, Cf. STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC C. *Procédure pénale*, 17<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2000, n°645, p. 557 et suiv.



*jurisdiction* reste posée dans la mesure où le Code rend ce mécanisme automatique et que les dérogations restent exceptionnelles<sup>834</sup>.

Ce dernier exemple démontre que l'idée d'efficacité n'est pas toujours compatible avec celle de qualité, ou avec la préservation des droits individuels. Un autre cas s'avère démonstratif à cet égard : celui du *secret de la mise en état*. L'idée sous-tendue par le secret n'a pas toujours été celle de la préservation de l'honneur ou de la *présomption d'innocence* de la personne poursuivie. Symbole de la procédure inquisitoire, le caractère occulte de la procédure était surtout opposé au défendeur. Le délinquant ne devait pas savoir ce que la justice lui reprochait afin qu'il n'ait pas les moyens d'entraver l'enquête notamment en détruisant les éléments de preuve. Aboli en 1791, le secret devait être rétabli par la jurisprudence au cours du 19<sup>ème</sup> siècle<sup>835</sup> toujours pour les mêmes raisons. JOUSSE écrivait à ce sujet : « *il faut prendre garde que le secret de l'information ne soit jamais révélé, ce secret étant absolument essentiel pour la découverte et la punition des crimes* »<sup>836</sup>. La loi du 8 septembre 1897 devait changer la physionomie du secret en consacrant l'accès de la personne poursuivie à son dossier par l'intermédiaire de son conseil<sup>837</sup>. Le respect du justiciable a donc été très éloigné, pendant plusieurs siècles, du *secret de l'instruction*. Bien au contraire, l'efficacité de la justice, ou plutôt de la répression fut la source d'inspiration de la règle. On la retrouve dans l'exigence de rapidité de la procédure<sup>838</sup>.

#### b) Principes directeurs et célérité de la procédure

**144.** La *célérité* de la procédure constitue, depuis longtemps déjà, un leitmotiv obsédant du droit processuel. Complexité des règles, multiplicité des étapes et croissance du contentieux conduisent à l'engorgement et à l'allongement des délais de jugement. Au fur et à mesure de la progression du phénomène, l'exigence de rapidité se fait de plus en plus présente, jusqu'à sa consécration comme exigence du *délai raisonnable* par la CESDH. Matériellement, la rapidité de la justice est aujourd'hui plus un souhait qu'une véritable règle juridique. Toutefois, un certain nombre de principes directeurs ont pour fin d'en favoriser la mise en œuvre.

Depuis la loi du 10 juillet 1970, il a été confié au président du Tribunal de grande instance « *en toutes matières autres que disciplinaire, ou relative à l'état des personnes* » le pouvoir de décider que l'affaire sera jugée à juge unique. Cette pratique n'avait d'autre fin que d'introduire progressivement l'institution du juge unique, sinon comme principe de droit positif, tout au moins comme « principe latent »<sup>839</sup>, sans toutefois l'imposer de façon brutale

<sup>834</sup> Cf. par exemple sur l'obligation de renvoi lorsque la Cour d'appel a confirmé une décision d'incompétence *ratione loci* de la part des premiers juges. La juridiction du second degré doit alors renvoyer l'affaire devant le tribunal compétent. Cass. crim. 10 août 1963, *Bull. Crim.* n°269.

<sup>835</sup> Cf. notamment Cass. crim. 27 juin 1834, *Sirey 1834*, 1, p. 629.

<sup>836</sup> JOUSSE, *Traité de la justice criminelle en France*, t. 1, 1771, p. 392.

<sup>837</sup> STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC C. *Procédure pénale, op. cit.* n°645, p. 557.

<sup>838</sup> Cette opinion peut être nuancée. Il semble que la protection des justiciables autant que la promotion de l'efficacité des poursuites aient été et soient encore des finalités poursuivies de façon concomitante par le *secret de la mise en état*. Dans un pourvoi dans l'intérêt de la loi, le procureur général à la Cour de cassation affirmait déjà en 1834 que « *le secret des procédures criminelles, tant qu'il n'y a pas eu de mise en accusation, est prescrit à la fois dans l'intérêt de l'action publique, et dans celui des parties qui ont pu être objet de préventions non justifiées* ». Réquisition sous Cass. crim. 27 juin 1834, *Sirey 1834*, I, p. 629.

<sup>839</sup> Sur ces deux notions, *infra* n°256 et suiv.

et péremptoire<sup>840</sup>. Comme le souligne un éminent processualiste, l'alternative entre *collégialité* et *juge unique* est trop souvent la victime de « *l'efficacité immédiate (contre) la raison* » et l'unicité se trouve logiquement motivée par « *les impératifs d'une rapide administration de la justice* »<sup>841</sup>. Il est vrai que le « *démantèlement du tribunal* »<sup>842</sup> favorise la ventilation des dossiers et la rapidité de leur aboutissement. Il ne s'agit certainement pas du seul moyen d'y parvenir.

Le principe de *coopération*, capable de promouvoir la qualité de la justice, est aussi motivé par une volonté de célérité. Dans les missions qui sont confiées au juge de la mise en état chargé de suivre la procédure devant le Tribunal de grande instance, il lui est demandé « *de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces* »<sup>843</sup>. Cette disposition vise plus au respect du *contradictoire* mais la « *ponctualité* » y est évoquée. Le nouveau Code précise plus loin que le juge fixe « *les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci* »<sup>844</sup>. Certes, la pratique des renvois à la demande de l'une des parties a tendance à remettre éternellement en cause les délais initialement prévus, mais il est à noter que ces renvois sont laissés à la libre appréciation du juge qui peut à tout moment prononcer une ordonnance de clôture et renvoyer l'affaire devant la juridiction de jugement<sup>845</sup>, cette ordonnance n'étant susceptible d'aucun recours<sup>846</sup>. C'est toujours dans cette démarche visant à accélérer le déroulement de la procédure que le magistrat instructeur a le pouvoir de hâter les résistances d'une partie à la communication des pièces ou écritures<sup>847</sup>.

En procédure pénale, le principe de *coopération* met en avant l'initiative des parties privées. Plus craintives de la surcharge des juges d'instruction et des conséquences sur la durée des procédures, les lois des 4 janvier et 24 août 1993 ont modifié le Code en plusieurs points. L'article 82-1 al 3 du Code de procédure pénale fait droit à la personne mise en examen de demander par écrit qu'il soit procédé à son audition par le juge si sa dernière comparution remonte à plus de quatre mois. Le juge doit s'exécuter dans les trente jours. Cette prérogative est laissée à la disposition des personnes mises en examen par lettre recommandée et n'ayant jamais subi l'interrogatoire de première comparution. Plus radical est l'article 175-1 qui permet au mis en examen, ou à la partie civile, à l'expiration du délai d'un an<sup>848</sup>, de demander qu'intervienne la clôture de l'instruction par un renvoi ou un non lieu. Le juge fait droit à la demande ou la rejette dans le délai d'un mois, par une ordonnance susceptible de recours devant la chambre de l'instruction. La loi du 15 juin 2000 est allée plus loin dans cette voie, renforçant le « *droit à être jugé dans un délai raisonnable* ». Elle permet à la personne poursuivie de faire pression sur le Procureur de la République au cours de l'enquête pour que ce dernier prenne une décision sur l'action publique. Si le Procureur

---

<sup>840</sup> PERROT R. Le juge unique en droit français, *RIDC* 1977, p. 659.

<sup>841</sup> *Ibid*, p. 659.

<sup>842</sup> *Ibid* p. 668.

<sup>843</sup> Article 763 nouv. C. pr. civ.

<sup>844</sup> Article 764 nouv. C. pr. civ.

<sup>845</sup> Cass. ass. plén. 24 novembre 1989, *Dalloz* 1990, juris., p. 25, conclusions CABANNES J. ; *JCP* 1990, II, 21407, note CADIET L.

<sup>846</sup> Article 782 nouv. C. pr. civ.

<sup>847</sup> Article 770 nouv. C. pr. civ. « *Le juge de la mise en état exerce tous les pouvoirs nécessaires à la communication, à l'obtention et à la production des pièces* ».

<sup>848</sup> A compter, le cas échéant, de la mise en examen ou de la constitution de partie civile.

estime que l'enquête doit se poursuivre, il saisit le juge des libertés et de la détention. Ce dernier décide de l'opportunité de poursuivre la phase d'enquête<sup>849</sup>. Les mêmes droits sont mis à la disposition des parties privées en vue de solliciter la clôture de l'instruction à l'issue d'un certain délai. La décision du juge d'instruction de poursuivre l'information est susceptible d'un appel devant la chambre de l'instruction<sup>850</sup>. Cette fois, ce sont donc les parties privées qui ont l'occasion de faire pression sur les magistrats chargés de l'enquête et de l'information judiciaire pour hâter son achèvement. Si l'efficacité de ces mesures n'a qu'une valeur incitative, il n'en reste pas moins que la célérité est l'un des aspects qui justifie la *coopération* organisée du juge et des parties lors de la préparation du procès. Toutefois, rapidité et devoir de juger doivent être complétés par un autre impératif : celui d'obtenir, à l'issue de la procédure, une décision définitive.

### c) Principes directeurs et règlement définitif du différend

**145.** L'efficacité de la procédure est totalement inutile si le justiciable ne peut se prévaloir, à l'issue de son procès, d'une décision irrévocable. C'est le principe de *l'autorité de la chose jugée*<sup>851</sup> qui assure cette mission. Au 19<sup>ème</sup> siècle la doctrine a exprimé l'idée que le procès terminé était comparable à un contrat qui liait définitivement les parties qui l'ont conclu<sup>852</sup>. Il est vrai que le fait d'accepter de rentrer dans le procès que ce soit en demande ou en défense implique que l'on respecte la décision finale quelles qu'en soient les conséquences. L'action en justice présente son lot de risques somme toute comparables aux risques pris par celui qui contracte un engagement aléatoire. La doctrine pénaliste estime qu'il s'agit avant tout « *de mettre un terme au procès en revêtant les décisions (...) d'une autorité incontestable* »<sup>853</sup>. En retirant à la décision son *autorité de chose jugée*, « *on désarmerait la répression en lui enlevant les principales conditions de son efficacité : la rapidité et la certitude* »<sup>854</sup>. Le caractère incontestable de la solution juridictionnelle permet aussi de garantir que la recherche de la vérité et de la juste solution a été, si ce n'est atteinte, tout au moins approchée et que le dernier jugement ou arrêt en est le reflet. Accepter qu'il puisse être remis en cause une nouvelle fois, c'est reconnaître que l'action juridictionnelle n'a pas été efficace, qu'elle n'a pas abouti, qu'elle a failli à sa mission. C'est en cela que la décision définitive vaut présomption irréfragable de vérité.

**146. Conclusion.** A l'issue de cet exposé non exhaustif des dimensions téléologiques des principes directeurs il est permis de constater que chaque principe est inspiré par une ou plusieurs finalités qui peuvent se compléter mais aussi se contredire. Certaines possèdent une connotation éthique, d'autres se contentent de se rendre utiles. C'est là un des particularismes des principes directeurs, non que ces normes soient les seules à trouver des justifications d'ordre téléologique, mais plutôt parce que les principes jouent un rôle de transmission de ces fins aux règles techniques dont ils sont à l'origine.

Le prolongement de ce constat réside dans le fait que les principes sont très fortement chargés de cet aspect téléologique, de telle sorte qu'ils trouvent une place singulière au sein

<sup>849</sup> Articles 77-1 et suiv. C.pr.pén. dans leur rédaction issue de la loi du 15 juin 2000.

<sup>850</sup> Article 89-1 et article 175-1 et suiv. C.pr.pén. dans leur rédaction issue de la loi du 15 juin 2000.

<sup>851</sup> Pris dans le sens civil ou pénal de la règle *non bis in idem*.

<sup>852</sup> MERLE R. VITU A. *Traité de droit criminel*, t 2, 4<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1989, n°760, p. 877.

<sup>853</sup> Ce qui conduit à ne pas accorder cette *autorité* aux décisions provisoires telles que les décisions prises en référé ou encore les jugements en l'état. Sur ce dernier point, Cf. BOLARD G. Les jugements en l'état, *JCP* 1997, I, 4003.

<sup>854</sup> *ibid*, n°760.

de la hiérarchie des normes. C'est à un bouleversement de la présentation traditionnelle de la hiérarchie que conduit l'étude de ces principes.

## *Section 2 : Les incidences de la dimension téléologique des principes directeurs sur la hiérarchie des normes*

**147.** On peut observer, depuis un certain nombre d'années, que la hiérarchie française des normes, telle qu'elle est inspirée de la théorie kelsenienne et formalisée par la Constitution de 1958, ne suffit pas à expliquer un certain nombre de phénomènes juridiques tels que le passage d'une norme d'une strate à une autre, l'existence de règles jurisprudentielles *contra legem* ou encore de certains principes dont l'autorité et le domaine d'application transcendent toutes les strates de la pyramide constitutionnelle (§ 1). L'étude des principes directeurs dans leur dimension téléologique éclaire la théorie hiérarchique sous un nouveau jour : celui de la bi-dimensionnalité (§ 2).

### **§ 1 : La conception traditionnelle de la hiérarchie des normes : le « rapport linéaire » strict.**

**148.** Dans un souci de clarté, il convient de présenter d'abord, la théorie classique de la hiérarchie des normes (A), avant d'en montrer les limites (B).

#### A) Présentation de la « théorie française de la hiérarchie des normes »

**149.** Pour le Professeur PFERSMANN, la « *théorie française de la hiérarchie des normes* » repose sur quatre propositions<sup>855</sup> :

- l'ordre juridique est hiérarchique en cela qu'une norme inférieure doit être conforme à la norme supérieure ;
- la constitution du 4 octobre 1958 introduit une véritable hiérarchie des normes dans le droit français ;
- les fondements de la théorie ont été élaborés par Hans Kelsen dans la « théorie pure du droit » ;
- la hiérarchie des normes est un rapport linéaire, c'est à dire que chaque norme est dans un rapport d'infériorité ou de supériorité par rapport à une catégorie de normes et une seule<sup>856</sup>.

C'est effectivement KELSEN qui initie cette présentation pyramidale de la structure du système normatif juridique<sup>857</sup>. Cet ordre présente une structure hiérarchique selon laquelle les normes sont réparties en couches superposées. On trouve en premier lieu la norme

<sup>855</sup> PFERSMANN O. Carré de Malberg et la « hiérarchie des normes », *RFDC* 1997, n°31, p. 481.

<sup>856</sup> L'auteur infirme, par la suite, cette conception, en mettant en avant la critique de Carré de Malberg face à cette théorie. On se contentera de reprendre la présentation qu'en font la majorité des auteurs. *Ibid.*, p. 484.

<sup>857</sup> En réalité, la présentation kelsenienne n'est pas pyramidale. Celle-ci met en évidence l'existence de niveaux successifs de normes qui s'agencent le long d'un axe. Il s'agit donc d'une présentation linéaire. L'image de la pyramide naît d'un autre phénomène qui veut que le nombre de règles croît en fonction de la faiblesse de leur niveau hiérarchique ; de telle sorte que les règles positionnées sur les strates inférieures sont en plus grand nombre que celles qui les dominent. Ce phénomène se produit jusqu'au sommet qui consiste en une norme fondamentale unique, fictive et présumée par Kelsen.

constitutionnelle<sup>858</sup>. Elle détermine le mode de création des lois et met en place un mécanisme de sanction de ces lois. Vient ensuite la législation qui détermine des normes abstraites et générales ; puis la jurisprudence et la norme administrative, dont la fonction est d'individualiser l'application des normes légales abstraites en les appliquant à des cas concrets<sup>859</sup>. L'idée logique qui découle de cette hiérarchie est la suivante : la validité d'une norme est susceptible d'être contrôlée vis-à-vis de celle qui se trouve dans la couche supérieure. La sanction du défaut de validité consiste dans l'annulation ou l'inexistence de la norme.

Le premier constat réside dans l'adoption du critère hiérarchique. Comme l'explique le Professeur de BECHILLON, la place d'une norme correspond à « *une quantité de puissance* » que possède la règle qui l'incarne<sup>860</sup>. Cette force a pour origine organique celle de l'auteur investi du pouvoir de créer la règle<sup>861</sup>. C'est l'acte qui contient la règle de droit qui permet de connaître l'autorité de la norme. Partie intrinsèque de cette norme, l'acte possède la puissance normative et la transmet à la règle qu'il contient<sup>862</sup>. Le critère hiérarchique est donc clairement établi : il constitue une référence purement organique et formelle.

La place du juge est, dans ce contexte, une place résiduelle. Situé aux côtés de l'administration, celui-ci n'a pour fonction que d'appliquer, de mettre en œuvre des règles préexistantes. La norme qu'il crée n'est qu'une norme particulière applicable à un cas concret - le litige qui lui est soumis - et non susceptible de généralisation<sup>863</sup>. « *Le juge ne saurait*

<sup>858</sup> D'un point de vue purement formel, puisque la norme fondamentale ne réside pas dans la Constitution et forme la « *source de validité de toutes les autres* ». C'est elle qui est réellement au sommet de la hiérarchie, KELSEN H. *Théorie pure du droit*, traduction Thévenaz, édition de la baconnière, Neuchâtel, 2<sup>ème</sup> éd., 1988, p. 121. En droit positif, la place de la norme constitutionnelle est ambiguë. Dans une décision d'assemblée plénière, la Cour de cassation a affirmé que « *la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle* ». (Cass. ass. plén. 2 juin 2000, *JCP 2000*, actualité, p. 1109. Cf. sur cet arrêt, CHAGNOLLAUD D. La Cour de cassation confirme la supériorité de la Constitution sur les traités, *Dalloz 2000*, n°24, interview, p. V.). Il faudrait admettre, à la lecture de cet arrêt, que la Constitution est supérieure à un Traité en droit interne alors qu'en droit international, le traité prévaut sur la norme de droit interne.

<sup>859</sup> KELSEN H. *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 135.

<sup>860</sup> DE BECHILLON D. *Qu'est ce qu'une règle de droit ?* Editions O. Jacob, Paris, 1997, p. 170.

<sup>861</sup> « *La force de cette norme est exactement proportionnelle à la quantité de pouvoir que le système juridique confère à son auteur* » poursuit cet auteur.

<sup>862</sup> DE BECHILLON D. *Qu'est ce qu'une règle de droit ? Op. Cit.* p. 283.

<sup>863</sup> BASTIT M. Réflexions introductives sur le procès, *RRJ 1983*, p. 123. La réalité devait laisser à l'autorité judiciaire une tâche plus conséquente. Placés « aux côtés » de l'administration, les publicistes ont vu en elle un organe de contrôle de l'activité administrative créatrice. Avec le Conseil d'Etat naissait la théorie des *principes généraux du droit*, dont on se demande encore quelle place ils occupent dans la hiérarchie, et ce malgré la démonstration du Professeur CHAPUS (CHAPUS R. De la soumission au droit des règlements autonomes, *Dalloz 1960*, chron, p. 119). Les principes généraux du droit se sont vus conféré un niveau « *infra-législatif et supra-décrétal* » conformément au rang hiérarchique assigné au Conseil d'Etat, leur locuteur. L'éminent publiciste est ainsi parti en guerre contre ceux qui ont tenté de conférer à ces normes une valeur législative ou même constitutionnelle (CHAPUS R. De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, *Dalloz 1966*, chron, p. 99). Pour contrer cette opinion, il constate que l'autorité juridictionnelle est maître de la portée des règles qu'elle édicte, mais pas de leur valeur ou de leur puissance. C'est le rang hiérarchique assigné au Conseil d'Etat qui impose ce constat. Celui-ci est compétent uniquement pour contrôler l'action de l'administration et possède pour cela, le pouvoir de créer des normes supra-décrétales. En aucun cas il ne pourra s'élever et porter les principes généraux au rang législatif.

avoir la prétention de refaire la loi qui émane du parlement » confie un spécialiste de procédure civile<sup>864</sup> sous peine de revenir au temps des anciens parlements. Sa fonction n'est pas de réformer d'autorité une loi injuste. Il peut suggérer une modification mais tout en se tenant à une simple application. Lui reconnaître un pouvoir de contrôle sur la loi risquerait, toujours selon cet auteur, de créer « un schisme qui ruinerait sa propre autorité »<sup>865</sup>.

Ce critère formel ne subit aucune dérogation au sein d'un même ordre hiérarchique. Toutes les règles issues d'un même organe et représentées dans un même acte reçoivent une égale puissance et prennent la même place sur la ligne verticale<sup>866</sup>. Pourtant, la thèse selon laquelle seul le critère organique confère une autorité à la norme est impuissante à expliquer un certain nombre de phénomènes qui dérogent à cette conception et dont certains sont le fait des autorités juridictionnelles. Elle échoue encore lorsqu'il s'agit d'affiner l'analyse de la classification. En effet, on dénombre seulement quatre niveaux théoriques : constitutionnel, législatif, jurisprudentiel, et réglementaire<sup>867</sup> ; face à la démultiplication doctrinale et jurisprudentielle de niveaux intermédiaires avérés ou supposés.

### B) Limites et contradictions inhérentes à la « théorie française de la hiérarchie des normes »

**150.** On peut globalement constater deux types de phénomènes qui mettent en évidence la difficulté d'appliquer la hiérarchie traditionnelle des normes à la réalité juridique. Le premier consiste dans l'existence de sous-couches à l'intérieur de chaque strate introduisant ainsi des distinctions difficiles à expliquer. Le second réside dans l'existence de principes atypiques, résistants à tout classement hiérarchique et consacrés à différents niveaux de la hiérarchie.

**151. Une analyse hiérarchique impossible à affiner.** On observe que chaque strate s'organise progressivement de façon à dégager des normes de niveau différent ne possédant pas toutes les mêmes caractéristiques.

Ce système est très visible en droit constitutionnel à travers la jurisprudence du Conseil. Ce dernier classe les règles qu'il édicte en principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes à valeur constitutionnelle ou simples règles à valeur constitutionnelle<sup>868</sup>. Mais l'évolution de la classification s'accroît encore sous l'influence de travaux récents mettant en évidence l'existence de principes ou objectifs à valeur

<sup>864</sup> PERROT R. Le rôle du juge dans la société moderne, *Gaz Pal* 1977, 1, doct, p. 91.

<sup>865</sup> *Ibid*, p. 94. A l'appui de cette affirmation est citée une décision de la Cour de cassation. Celle-ci censurait une décision de juges marseillais refusant d'appliquer un décret sur les baux commerciaux sous prétexte que le résultat se révélerait absurde. La juridiction suprême se prononce ainsi : « attendu que de telles énonciations outre qu'elles procèdent d'une méconnaissance des dispositions du décret du 3 janvier 1966 comportent la critique de ce texte que le juge avait seulement la charge d'appliquer ; que sa décision encourt donc la censure, dans la mesure où elle porte atteinte à la séparation des pouvoirs »... et à la hiérarchie des normes (Cass. com. 30 mai 1967, *Dalloz* 1967, juris, p. 566).

<sup>866</sup> L'un des instigateurs des principes directeurs du procès reconnaît que chacun de ces principes énoncés dans les dispositions liminaires du nouveau Code de procédure civile « ne vaut ni plus ni moins que les autres dispositions du même code ». CORNU G. FOYER J. *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> ed°, PUF, Paris, 1996, n°96.

<sup>867</sup> On s'en tiendra aux strates présentes en droit processuel en écartant le niveau contractuel, de même que la place, très résiduelle de la règle coutumière en la matière.

<sup>868</sup> BURDEAU G., HAMON F., TROPER M. *Droit constitutionnel*, 26<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 1999, p. 714.

constitutionnelle dits « *matriciels* »<sup>869</sup>. Cette doctrine observe le flou qui existe au sein de la multiplicité des normes constitutionnelles et la difficulté de les classer hiérarchiquement même si elles détiennent une portée différente et peuvent faire l'objet d'un traitement lui-même différent en cas de confrontation. Ainsi, « *l'architecture des principes constitutionnels (est) en train de subir des infléchissements (...) porteurs de transformations* »<sup>870</sup>. Certains principes peuvent ainsi être qualifiés de « *matriciels* » en ce qu'ils ont la capacité d'engendrer d'autres principes ou droits dont la portée et l'autorité varient. Plusieurs règles possédant des développements en droit processuel sont citées dans cette catégorie. Le principe de *dignité* et celui de la *liberté individuelle* possèdent des caractères matriciels. L'auteur reconnaît que l'émergence de cette catégorie est susceptible d'entraîner des troubles ou un désordre dans l'appréciation de la valeur des règles ou principes ainsi engendrés. En réalité, l'idée selon laquelle, au sein d'une même catégorie hiérarchique, certaines règles puissent déterminer la production d'autres, se trouve en porte à faux vis-à-vis de la *théorie française de la hiérarchie des normes*. Théoriquement, seule une norme supérieure est habilitée à déterminer les conditions de production d'une norme inférieure. Dans l'hypothèse des principes matriciels, non seulement la même autorité crée des normes dont l'autorité est différente ; mais de plus, les principes matriciels servent d'instruments au Conseil pour déterminer ou encadrer d'autres principes ou règles. Ce type de mécanisme est totalement ignoré et reste inexplicable au regard de la conception hiérarchique traditionnelle. Ce phénomène n'est pas typique du droit jurisprudentiel constitutionnel. Il se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. Chacune de ces juridictions détermine des règles et principes de valeur et de portée différentes. En réalité, le phénomène découle d'un constat très simple. Le juge se trouve fréquemment face à une confrontation entre des règles de même rang, contradictoires ou difficiles à concilier. Il lui faut exprimer une préférence pour l'application de l'une ou l'autre. Il existe cependant très peu de critères qui permettent de trancher. Selon la maxime *specialia generalibus derogant*, le juge pourra privilégier l'application de la norme plus précise face à celle plus générale, mais il peut être confronté à deux prescriptions d'égal degré de généralité. En fait, le juge est obligé d'établir un classement hiérarchique qui lui fournit l'instrument de sa préférence. En toute hypothèse, cet instrument n'existe pas dans la hiérarchie classique.

Une analyse similaire peut être formulée au regard de normes écrites telles que la Convention européenne des droits de l'homme. Le Professeur DELMAS-MARTY a pu classer les droits mentionnés dans ce traité selon leur degré de protection<sup>871</sup>. Si ce degré varie, on doit constater logiquement que la position hiérarchique des droits protégés n'est pas la même. Au sommet de cette classification se trouvent les droits dont la protection est absolue. On y retrouve l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants (article 3) expression du principe de *dignité* et de *l'autorité absolue de chose jugée* en matière pénale (article 4 du protocole additionnel n°7). Ensuite, viennent les droits bénéficiant d'une protection quasi-absolue. L'article 15 de la Convention prévoit que les parties peuvent y déroger « *en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation* ». Cette dérogation étant générale, sauf à porter atteinte aux droits dont la protection est absolue, tous les autres principes conventionnels y sont soumis. C'est le cas, en droit processuel, du droit au *procès équitable* ou des garanties accordées à l'accusé aux articles 6§2 et 6§3. Viennent enfin les principes dont la protection n'est que relative. Il s'agit

<sup>869</sup> MATHIEU B. Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *Dalloz* 1995, chron, p. 211.

<sup>870</sup> *Ibid*, p. 211.

<sup>871</sup> DELMAS-MARTY M. Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 151.

notamment du droit à la *liberté*. En procédure pénale, on retiendra surtout la possibilité de recourir à la détention avant jugement prévue à l'article 5§1 « *lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* ». La Convention européenne, qui se trouve aujourd'hui être le texte de référence en matière de protection des droits individuels dans le procès, contient donc une hiérarchisation des normes qui n'est pas à l'image de celle qu'opère le Conseil constitutionnel, mais qui possède sa logique. Les différents principes énoncés dans ce texte ne reçoivent pas une égale application. Leur autorité varie en fonction d'un critère différent de celui exposé dans la vision hiérarchique traditionnelle. On pourra ainsi se demander pourquoi les droits protégés dans un même texte et possédant tous le statut de droits ou libertés de l'homme ne reçoivent pas une égale protection juridique ? La théorie Kelsenienne manque d'éléments ou de critères de référence pourtant influents dans l'architecture du système.

**152. L'existence de normes inclassables.** C'est un autre reproche que l'on peut faire à la *théorie française*. Celui de trouver des normes qui, avec le même contenu, occupent plusieurs strates de l'organisation. A la suite de la consécration du principe du *contradictoire* dans le nouveau Code de procédure civile, certains ont regretté qu'un si grand principe figure au sein d'un Code si mal placé dans la hiérarchie organique. « *On eût préféré, tant le principe est fondamental, qu'il soit formulé par une disposition de valeur constitutionnelle. Ne pourrait-on du moins admettre que le principe, dans la hiérarchie des normes, se situe au niveau législatif* »<sup>872</sup>. La question se pose alors de savoir ce qui justifie qu'une règle de droit se situe à un niveau ou à un autre de la hiérarchie. Le même auteur tente de persister dans le critère formel. L'article 34 de la Constitution lui sert de référence. Cette disposition prévoit que la loi est compétente pour déterminer « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». A l'évidence, les *droits de la défense* parmi lesquels figure le principe du *contradictoire* relèvent de cet article. Dès lors, si l'on s'en tient à l'argumentation et à une interprétation stricte de la théorie du maître viennois, la consécration du principe du *contradictoire* relèverait de la compétence exclusive de la loi et non de celle du pouvoir réglementaire. Ce dernier a dépassé ses prérogatives. La prescription de l'article 14 du nouveau Code n'est pas valable, elle devrait être annulée. L'absurdité du raisonnement est patente mais elle révèle celle, plus importante encore, d'une théorie lacunaire et trop rigide.

Les interrogations se poursuivent avec certains principes dont la place semble se situer entre deux catégories. C'est le cas, par exemple, du *double degré de juridiction*. Un éminent processualiste recherchait, lors d'une intervention dans un colloque<sup>873</sup>, la place de ce principe en procédure civile<sup>874</sup>. Ce dernier a été mentionné au rang des principes généraux du droit par le Conseil d'Etat et par la Cour de cassation<sup>875</sup>. Le principe ne figure pas expressément dans

<sup>872</sup> WIEDERKEHR G. Le principe du contradictoire, *Dalloz* 1974, chron, p. 95

<sup>873</sup> GUINCHARD S. Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain, *Gaz Pal* 1996, p. 1004.

<sup>874</sup> On sait qu'en matière pénale, il a fait l'objet d'une récente reconnaissance internationale à travers l'article 2 du protocole n°7 de la CESDH.

<sup>875</sup> C.E. 21 février 1968, *Recueil* p. 123, Cass. crim. 14 janvier 1980, *Bull. crim.*, n°19, Cass. crim. 24 février 1981, *Bull. crim.*, n°69. En réalité, la juridiction judiciaire vise explicitement le *double degré de juridiction* en tant que « principe général du droit ». Le Conseil d'Etat est plus évasif. Dans son arrêt du 21 février, il évoque la « *règle du double degré de juridiction* » dans le cadre de la « *violation des principes généraux du droit* ». On pourrait interpréter cette décision comme une inclusion du *double degré* dans la catégorie des principes généraux. Un autre arrêt vient nuancer cette affirmation. En contrôlant la régularité de l'amende civile pour recours dilatoire ou abusif, le Conseil affirme que ce



la loi et, en droit constitutionnel, la haute autorité se refuse à accorder la qualification suprême au principe<sup>876</sup>. On fait donc appel à « *la doctrine la plus autorisée* » pour lui conférer une valeur « *para-constitutionnelle* »<sup>877</sup>. La question surgit alors immédiatement : quel est l'organe compétent pour édicter une norme de ce type ? Il ne peut s'agir du législateur, ni du pouvoir constituant. La jurisprudence constitutionnelle a refusé de lui ouvrir ses bras et l'autorité judiciaire possède l'unique compétence de mettre en œuvre la loi ; non pas de créer des principes supra-légaux de type « *para-constitutionnel* ». L'expression doctrinale démontre, une fois encore, les contradictions d'une théorie dont elle n'ose s'écarter.

L'observation du droit jurisprudentiel pousse encore cette théorie dans ses derniers retranchements. Au regard du dogme kelsenien, il est impossible pour une autorité judiciaire, de reconnaître à un principe une valeur constitutionnelle. Si l'on trouve un seul exemple de cette attitude, on doit en conclure que la théorie est fautive. Le principe des *droits de la défense* fournit cet exemple. Avant tout, il faut observer que ce principe est consacré expressément à deux niveaux de la hiérarchie organique. Le Conseil constitutionnel en a fait l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>878</sup>, de même que la Cour de cassation l'a consacré au rang des principes généraux du droit<sup>879</sup>. On est donc en face d'une norme qui transcende les degrés habituels. Pour autant, la juridiction judiciaire n'en est pas restée là. Elle est venue s'arroger des compétences que la Constitution ne semble pas lui avoir expressément confiées. Sous l'influence de son premier avocat général, observant que l'évolution jurisprudentielle allait dans le sens de l'habilitation constitutionnelle, l'assemblée plénière de la Cour de cassation affirmait dans un arrêt du 30 juin 1995, « *Vu le principe du respect des droits de la défense ; attendu que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel* »<sup>880</sup>. Le pas est donc franchi. Une autorité judiciaire peut, puisqu'elle le fait sans en être sanctionnée, élever une norme au rang constitutionnel. En raison de quel critère ? L'arrêt reste silencieux sur la question.

Autant de questions qui restent sans réponse, de paradoxes sans explication. Ces contradictions laissent entrevoir la possibilité d'un renouveau de la *théorie française de la hiérarchie des normes*, plus complète car tenant compte d'un nombre plus élevé de critères.

---

procédé « *n'a porté atteinte à aucun des principes généraux du droit notamment ceux de l'égalité des citoyens devant la justice et du respect des droits de la défense ; il n'a pas davantage méconnu la règle du double degré de juridiction* ». Le juge administratif semble, en définitive, établir une distinction entre principes généraux du droit et simple « *règle du double degré de juridiction* » mais sa position n'est pas dénuée d'ambiguïté. C.E. ass. 31 octobre 1980, *Recueil*, p. 394.

<sup>876</sup> Sur l'absence de valeur constitutionnelle du *double degré de juridiction* et la protection de celui-ci par d'autres principes, Cf. *infra* n°307.

<sup>877</sup> GUINCHARD S. Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain, *op. cit.* p. 1005.

<sup>878</sup> CC. 19-20 janvier 1980, 80-127 DC, *Dalloz* 1981, juris p. 101, note PRADEL J. ; *JCP* 1981 II, 19701, note FRANCK C., *AJDA* 1981, n°6, p278, note GOURNAY CH. ; *RD pub* 1981, p. 651, note PHILIP L.

<sup>879</sup> Sur les très nombreux arrêts utilisant l'expression, Cf. MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon Assas, Paris, 1999, n°82, p.74.

<sup>880</sup> Cass. ass. plén. 30 juin 1995., *Dalloz* 1995, juris, p. 513, conclusion JEOL M., note DRAGO R.

## § 2 : Une conception rénovée de la théorie traditionnelle sous l'influence des principes directeurs

153. Il faut reconnaître, avant tout, que les principes directeurs ne sont pas les seules illustrations de cette rénovation. Les phénomènes observés plus généralement en droit privé<sup>881</sup>, ou en droit public, tendent à corroborer nos propres observations. En droit processuel, de nombreux indices montrent les voies du changement (A). Ceux-ci conduisent à l'adjonction d'un nouveau critère qui permet d'élaborer une « théorie du repère plan » (B).

### A) Les principes directeurs comme indices de la rénovation

154. La théorie des principes généraux du droit a connu des développements plus conséquents en droit administratif qu'en droit privé. La doctrine publiciste percevait dès les années cinquante que l'utilisation des principes par le juge administratif constitue « une invitation à réviser certaines affirmations traditionnelles sur la hiérarchie des sources en droit administratif »<sup>882</sup>. Dans le même temps, cette doctrine lançait un pont vers le droit privé en estimant que le « rapprochement avec le droit privé (...) pose la question de l'unité des principes du droit français par delà les divergences du droit public et du droit privé ». En consacrant des principes du droit, le juge semblait réagir face à une « loi mouvante, (...) qui ne suffit plus à créer la stabilité et la certitude que la vie sociale attend du droit »<sup>883</sup>.

C'est dans ce contexte que l'on a vu apparaître, sous la plume des juges, des références à un ordre juridique supérieur. Les juges du fond ont pu relever « la violation d'un principe supérieur de la défense »<sup>884</sup>. Par ailleurs, à l'occasion du développement des jurisprudences *contra legem*<sup>885</sup>, la doctrine s'est interrogée sur les fondements de cette action. Par exemple, au regard des développements *contra legem* de l'appel-nullité, émanation du *double degré de juridiction*, le Professeur BOLARD admet que « c'est précisément le fondement de l'appel-nullité qui, au premier chef, fait problème. La jurisprudence est ambiguë. Elle invoque le plus souvent l'excès de pouvoir des premiers juges, mais nombre d'arrêts, notamment de la Cour de cassation, se gardent de cette référence »<sup>886</sup>. L'auteur reconnaît d'ailleurs que l'action en défiance du législateur vise à « éluder la rigueur excessive de la loi »<sup>887</sup>. Dans son raisonnement, le processualiste est contraint de constater que la loi s'impose au juge, que celui-ci ne peut refuser d'appliquer une règle légale interdisant l'appel que s'il se réfère à « un ordre public supérieur »<sup>888</sup>. Enfermé dans un discours orthodoxe, celui-ci ne perçoit, dans la hiérarchie, que l'ordre constitutionnel. On a vu qu'en l'absence de reconnaissance du

<sup>881</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, op. cit. p. 599, de BECHILLON M. *La notion de principe général de droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 1998, p. 144.

<sup>882</sup> RIVERO J. Le juge administratif : un juge qui gouverne ? *Dalloz 1951*, chron, p. 21.

<sup>883</sup> *Ibid*, p. 24.

<sup>884</sup> Cité dans un arrêt de cassation : Cass. crim. 10 mai 1993, *juris-data* pourvoi n°92-82.205. La Cour suprême a aussi fait utilisation du terme de « principe supérieur » concernant le principe de droit substantiel visant la « protection des incapables nonobstant toute stipulation contraire », Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 12 mai 1987, *JCP 1988*, II, 21075, note FOSSIER TH.

<sup>885</sup> Sur cette question, Cf. *infra* n°346 et suiv.

<sup>886</sup> BOLARD G. L'appel-nullité, *Dalloz 1988*, chron, p. 177.

<sup>887</sup> *Ibid*, p. 178.

<sup>888</sup> *Ibid*, p. 180.

*double degré de juridiction* à ce niveau, la doctrine postérieure a préféré parler d'ordre « *para-constitutionnel* »<sup>889</sup>.

Les juristes ont aussi été sensibles à l'évolution marquante de la catégorie des droits de l'homme en quelques décennies ; évolution en forme d'une progression impressionnante et rapide qui devait légitimement solliciter les esprits. « *Ils étaient nés déclaration de principe ; ils deviennent principe de droit. Pour s'intégrer au droit, ils dépendaient du bon vouloir du législateur ; il vont s'imposer au législateur lui même, s'appliquer, au besoin, contre le législateur* » analyse le Professeur DELMAS-MARTY. Ces propos sont relayés par le Professeur MAYER selon lequel les principes insérés dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale sont susceptibles d'être utilisés par le juge pour contrôler les autres règles de procédure pénale<sup>890</sup>. Il est vrai que cette croissance de l'autorité des normes émanant des droits de l'homme, alors même qu'aucune modification notable des institutions et de la répartition des compétences ne s'opérait au cours de la cinquième République, pourrait conduire à imaginer une nouvelle forme de transmission de la puissance ou de l'autorité d'une norme, déterminant ainsi une place nouvelle dans une hiérarchie revisitée.

Les premiers réflexes ont été le retranchement derrière les thèses de l'école naturaliste. Outre les développements de l'initiateur des principes directeurs<sup>891</sup>, on trouve des prolongements plus récents de cette idée. Certains théoriciens tel DWORKIN estiment ainsi que le juge, dans son activité d'application de la loi, peut être conduit à l'écarter au regard des droits naturels que possèdent les hommes. L'existence de ces droits est susceptible d'être établie au travers de principes, dans le cadre d'une activité d'interprétation<sup>892</sup>. En droit processuel, la thèse d'Henri MOTULSKY devait être récemment relayée par le Professeur BOLARD pour qui « *comme tous les principes généraux du droit, les principes directeurs du procès civil rappellent les limites du positivisme juridique* »<sup>893</sup>.

Une autre explication peut être avancée. Les principes utilisés par le juge *contra legem*, ont nécessairement une position hiérarchique supérieure à la loi. La thèse de Bruno OPPETIT selon laquelle l'étude des principes généraux du droit démontre « *qu'à l'intérieur du système juridique existe une supra-légalité, comportant elle-même plusieurs niveaux hiérarchiques, et c'est dans l'un d'entre eux, inférieur à ceux représentés par les principes de valeur universelle et les principes constitutionnels, qu'ils se situent* »<sup>894</sup> n'apporte que des éléments très partiels de réponse. Vraisemblablement, toutes les tentatives pour donner un sens au phénomène achoppent sur une vision uniforme de la source de l'autorité normative. Pour expliquer les mouvements à travers les strates, ou entre les strates, les auteurs se raccrochent, soit à des niveaux connus (constitutionnalité, conventions internationales) soit à des niveaux

<sup>889</sup> Cf. *supra* n°152.

<sup>890</sup> L'auteur évoque l'hypothèse d'une contradiction entre une disposition technique du Code et l'un des principes de l'article préliminaire. Selon lui, le juge devrait alors faire prévaloir le principe car cette norme exprime la volonté du législateur. Les principes seraient dépourvus d'utilité s'il pouvait y être dérogé. Dès lors, en créant l'article préliminaire du Code de procédure pénale, le législateur a renforcé les pouvoirs du juge. MAYER D. Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? *Dalloz 2001*, chron., p. 1643.

<sup>891</sup> MOTULSKY H. Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges Roubier*, 1961, t2, p. 175 ; *Ecrits*, t1, p. 60.

<sup>892</sup> TROPER M. Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon DWORKIN, *Droit et société 1986*, n°2, p. 41.

<sup>893</sup> BOLARD G. Les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henri Motulsky, *JCP 1993*, I, 3693.

<sup>894</sup> OPPETIT B. Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation, *JCP E 1989*, Cahiers du droit de l'entreprise, n°5, p. 12.

inconnus, voire inexistant (para-constitutionnalité, droit naturel). Il faudrait plutôt conclure que le rapport « linéaire strict » n'est qu'une vue partielle de la hiérarchie. Il est possible de proposer une nouvelle explication fondée sur un « repère plan »

### B) L'adjonction d'un nouveau critère : la théorie du « repère plan »

**155. La dualité des critères.** Il s'agit de l'un des apports importants de l'étude des principes directeurs à la théorie du droit. Les principes directeurs occupent une place privilégiée au sein du système juridique de par leur proximité avec les valeurs et utilités sociales protégées à un moment donné. Les principes sont à la fois les représentants de l'esprit procédural au sens politique du terme et les médiateurs de cet esprit<sup>895</sup>. Aussi, occupent-ils une position hiérarchique supérieure aux autres règles. Cette position ne s'explique que par l'adoption d'un nouveau critère hiérarchique : le critère téléologique.

Ce critère ne s'applique pas qu'aux principes issus de la jurisprudence<sup>896</sup>. Il est mis en évidence dans la Constitution du 4 octobre. Ce texte accorde logiquement une protection plus grande aux intérêts qui ont une valeur supérieure. Plus généralement, un auteur remarque que « *les droits nationaux réservent la réglementation des rapports fondamentaux à des normes d'un rang plus élevé (...) en confiant les rapports sociaux d'une importance mineure à des sources du droit d'un échelon inférieur* »<sup>897</sup>. Le loup est dans la bergerie et la hiérarchie traditionnelle comporte en son sein le critère dont personne ne souhaite reconnaître l'existence indubitable. Le droit processuel en est une illustration très parlante. La procédure pénale, discipline fortement attentatoire aux droits fondamentaux et opposant l'individu à la société, relève de l'article 34. Seul le législateur est compétent pour organiser, voire limiter la mise en œuvre de ces droits, pour en continger les atteintes. La procédure civile ne met en œuvre que des rapports entre particuliers. Elle bénéficie d'un formalisme et d'un intérêt moins grand en étant confiée au pouvoir réglementaire. Quelles que soient les réserves que l'on pourrait formuler à l'encontre de cette distinction, il faut admettre la différence de traitement relative à la nature des rapports sociaux en jeu dans les deux branches du droit judiciaire. Pour les principes d'origine jurisprudentielle, le phénomène est le même. Un auteur reconnaît que « *les principes généraux du droit tirent formellement leur force juridique de l'intervention du juge qui les édicte, mais tiennent matériellement leur autorité et leur rayonnement de la source philosophique et morale à laquelle ils s'alimentent* »<sup>898</sup>. L'autorité d'un principe, et donc sa position dans la hiérarchie des normes, dépend tant du critère formel (la source organique dont il provient), que d'un critère matériel, (les valeurs et/ou les utilités qui l'ont inspiré et qui sont protégées par le contenu du principe)

<sup>895</sup> Pour M. EWALD, les principes du droit formeraient un « *donné* » à la fois historique et positif qui sert de critère pour apprécier la légitimité des normes juridiques. Incarnant le « *droit du droit* », ils sont établis sur la base du contexte philosophique et politique de leur époque. EWALD F. cité par GERARD PH, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, *Déviance et société* 1988, vol 12, n°1, p. 75.

<sup>896</sup> Il est d'ailleurs discutable de différencier principes écrits et jurisprudentiels, car, ils présentent, en droit processuel, de nombreux caractères communs. Le critère de distinction entre ces deux catégories tiendrait plutôt à la place et au rôle du juge dans le système juridique. Sur ce rôle et les conséquences sur la distinction entre principes écrits et jurisprudentiels, Cf. MORVAN P. *Le principe de droit privé*, op. cit. p. 611.

<sup>897</sup> HERCZEGH G. Le rôle des principes généraux du droit dans le droit international public, *Journées de la société de législation comparée* 1980, n°2, p. 271.

<sup>898</sup> JEANNEAU B. La nature des principes généraux du droit en droit français, *Travaux de l'institut de droit comparé de l'université de Paris* 1962, t 23, p. 203.

Le Professeur ATIAS fournit le premier élément de ce raisonnement. Celui-ci prétend qu'il existe deux types d'approches de la connaissance du droit : la première, verticale, est le guide vers la recherche d'un but supérieur que constitue le *Juste* ; la seconde, horizontale, est constituée de l'étude des diverses sources dont la somme constitue le droit<sup>899</sup>. L'étude de la hiérarchie des normes doit suivre le même chemin. Elle doit s'intéresser à la quantité de justice (ou d'utilité) contenue dans chaque règle de droit et à la puissance que détient l'organe dont cette règle provient. On peut illustrer ce propos par une représentation graphique (Cf. annexe n°1).

**156. Une nouvelle représentation hiérarchique.** La représentation traditionnelle de la hiérarchie des normes sur un axe vertical doit être dépassée. Il faut désormais se figurer deux axes : l'un vertical et l'autre horizontal. **L'axe vertical** représente l'autorité d'une norme selon le critère organique. Plus une norme est puissante selon ce critère, plus sa position sur l'axe est élevée. Par exemple, une règle consacrée au rang constitutionnel est placée sur une position supérieure par rapport à une règle légale ou réglementaire. **L'axe horizontal** représente l'autorité d'une norme selon le critère téléologique. Plus la valeur ou l'utilité sociale incarnée dans cette norme est forte, plus la position sur l'axe horizontal est élevée. Dès lors, l'autorité d'une norme n'est plus représentée par un point sur un axe mais par une surface rectangulaire sur un plan formé par les deux axes. Cette représentation peut être désignée sous le terme de « repère plan » (Cf. annexe 1). Selon cette théorie, l'autorité d'une norme est grande si elle est reconnue par une source formelle élevée, mais encore si la valeur ou l'utilité sociale qu'elle représente est élevée. Le repère plan sert à représenter graphiquement ce phénomène.

L'intérêt d'une telle représentation et de montrer qu'un principe formellement inférieur à une règle technique<sup>900</sup> peut être matériellement supérieur car ce principe représente une valeur sociale plus importante que la valeur incarnée par la règle technique. Ceci explique que le juge préfère, dans cette hypothèse, appliquer le principe et écarter la règle technique<sup>901</sup>.

**157. Autorité distincte pour un même niveau dans la hiérarchie organique.** La théorie du repère plan permet aussi d'expliquer pourquoi plusieurs normes issues d'un même organe sont pourvues d'une autorité différente et quel critère permet de concevoir l'existence de sous-couches au sein d'une même strate. Une constitutionnaliste remarque que l'apparition de l'adjectif « fondamental » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel « est interprétée comme une promotion des valeurs de liberté »<sup>902</sup>. L'auteur constate encore que la qualification d'un droit comme « fondamental » relève d'un jugement de valeur ou plutôt d'un jugement sur sa valeur, c'est à dire sur sa place hiérarchique. Cette place repose sur « une appréciation émotionnelle, morale, idéologique ou politique préalable »<sup>903</sup>. Le droit fondamental est celui qui ne supporte pas ou mal la dérogation car il est empreint d'une idée morale ou politique très forte et méritant la plus haute protection. C'est le critère téléologique qui détermine la qualification de « fondamental ». On peut encore dire qu'est fondamental le droit qui repose sur les fondements définis par la société et sur lesquels celle-ci s'appuie pour déterminer ses modes de fonctionnement. Cet aspect ne peut être négligé par

<sup>899</sup> ATIAS CH. *Epistémologie juridique*, PUF, Paris, 1985, p. 38.

<sup>900</sup> Par exemple, un principe jurisprudentiel dégagé par le juge judiciaire est formellement inférieur à une règle technique légale.

<sup>901</sup> Sur ce type d'actions des principes, Cf. *infra*, n°346 et suiv.

<sup>902</sup> CHAMPEIL-DESPLATS V. La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Dalloz* 1995, chron, p. 323.

<sup>903</sup> *Ibid*, p. 326.

l'autorité qui est chargée de mettre en œuvre les règles de droit. Lorsque celle-ci se trouve contrainte de confronter deux principes ou normes de même niveau, elle donnera la priorité à la norme qui détient le caractère fondamental. C'est le cas du Conseil constitutionnel qui préférera l'application d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République à celle d'un simple principe ou objectif à valeur constitutionnelle. On peut alors dire que le principe fondamental reconnu par les lois de la République est supérieur au principe à valeur constitutionnelle car le premier de ces principes est l'expression d'une valeur ou utilité plus grande que le second. Pour deux normes placées sur le même niveau de la hiérarchie organique, c'est le critère téléologique qui détermine quelle est la norme la plus puissante (pour une représentation graphique du phénomène, Cf. annexe 2). Si les deux normes possèdent une autorité égale selon les deux critères, elles doivent être conciliées.

**158. La manipulation du critère téléologique par le juge.** Un auteur remarque justement que le respect des règles ou principes juridiques dépend moins de la place qui leur a été assignée initialement que « *de l'audace des juges qui feront entrer dans leur propre compétence la possibilité de censurer l'acte qui les méconnaît* »<sup>904</sup>. Cette réflexion explique, entre autres, l'action *contra legem* de certains principes. Elle met surtout en valeur le fait qu'une norme possède la place que l'autorité qui l'applique lui assigne. Cette place, le juge la confère notamment en fonction du contenu téléologique enfermé dans la norme.

La théorie du repère plan a vocation à une application générale. Si l'on déborde le cadre du droit processuel, on remarque que l'utilisation du critère téléologique apparaît parfois de façon explicite dans les arrêts de la Cour de cassation. Un exemple significatif doit être emprunté au droit social. Pour gérer une contradiction entre plusieurs normes, la chambre sociale décide non pas de régler le conflit selon la hiérarchie formelle, mais suivant un critère *a priori* tout à fait atypique. A plusieurs reprises, elle a pu affirmer qu'il existait un principe fondamental en droit du travail « *selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* »<sup>905</sup>. Outre la détermination d'un principe fondamental applicable en matière de conflit de normes, on doit remarquer que la Cour décide d'évacuer le mode traditionnel de règlement du conflit entre les normes du droit social (loi, règlement, convention collective, usage dans l'entreprise, contrat de travail). Il ne subsiste alors qu'un seul critère : la solution la plus favorable au salarié et donc la protection du salarié. Désormais, cette valeur devient l'élément prédominant de la hiérarchie des normes en droit du travail.

Une démarche identique est utilisée en droit processuel. La forme la plus spectaculaire en est la neutralisation d'une règle légale en application d'un principe. La matière arbitrale est particulièrement propice à créer ce type de situation. Bruno OPPETIT soulignait le « *malaise* » ressenti face aux procédures d'arbitrage international. Complexité, inexistence des voies de recours, « *manquements à la plus élémentaire loyauté composent un inquiétant tableau du type de justice dispensé par cette voie* »<sup>906</sup>. Un litige entre deux sociétés avait été porté devant un tribunal arbitral de la Chambre de commerce international. Suite à la décision de ce tribunal, l'une des parties demandait l'annulation de la sentence prononcée qui avait, selon elle, violé le principe procédural *d'égalité des parties*. Face à cette demande, la Cour

---

<sup>904</sup> MONIN M. 1989 : Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes, *Dalloz* 1990, chron, p. 27.

<sup>905</sup> Cass. soc 17 juillet 1996 (trois arrêts), Cass. soc 8 octobre 1996, *JCP* 1997, I, 4006, chronique de droit du travail sous la direction de TEYSSIE B. La formule des arrêts du 17 juillet était la suivante : « *en vertu du principe fondamental en droit du travail selon lequel la situation des salariés doit être régie en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable* ». *JCP* 1997, II, 22798, note CHORIN J.

<sup>906</sup> OPPETIT B. note sous, CA Paris, 25 mai 1990, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1990, p. 753.

d'appel de Paris s'en tenait au strict respect de la hiérarchie. Certes, le principe visé existait. Il appartenait à l'ordre public international, mais ne figurait pas dans la loi de procédure choisie par les parties et ne pouvait fonder un recours en révision<sup>907</sup>. La Cour de cassation devait en décider autrement considérant « *qu'il résulte des principes généraux du droit en matière de fraude que, nonobstant l'exclusion du recours en révision par l'article 1507 nouv. C. pr. civ., la rétractation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international doit être, exceptionnellement admise en cas de fraude lorsque le tribunal arbitral demeure constitué après le prononcé de la sentence* »<sup>908</sup>.

L'application du principe *fraus omnia corrumpit*, (qui transcende largement le droit processuel) prioritairement à une disposition du nouveau Code de procédure civile est inspirée par les valeurs de *loyauté* et d'*équité*. Bruno OPPETIT remarquait ainsi que l'ouverture de ce recours est déterminée par « *la place prééminente occupée par les voies de recours dans l'aménagement d'un procès loyal et équitable* ». Une décision arbitrale ayant été acquise en fraude vis-à-vis des principes procéduraux, ne peut être ni loyale ni équitable. Elle doit être censurée. Certes, on pourrait argumenter du fait que le Code de procédure civile n'a qu'une valeur réglementaire et que tout principe peut y déroger. Ce raisonnement n'est pas pertinent. D'une part, la Cour d'appel, qui aurait pu le tenir, préfère se référer à « *la loi applicable à l'arbitrage selon la volonté des parties* ». Dès lors, le principe se voyait confronté non pas à une norme administrative, mais bien à une règle choisie par les parties et ayant autorité de loi entre elles<sup>909</sup>. D'autre part, la Cour de cassation, en se référant au nouveau Code, ne choisit nullement de mettre en avant sa nature réglementaire pour en neutraliser l'application. On doit comprendre qu'elle aurait agi de même, si l'exclusion du recours en révision émanait d'une disposition légale. C'est le critère téléologique (axiologique en l'espèce) qui a déterminé la préférence du juge.

Certains défenseurs de la pensée axiologique ont tenté de théoriser l'attitude du juge face à ce critère. Selon cette philosophie, le juge doit nécessairement appréhender globalement la situation qui se présente à lui, en tenant compte tant des éléments de fait et de droit que des « *valeurs protégées ou postulées par les règles qui s'y rapportent* »<sup>910</sup>. Concrètement, le juge doit se demander quelles sont les « *caractéristiques axiologiques du cas à résoudre* » et « *quelles sont les règles qui s'y rapportent* »<sup>911</sup>. Une partie de la question judiciaire consiste dans la prise en compte du contexte axiologique et des règles les plus adaptées pour répondre à la valeur que le juge a décidé de protéger. Les magistrats ne sont pas les seuls juges des valeurs prioritaires. Bien au contraire, la qualité de leur travail réside dans la capacité qu'ils ont d'interpréter, au sein d'un contexte juridique plus global<sup>912</sup>, quelles sont les valeurs qui dominent ce contexte ou comment se hiérarchisent les valeurs au sein de cette conjoncture.

---

<sup>907</sup> Ce recours contre des décisions arbitrales prévu à l'article 1491 nouv. C. pr. civ. est exclu pour l'arbitrage international par l'article 1507 du même Code.

<sup>908</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 25 mai 1992, *Rev. crit. dr. internat. Privé* 1992, p. 699, note OPPETIT B.

<sup>909</sup> Article 1134 C. civ. « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

<sup>910</sup> HUNOUT P. Droit et Culture, un couple fondamental ? Vers une anthropologie des décisions judiciaires, *Droit et Culture* 1986, n°12, p. 71.

<sup>911</sup> *Ibid*, p. 92.

<sup>912</sup> M. HUNOUT parle d'un « *espace axiologique global* » et l'on peut imaginer qu'une partie de cet espace concerne la matière juridique, *ibid*, p. 93.

Le travail préalable d'identification<sup>913</sup> a permis de faire ressortir un ensemble de valeurs qui dirigent l'action des normes procédurales. Pour autant, aucun élément ne fournit d'indication concernant leur hiérarchie. C'est là le problème essentiel qui vaut, tant pour les valeurs, que pour les utilités procédurales. La connaissance actuelle du droit par la science juridique ne propose pas d'instrument de mesure de la dimension téléologique d'une norme. D'une part, ce critère n'est pas unanimement admis au sein de la pensée positiviste et la grande majorité de la doctrine refuse de penser la hiérarchie autrement qu'en des termes organiques ; d'autre part, il n'existe aucun classement écrit ou jurisprudentiel des valeurs et utilités ou des principes. La raison en est très simple : législateur et pouvoir réglementaire se préoccupent très peu d'avoir une vision téléologique (ou politique) globale de la matière juridique. Les lois et décrets se succèdent, réformant le droit processuel par morceaux, sans souci de cohérence ; protégeant une fois la *présomption d'innocence*, une autre fois *l'égalité des parties*. Les réformes tentent de concilier parfois des intérêts aussi contradictoires que l'extension des *droits de la défense* et l'accélération des procédures en favorisant *l'unicité du juge*. Il est parfois délicat de dégager les valeurs qui inspirent ces réformes et, *a fortiori*, de connaître l'éventuelle hiérarchie qu'a voulu introduire le créateur de la réforme. Concernant l'action judiciaire, la question est encore plus épineuse. Les magistrats statuent au cas par cas. Chaque situation fait apparaître un contexte différent et des oppositions axiologiques ou téléologiques distinctes. Etablir une hiérarchie des valeurs et utilités relèverait de supputations bien présomptueuses. L'intérêt du critère téléologique réside essentiellement dans le fait de fournir une explication aux solutions jurisprudentielles lorsque se produit une situation conflictuelle entre deux normes, notamment lorsque ce conflit oppose un principe et une règle technique.

**159. Le critère téléologique comme moyen de contrôle de la puissance étatique sur elle-même.** Le paradoxe n'est qu'apparent mais il peut surprendre. La prise en compte par le droit d'un critère téléologique et la domination des principes sur le système juridique qui en résulte provient, dans les Etats démocratiques, d'une volonté de l'Etat de contrôler sa propre activité et l'utilisation de sa puissance. Pour M. SALAS, la logique des principes répond à une « *rationalité d'équilibre entre des impératifs contraires* »<sup>914</sup>. Face à la traditionnelle subordination du sujet vis-à-vis de l'Etat, poursuit cet auteur, la référence juridique à des principes inspirés par l'idée de *justice* a pour but d'instaurer une domination du sujet sur l'Etat. « *La loi ainsi détachée de sa seule appartenance étatique est rendue à sa fonction de protection des valeurs* »<sup>915</sup>. L'idée est reprise par le Professeur DELMAS-MARTY qui attribue la réaction téléologique démocratique aux conséquences de la seconde guerre mondiale. Celle-ci estime que les Etats européens ont alors découvert que l'Etat devait « *être protégé, non seulement par la loi, mais aussi, le cas échéant, contre la loi, et même, (...) contre lui même* »<sup>916</sup>. L'idée de primauté de l'individu jaillit avec certitude de ces différentes appréciations qui mettent en avant le nécessaire équilibre entre droits individuels et droits de la collectivité.

Pourtant, on ne doit pas croire que le critère téléologique conduise inévitablement à l'équilibre des droits. Il fait simplement apparaître plus clairement la relation entre la règle juridique et le fait social. Plus précisément, il en est tout autant la conséquence que l'indice

<sup>913</sup> Cf. *supra*, n°118 et suiv. sur l'étude des valeurs procédurales.

<sup>914</sup> SALAS D. Etat et droit pénal, le droit pénal entre « Thémis » et « Diké », *Droits* 1992, n°15, p. 77.

<sup>915</sup> *Ibid*, p. 85.

<sup>916</sup> DELMAS-MARTY M. De la juste dénomination des droits de l'homme, *Droit et Culture* 1998, n°35, p. 101.



apparent qui permet de corroborer l'hypothèse de départ concernant cette relation<sup>917</sup>. On doit en déduire que la tentative d'harmonisation des valeurs et utilités n'est l'apanage que des systèmes démocratiques. D'autres équilibres (ou déséquilibres) existent et correspondent à des contextes politiques et sociaux différents. Ils ne remettent pas pour autant en cause la place prise par l'origine téléologique dans l'autorité d'une norme.

**160. Des origines aux caractères.** L'étude des fondements des principes directeurs apporte deux enseignements essentiels. Du premier, il ressort que les principes sont avant tout des normes juridiques qui proviennent de sources formelles du droit. Ils ont donc une existence positive. Le second réside dans le lien étroit qui existe entre ces normes juridiques et les finalités sociales de la procédure. Cette proximité confère aux principes une place singulière au sein du droit processuel. Pour autant, la diversité des origines engendre une certaine confusion. Un même principe est désigné sous des termes différents, son contenu varie, son autorité normative n'est pas clairement déterminée. Pour que les principes apparaissent sous la forme d'une catégorie juridique autonome, il est nécessaire de rechercher les caractères qui permettent de les distinguer des autres normes du droit processuel.

---

<sup>917</sup> Cf. *supra* n°62-63 sur la relation entre règles juridiques et faits sociaux.

## Titre 2 : Les caractères des principes directeurs du procès judiciaire

**161.** « Si les principes généraux constituent des généralisations des faits expérimentaux juridiques parmi lesquels se rangent nécessairement les normes juridiques, alors les principes généraux se distinguent de ces derniers comme toute généralisation se distingue des phénomènes qui en sont l'objet »<sup>918</sup>. Si l'on considère que les principes directeurs sont des éléments de la catégorie plus vaste des principes généraux du droit ou des principes juridiques, on pourra déduire de ce fait que les principes directeurs se distinguent des autres normes du droit processuel en ce qu'ils constituent des généralisations de ces normes. La généralité serait donc le critère discriminant permettant d'isoler les principes au sein du système juridique processuel. La réalité est plus complexe. Il n'existe pas un critère qui réunit tous les principes directeurs et les différencie des autres règles. Au contraire, l'étude de la doctrine juridique et du droit positif a permis de mettre en évidence une pluralité de caractères partagés de façon inégale par un ensemble de principes. Certains de ces caractères paraissent contestables et il faut s'attacher à en discuter le bien fondé (chapitre 1). D'autres au contraire, se retrouvent au sein de chacun des principes. Ces caractères - réunis dans une même norme de droit processuel - révèlent l'existence d'un principe directeur (chapitre 2).

### **Chapitre 1 : Les caractères discutés des principes directeurs du procès judiciaire**

**162.** Quel peut être l'intérêt de développements à propos de critères qui, à notre sens, ne permettent pas de définir les principes directeurs ? La question pourrait se poser en ces termes si la littérature juridique avait été silencieuse sur le sujet. En fait, les principes juridiques, dans leur ensemble, et les principes directeurs, dans le droit processuel, sont au cœur de nombreuses controverses dont la portée philosophique et pratique n'est pas négligeable. Affirmer par exemple que les principes directeurs sont universels permet d'en imposer le respect au-delà du modèle culturel dans lequel ils se sont développés. Il faudra combattre cette opinion et démontrer que l'universalité demeure un instrument de politique plutôt qu'une réalité juridique. Ce premier critère doit donc être rejeté (section 1). La discussion se poursuit au sujet d'un autre caractère supposé attaché à certains principes procéduraux : celui de la consubstantialité. Cette relation est censée lier indissolublement un principe avec le procès, mais elle soulève en réalité de nombreuses objections. Il convient d'en relativiser la portée (section 2). En dernier lieu, il est nécessaire d'envisager la question de la primauté des principes. Ce caractère induit l'idée que les principes directeurs sont à l'origine de la création des règles techniques. La confrontation de cette hypothèse avec le droit positif soulève plus d'interrogations qu'elle ne pose de certitudes (section 3).

---

<sup>918</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p. 55.

## *Section 1 : L'universalité des principes directeurs du procès judiciaire*

**163.** A propos des principes généraux du droit dégagés par la Cour de cassation dans les arrêts *Barbie*<sup>919</sup> un commentateur déclare : « *On est là, me semble-t-il en face d'une catégorie spécifique, plongeant ses racines dans des valeurs universelles (...) et qui sont susceptibles de générer des principes de droit qui trouvent également leur légitimité dans le droit naturel* »<sup>920</sup>. Comme l'explique l'auteur, ces principes ont été utilisés pour neutraliser le droit commun de l'extradition et la législation antérieure à 1964 sur la prescription des crimes. Il existerait donc, en droit processuel comme dans d'autres disciplines, des principes ayant une portée universelle, sorte de commandements suprêmes imposés à tous les hommes parce qu'ils sont hommes. Cette opinion est largement partagée aujourd'hui notamment eu égard à l'harmonisation progressive des droits nationaux et à l'extension des droits de l'homme. Il faudra s'attacher à en contester la valeur (§1), avant de reconnaître l'existence d'une communauté de droits partagés par un ensemble de pays que l'on peut regrouper sous la dénomination de « démocraties occidentales » (§2).

### **§ 1 : Le rejet de l'universalisme des principes directeurs du procès judiciaire**

**164.** La thèse de l'universalisme du droit dépasse assurément la question des principes directeurs. Pour autant, certains de ces principes se trouvent au cœur de cette question. L'homme poursuivi en justice doit-il systématiquement être *présumé innocent* ? Le juge ne peut-il occuper sa fonction que s'il est *impartial* ? La recherche des preuves doit-elle avoir lieu dans le respect de la *dignité* des personnes ? Toutes ces règles dont l'application semble évidente connaissent-elles le même succès quelle que soit l'époque, la société ou la civilisation ? Ce sont bien les termes de la problématique. Les partisans de l'universalisme trouvent les fondements de cette doctrine dans les écrits philosophiques et sa consécration dans les textes juridiques qui proclament les droits de l'homme (A). Cette tendance est très nettement contestée par un grand nombre d'auteurs qui se fondent sur le respect des particularismes et la nature relative du droit, même dans ses principes les plus essentiels (B).

#### A) Les théories universalistes et les droits de l'homme

**165. Quelques fondements philosophiques de l'universalisme.** Michel VILLEY se réfère à la philosophie grecque pour établir une relation entre la justice et le droit. Il cite ainsi ARISTOTE pour qui la vertu de justice est celle de l'homme qui tend à s'accorder avec le « *tout universel* »<sup>921</sup>. Cette justice totale peut être rapprochée, selon le philosophe du droit, de la justice biblique. C'est bien la philosophie chrétienne qui développe l'idée d'universalisme. Son fondement se trouve logiquement dans l'unité divine<sup>922</sup>. La loi naturelle est celle que

<sup>919</sup> Cass. crim. 6 octobre 1983, *Bull. crim.*, n°239 ; Cass. crim., 26 janvier 1984, *Bull. crim.*, n°34.

<sup>920</sup> BLONDEL PH. Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation – Rapport de synthèse, *JCP E 1989 Cahiers du droit de l'entreprise*, n°5, p. 16.

<sup>921</sup> VILLEY M. *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris, 1983.

<sup>922</sup> « *Dieu est le père de tous, il n'a pas donné de lumière qu'aux seuls baptisés, ni jadis au seul peuple élu* ». *Ibid*, p. 109.

Dieu a inscrite dans le cœur des hommes<sup>923</sup>. Dans la pensée judéo-chrétienne certains droits lient tous les hommes car ils sont inspirés par la loi divine une et universelle.

La conscience humaine est encore avancée comme source de la justice et de la loi universelle. Le juriste est à la recherche de la solution juste car il ne peut supporter « *un divorce entre ce qui est juste et ce qui est juridique* »<sup>924</sup>. La loi est universelle en ce qu'elle est juste ou poursuit l'idéal de justice. Les idées naturalistes traversent et marquent profondément la plupart des courants universalistes qu'ils revendiquent ou non cette appartenance. Dans leur prolongement, l'héritage révolutionnaire<sup>925</sup> et la philosophie des lumières ont contribué au développement du dogme de l'universalité du droit.

Des textes plus récents confortent cette position. Les partisans de l'universalité citent inévitablement la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948 par l'assemblée générale des Nations Unies. Depuis ce texte, « *les droits de l'homme ont un caractère d'universalité de droit sinon de fait* »<sup>926</sup>. L'universalité n'est donc plus conçue comme un phénomène naturel mais au contraire reconnue ou proclamée. Sa légitimité réside non dans un postulat théorique mais dans un texte international proclamant que les droits de l'homme sont universels. Car ce sont bien les droits de l'homme qui possèdent ce caractère dans la pensée juridique contemporaine.

**166. Les droits de l'homme, droits universels.** Les droits de l'homme sont les prérogatives attachées à la qualité d'homme et sont donc susceptibles d'être opposés à tous les Etats. La pensée naturaliste est encore présente, mais elle se dissimule derrière les phénomènes objectifs que sont la fin de la bipolarisation et l'harmonisation croissante des droits nationaux.

**167. La fin de la bipolarisation.** « *L'effondrement des régimes communistes a un effet sur la généralité de cette reconnaissance (des droits de l'homme) dans la mesure où disparaît aussi avec ces régimes communistes la vision relativiste des droits de l'homme* » estime le Professeur ROULAND<sup>927</sup>. La fin de la bipolarisation conduirait à rassembler tous les Etats autour de l'idée selon laquelle « *l'homme a des droits opposables à la société, notamment à la société politique* »<sup>928</sup>. La chute du dogme communiste annoncerait ainsi la généralisation du dogme individualiste et libéral. Cette idée serait universelle dans la mesure où la Déclaration de 1948 reconnaît à l'homme des droits parce qu'il est homme<sup>929</sup>. L'individu primerait désormais sur l'Etat et il n'existerait plus de puissance politique suffisamment forte pour contester cette suprématie. Dans le conflit qui oppose l'individu à l'Etat, il ne devrait plus être possible de penser aujourd'hui que les droits du premier puissent plier devant la puissance du second.

<sup>923</sup> C'est dans la raison subjective des hommes que se trouve cette loi dont le contenu coïnciderait avec le décalogue *Ibid*, p. 122.

<sup>924</sup> ROUBIER P. cité par MOTULSKY H. Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, *Ecrits I*, Dalloz 1973, p. 60 ; *Mélanges Roubier*, Dalloz-Sirey 1961, t2, p. 175.

<sup>925</sup> Un auteur cite l'avant projet du Code civil en date du 24 messidor an VIII qui débutait sur un article ainsi rédigé : « *il existe un droit universel et immuable somme de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes* ». BUCH H. *op. cit.* p. 67.

<sup>926</sup> BRIMO A. Les principes généraux du droit et les droits de l'homme, *APD* 1983, t. 28, p. 257.

<sup>927</sup> ROULAND N. Les utilisations de la notion de droits de l'homme dans le nouvel ordre international, *RRJ* 1992, n°48, p. 133.

<sup>928</sup> *Ibid* p. 134.

<sup>929</sup> *Ibid* p. 136.

**168. L'harmonisation des droits nationaux.** Un autre constat renforce l'idée d'universalité de certains droits. Il s'agit du rapprochement des systèmes juridiques. Le Professeur KAYSER constate ainsi la tendance à l'harmonisation, voire à l'unification des droits nationaux<sup>930</sup>. L'universalité des droits n'est pourtant pas généralisée. Yves MADIOT a publié un ouvrage de « *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme* »<sup>931</sup>. Selon cet auteur, tous les droits de l'homme n'ont pas vocation à l'universalité. Son énumération se limite à sept droits<sup>932</sup>. Sont ainsi isolés, le droit à la vie, l'interdiction de la torture, de l'esclavage, la sûreté de l'individu, l'égalité, le droit à une existence décente, le droit à la liberté. Si l'on met de côté l'interdiction de l'esclavage et le droit à une existence décente, on constate que cinq de ces droits figurent parmi les principes directeurs du procès. Les auteurs admettent tout de même une certaine divergence dans l'application des droits universels. L'explication se trouve dans le respect du pluralisme et des particularismes régionaux.

**169. Modération.** L'observation des civilisations autres qu'occidentales a conduit les partisans des droits de l'homme à reconsidérer leur doctrine dans le sens de l'assouplissement<sup>933</sup>. Il ne s'agit pas de contester l'existence de ces droits à l'extérieur du monde occidental<sup>934</sup>, mais la formulation de ces droits n'est pas partout la même. La pensée universaliste défend une « *conception pluraliste des droits de l'homme conçus à partir de principes directeurs communs appliqués avec une marge nationale d'appréciation* »<sup>935</sup>. L'essentiel est dit : la divergence dans la conception ou l'application des droits de l'homme en fonction des peuples, des nations, des civilisations, ne remet pas en cause l'universalité des droits eux mêmes. Cette opinion se trouve renforcée par l'adhésion d'auteurs étrangers au monde occidental à la doctrine des droits de l'homme. Un juriste africain affirme : « *L'Afrique est sur la voie de son intégration au système universel, et donc sur la voie de convergences certaines vers les systèmes de protection des droits de l'homme en Europe ; en même temps, elle lutte farouchement pour la préservation de son passé et de sa culture dont elle est fort jalouse* »<sup>936</sup>. Si les divergences existent, selon cet auteur, elles ont vocation à disparaître. Le modèle universel n'est donc pas un modèle présumé, mais plutôt un idéal vers lequel les droits nationaux doivent tendre. Pour preuve, on affiche l'existence d'une charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée le 28 juin 1981<sup>937</sup>.

<sup>930</sup> KAYSER P. Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire, *RRJ* 1998, p. 387.

<sup>931</sup> MADIOT Y. *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

<sup>932</sup> Sélectionnés en fonction de deux critères : le premier est celui de la reconnaissance large de ces droits ou l'absence de contestation fondée sur des arguments sérieux ; le second relève de l'identification des contraintes qui pèsent sur l'homme. Les droits fondamentaux sont alors érigés pour faire barrage à ces contraintes. *Ibid* p. 67.

<sup>933</sup> Par exemple, la religion islamique proclame la supériorité des droits de Dieu sur les droits de l'homme. Cette solution relativise la conception occidentale selon laquelle les droits de l'individu constituent les piliers du droit universel.

<sup>934</sup> Au contraire, certains relatent les réflexions relatives à cette problématique au sein de la littérature islamique ; ou encore l'adoption d'une déclaration dite « islamique » des droits de l'homme. ROULAND N. Les utilisations de la notion de droits de l'homme dans le nouvel ordre international, *op. cit.*, p.134-135.

<sup>935</sup> DELMAS-MARTY M. De la juste dénomination des droits de l'homme, *Droit et Culture* 1998, n°35, p. 101.

<sup>936</sup> DIARRA E. De l'Europe à l'Afrique : le modèle européen est-il exportable ? 1 La protection des droits de l'homme en Afrique et en Europe, convergences et divergences, in *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous la direction de TAVERNIER P. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 407.

<sup>937</sup> Les particularismes régionaux ne sont pas interprétés comme des atteintes à l'idée universelle. Le fonctionnement défaillant de la protection de ces droits n'altère pas leur reconnaissance. A propos du

Les particularismes sont donc masqués, ignorés, voire reniés derrière la suprématie de la protection des droits de l'homme. Certains souhaiteraient que les Etats extérieurs au monde occidental fassent figure de bons élèves adoptant dans leurs déclarations les modèles de la civilisation économiquement et politiquement dominante. Ces déclarations reflètent-elles pour autant l'universalisme ? Selon le Professeur ROULAND, « *tout être humain, par ce qu'il est humain, a des droits* »<sup>938</sup>. Cette hypothèse semble contestable tant d'un point de vue théorique que technique.

### B) La remise en cause du dogme universaliste

**170.** On peut tenter d'appliquer le dogme universaliste aux principes directeurs de différentes façons. La première résulte du rattachement de certains principes aux droits de l'homme. La seconde postule que s'il existe des principes du droit, ces normes constituent le lien indissociable entre les sociétés et sont donc universels. Les principes directeurs, en tant que principes du droit, possèdent alors ce caractère. Ces deux postulats doivent être combattus en démontrant que les droits de l'homme ne sont pas universels (a) et que cet attribut n'est pas plus attaché aux principes juridiques (b). Pour évincer définitivement le doute, il faudra enfin constater que le droit processuel n'a pas non plus vocation à être universel (c).

#### a) Les principes directeurs et l'universalité des droits de l'homme

**171. La relativité des valeurs et du droit.** D'un point de vue purement théorique, de nombreux juristes s'associent à la thèse de la relativité du droit en général. Il a été posé que le droit trouvait son fondement dans un ensemble de faits sociaux et notamment de valeurs sociales. Ce sont ces valeurs qui sont elles mêmes relatives<sup>939</sup>. Selon Henri BATTIFOL, un système juridique universellement valable est inconcevable dans la mesure où chaque société possède des besoins propres qui appellent des règles spéciales<sup>940</sup>. Le droit est un phénomène social. En ce sens, la reconnaissance de droits à l'individu ne se comprend que dans les rapports qu'entretient ce dernier avec d'autres personnes ou avec le groupe. Le droit n'existe que par la pluralité des hommes et il est dès lors difficile d'affirmer que certains droits puissent être attachés à l'homme en tant que tel. L'essence du droit est de situer l'homme dans un contexte social ou dans la relation avec d'autres hommes. La confrontation entre deux individus ou un individu et le groupe entraîne un conflit de règles juridiques. Le droit

---

modèle européen des droits de l'homme un autre auteur africain considère qu'« *aucun Etat ne le remet plus en question au nom d'une quelconque exogénéité. Malgré l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales* ». NDIAYE B. De l'Europe à l'Afrique : le modèle européen est-il exportable ? 2 Modèles européens ou universalité des droits de l'homme ? in *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous la direction de TAVERNIER P. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 439.

<sup>938</sup> ROULAND N. Les utilisations de la notion de droits de l'homme dans le nouvel ordre international, *op. cit.*, p.136.

<sup>939</sup> « *Durables ou précaires, compatibles ou antagonistes, les valeurs restent liées à l'opportunité ou à la stratégie, peu importe qu'elles aient fonction d'usage ou simplement de référence* ». THOMAS L.V. En découdre avec les valeurs, in *Valeurs et changements sociaux*, l'Harmattan, Paris, 1993, p. 9. Certains défenseurs de l'universalisme admettent ainsi que « *le droit est moins un objet aux contours immuables qu'une façon de penser les rapports sociaux* ». ROULAND N. *Penser le droit*, Droits 1989, n°10, p. 77.

<sup>940</sup> BATTIFOL H. *Problèmes de base de la philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979, p. 142.

doit-il protéger l'individu ou le groupe ? Il s'agit d'une question d'intérêts et l'on ne peut prétendre que la primauté de l'individu sur le groupe soit une valeur plus universelle que celle de la suprématie du groupe sur l'individu. Chaque Etat, chaque société, chaque groupe est amené à envisager ce conflit de façon différente. L'universalité est un postulat qui nie la pluralité même des organisations sociales<sup>941</sup>. Il faut encore admettre que l'idée des droits de l'homme dans leur universalité doit être remise en cause.

**172. Les droits de l'homme ne sont pas universels.** L'universalisme des droits de l'homme est un leurre répandu dans les Etats de la société occidentale. Il s'agit aussi d'un instrument de domination hérité de l'histoire coloniale. Le refus de reconnaître ou d'appliquer ces droits manifesté par certains pays ne fait que souligner leur relativisme que l'on peut d'ailleurs observer dans notre société. La question des droits de l'homme est une question propre au monde occidental. Plusieurs auteurs s'accordent à le penser, qu'ils se classent parmi les universalistes ou les relativistes<sup>942</sup>. Problème occidental, absence de définition uniforme de la matière, expliquent que ces droits diffèrent dans l'espace et dans le temps.

Certains Etats refusent purement et simplement de s'associer à la politique des droits de l'homme. Ce fut le cas de l'Arabie Saoudite qui rejeta l'adhésion à la Déclaration universelle des Nations Unies au motif qu'elle se trouvait en contradiction avec le Coran<sup>943</sup>. De même, dans une déclaration franco-chinoise du 16 mai 1997, on trouve une profession de foi dont l'ambiguïté révèle le difficile attachement à l'universalisme : « *les efforts tendant à promouvoir et à protéger les droits de l'homme doivent s'exercer dans le respect (...) de l'universalité des droits de l'homme, tout en tenant pleinement compte des particularités de chacun* »<sup>944</sup>. L'affirmation est contradictoire et l'universalité y perd tout son sens. Le respect des particularismes nationaux ou locaux est à l'évidence antagoniste à l'uniformisation des droits. De plus, l'anthropologie montre que la thématique des droits de l'homme diffère en fonction des variations culturelles<sup>945</sup>.

<sup>941</sup> Un anthropologue explique qu'en Afrique, « *chaque groupe étant appelé à élaborer son propre droit, et chaque coutume devant rester discrète, voire secrète pour ne pas être une arme au profit des ennemis dans la mesure où elle est au fondement des mécanismes identitaires du groupe, il n'y a pas de place pour des normes générales, unitaires et impersonnelles. Tout mécanisme de déclaration générale va donc à l'encontre de l'organisation plurale et de l'interdépendance recherchée entre les groupes* ». LE ROY E. Les fondements anthropologiques des droits de l'homme, *RRJ* 1992, p. 139.

<sup>942</sup> Chez ces derniers, on observe que la question des droits de l'homme est discutée au sein même des cultures qui lui ont donné naissance. Elle est conçue comme « *exclusivement occidentale* ». Adopter le concept des droits de l'homme, c'est s'assimiler dans la culture occidentale (PANIKKAR R cité par LE ROY E. Les fondements anthropologiques des droits de l'homme, *op. cit.* p. 145). Yves MADIOT concédait lui aussi qu'« *il est impossible de reconnaître l'existence d'un universalisme de la conception des droits de l'homme. Il n'existe qu'une adhésion de façade à une terminologie (...) qui camoufle de multiples sens* ». MADIOT Y. *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, *op. cit.* p. 56.

<sup>943</sup> Cité par NDIAYE B. De l'Europe à l'Afrique : le modèle européen est-il exportable ? 2 Modèle européen ou universalité des droits de l'homme ?, *op. cit.* p. 443-444.

<sup>944</sup> Cité par MADIOT Y. *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, *op. cit.* p. 56.

<sup>945</sup> La conception indienne met en avant le fait que les droits de l'homme ne sont pas uniquement des droits individuels. Ils ne sont pas propres à l'homme mais « *concernent également la totalité du déploiement cosmique de l'univers* ». Il ne s'agit pas uniquement de droits mais aussi de devoirs (LE ROY E. Les fondements anthropologiques des droits de l'homme, *op. cit.* p. 149). On peut aussi penser que les difficultés dans la mise en œuvre des droits de l'homme en Chine s'expliquent par la tradition confucéenne qui domine encore la société chinoise et « *continue à justifier le fonctionnement d'un pouvoir étatique total* ». Le principe de la déclaration de droits semble contraire à l'idéal confucéen qui est celui d'un univers qui se gouverne spontanément. La protection des droits des individus contre le pouvoir est assurée par l'autodiscipline et par les rites. Dans le monde musulman, les droits de Dieu

On peut observer que ces droits qui sont considérés aujourd'hui comme incontournables n'ont pas toujours été présents dans le système juridique français. « *L'illusion universaliste* » comme la nomme un auteur, vient de l'héritage révolutionnaire<sup>946</sup>. Les droits de l'homme s'inscrivent en rupture vis-à-vis de l'arbitraire et du totalitarisme de l'Ancien régime. Le relativisme n'effleure pourtant pas certains auteurs de la Déclaration de 1789. Il ne s'agissait pas de produire un texte applicable seulement en France mais conçu « *pour l'homme en général* »<sup>947</sup>. La Déclaration des droits de l'homme est devenue Convention européenne des droits de l'homme<sup>948</sup> mais les auteurs continuent d'observer qu'au-delà de la proclamation des droits, les divergences d'application demeurent. Un processualiste constate ainsi que le droit commun du procès européen demeure un idéal qui ne s'applique pas uniformément dans les Etats signataires en raison des particularismes<sup>949</sup>.

**173. L'idéologie des droits de l'homme.** En définitive, l'universalité des droits de l'homme, dont l'application diverge même dans les pays occidentaux, est surtout utilisée comme un instrument de domination culturelle assorti de sanctions économiques. On explique ainsi que le pluralisme des sociétés traditionnelles a dû plier sous le poids de la colonisation qui les a obligées « *à adapter (leur) structure à une version autoritaire du modèle institutionnel occidental* ». Dans la période contemporaine, les Etats, qui se sont substitués aux puissances coloniales, ont pris le relais de cet autoritarisme uniformisateur hérité de la tradition occidentale<sup>950</sup>. A l'heure actuelle l'influence culturelle des sociétés occidentales persiste précisément grâce à la philosophie des droits de l'homme et à l'utilisation d'une tutelle économique<sup>951</sup>. L'aide économique est un instrument efficace à la disposition des Etats occidentaux pour procéder à une uniformisation forcée de leur idéal politique fondé sur le diptyque démocratie - droits de l'homme. La suprématie économique succède donc à la domination coloniale avec pour conséquence l'expansion progressive du modèle politique occidental. Il ne permet pourtant pas d'affirmer l'universalité de certains droits, qu'il s'agisse spécialement des droits de l'homme ou plus généralement des principes généraux du droit.

---

sont préférés aux droits de l'homme (*Ibid* p. 151 et aussi ROULAND N, *op. cit.* p. 135). Ces derniers sont donc soumis à la loi divine. Au contraire, dans la conception occidentale laïque, l'homme est placé au centre des intérêts. Il doit être protégé contre toutes les atteintes à sa personne. L'idée de suprématie divine héritée du jusnaturalisme classique a finalement été abandonnée au profit du développement de la primauté de la personne humaine.

<sup>946</sup> COURTOIS G. Le procès des droits de l'homme, *Droit et Culture* 1991, n°22, p. 153.

<sup>947</sup> *Ibid* p. 154.

<sup>948</sup> Puis Convention de sauvegarde des droits de l'homme avec le protocole n°11 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1988.

<sup>949</sup> ROUETTE G. Brèves remarques sur l'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *Justices* 1997, n°7, p. 63.

<sup>950</sup> LE ROY E. Les fondements anthropologiques des droits de l'homme, *op. cit.* p. 154.

<sup>951</sup> Dans un discours de 1990 (discours de la Baule), le Président de la République française établissait un lien entre l'aide économique aux Etats africains et l'évolution vers des structures politiques démocratiques. De son côté, la Commission européenne des droits de l'homme proposa de soumettre l'aide économique au profit des pays du tiers monde, au respect par ces Etats des droits de l'homme<sup>951</sup>. Lors de la signature des accords de Lomé III et VI (1983 et 1989) aménageant la coopération commerciale entre l'Union européenne et les pays ACP, la question des droits de l'homme fut abordée. L'article 5 des accords de 1989 prévoyait que les droits de l'homme soient un facteur fondamental de développement. Cette insertion d'une stipulation de nature politique dans un texte commercial fut ressentie par les pays ACP comme une atteinte à leur souveraineté et une ingérence dans leurs affaires intérieures. Ces derniers rejetèrent l'amalgame entre les droits de l'homme et l'aide économique et l'article 5 fut refondu lors de la signature d'un accord de révision en 1995. MADIOT Y, *op. cit.* p. 59.



## b) Les principes directeurs et l'universalité des principes généraux du droit

174. Si l'universalisme ne tient pas aux droits de chaque individu, on peut tenter de le chercher ailleurs. Les principes généraux du droit, en tant que règles fondatrices d'un système juridique, constitueraient dans cette perspective, un lien possible entre tous les systèmes juridiques. En droit processuel, les normes universelles se trouveraient dans la catégorie des principes directeurs. Attirante de prime abord, une telle opinion ne résiste pas à l'examen.

Pour Henri BUCH, les principes directeurs sont les « *corollaires de l'état social* »<sup>952</sup> en ce sens qu'il expriment à un moment donné l'état des rapports entre la *liberté* et l'*égalité* des hommes. Ils n'ont pas de valeur absolue et varient en raison de l'action des différents facteurs sociaux. L'auteur poursuit en considérant que chaque société hérite des principes généraux du passé, mais elle produit aussi les siens. Ces normes rendent donc compte avant tout des « *rapports tels qu'ils existent dans la réalité sociale* »<sup>953</sup>. Le Professeur GOYARD FABRE évoque dans le même sens la question des principes juridiques posés par le législateur<sup>954</sup>. Ces principes ne sont pas immuables. Leur contenu et leur existence sont contingents. Comme les autres règles, « *ces propositions rectrices (...) sont exposées aux vicissitudes de l'histoire juridique* ».

Ces réflexions théoriques sur le sort des principes juridiques établissent un lien entre l'absence de caractère universel et la possibilité de déroger, ou de modifier à loisir le contenu d'un principe. La règle universelle est-elle une règle absolue, insusceptible de dérogations ? Il s'agit là d'une question délicate qu'il est nécessaire de poser. L'argument traditionnel de la théorie universaliste est d'expliquer que les droits qui sont universels sont mis en œuvre dans le respect du pluralisme ou des particularismes<sup>955</sup>. La possible dérogation à un droit ne serait-elle pas au contraire la preuve de sa relativité générale (au regard de son application, dans le temps et dans l'espace) ? Le fait qu'un droit puisse plier devant certaines contraintes ne permet-il pas de démontrer que ce droit n'a pas vocation à s'appliquer systématiquement, donc universellement ? Un exemple est significatif à cet égard.

L'article 2 de la CESDH consacre le *droit à la vie*. Pour autant, dans deux arrêts de la CEDH relatifs à des opérations de police ayant conduit au recours à la force meurtrière, l'atteinte à la vie a été admise sous certaines conditions<sup>956</sup>. Dans le premier arrêt, la Cour affirme le caractère éminent du droit à la vie considéré comme « *l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe* ». D'un autre côté, elle applique strictement la Convention qui autorise le recours à la force meurtrière, notamment pour assurer la défense d'autrui contre la violence illégale. En application de cette jurisprudence, la Cour a rejeté l'hypothèse de la violation de la Convention pour une opération de police visant à délivrer une jeune femme prise en otage par son fiancé qui menaçait de la tuer alors que cette action policière a conduit à la mort des deux jeunes gens.

La CEDH fait une application parcimonieuse du droit d'attenter à la vie. Il n'en reste pas moins que le *droit à la vie* subit en l'espèce d'importantes dérogations. Peut-on rejeter

---

<sup>952</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p. 55.

<sup>953</sup> *Ibid*, p. 69.

<sup>954</sup> GOYARD-FABRE S. *Essai critique de phénoménologie du droit*, Librairie KLINCKSIECK, Paris, 1972, p. 285.

<sup>955</sup> En ce sens notamment ROULAND N, *Penser le droit*, *op. cit.*, pp. 134-136.

<sup>956</sup> CEDH 27 septembre 1995, *Mc Cann c/ Royaume Univ* série A n°324, *JCP* 1996, I, 3910, observations SUDRE F. ; CEDH 9 octobre 1997, *Andronicou et constantinou c/ Chypre*, *JCP* 1998, I, 107, observations SUDRE F.

l'universalité de ce principe au regard des dérogations qui lui sont infligées ? Certains auteurs semblent affirmer le contraire. Un philosophe constate ainsi l'ambivalence des normes sociales et juridiques dont la prétention est l'universalisme alors que leur application subit d'importantes dérogations<sup>957</sup>. Ce dernier estime ainsi que la justification philosophique de la dérogation « *est un hommage rendu à l'universalité de la règle* »<sup>958</sup>. Une telle affirmation est séduisante mais il semble au contraire que les exceptions mettent en évidence l'existence de règles qui viennent contrarier le principe dans la mesure où l'application de ce principe ne se justifie pas systématiquement. La relativité qui fait partie de la définition de chaque norme juridique et particulièrement de chaque principe, semble incompatible avec l'idée d'universalité. Cette observation s'applique aux principes de procédure. Ces derniers sont d'autant moins universels que le droit processuel ne possède pas ce caractère.

### c) Les principes directeurs et l'universalité du droit processuel

**175. La relativité du droit processuel.** Les règles du droit processuel varient dans l'espace et dans le temps. C'est un phénomène que l'on observe en procédure pénale ou civile. Le Professeur PRADEL explique quelle est l'incidence de la situation politique d'une société sur sa procédure pénale<sup>959</sup>. Cette matière est liée aux valeurs et à la culture d'un peuple. Il paraît exclu de pouvoir envisager « *le schéma d'une procédure mondiale* » uniforme et ce malgré l'existence de certaines procédures internationales<sup>960</sup>. Un constat identique peut être dressé en procédure civile. Chaque Etat possède un système judiciaire et processuel particulier pour l'application de ses lois civiles<sup>961</sup>. Le droit judiciaire privé subit ainsi les développements historiques ou les modèles politiques<sup>962</sup>.

L'idée d'universalité existait déjà sous l'Ancien Régime. Au 18<sup>ème</sup> siècle, on estimait que les règles inscrites dans l'ordonnance de 1670 étaient « *fondées sur des principes inébranlables justifiés par l'expérience la plus constante contre laquelle viendront toujours échouer des systèmes enfantés par un esprit de contradiction et de nouveauté* »<sup>963</sup>. L'ordonnance de 1670 énonçait les principes suivants : le serment imposé à l'accusé, le *secret de la procédure*, l'absence d'avocat, le système des *preuves légales* et la pratique de la « question ». Il semble bien que la plupart de ces principes aient été renversés alors même qu'on prétendait ces prescriptions immuables. L'histoire suggère à un auteur la réflexion suivante : « *publicité, droits de la défense, l'attachement à ces dispositions nous paraît aller de soi, mais elles n'allèrent pas toujours de soi et s'il en est ainsi maintenant, nous le devons*

<sup>957</sup> RICOEUR P. *Le juste*, Seuil, Paris, 1995, p. 213.

<sup>958</sup> L'auteur s'interroge sur l'hypothèse de la « guerre juste ».

<sup>959</sup> PRADEL J. Inquisitoire – Accusatoire, une redoutable complexité, *RIDP 1997*, 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> trimestres, p. 213. Le système accusatoire caractérise plutôt l'Etat libéral et démocratique. Il traduit ainsi la méfiance entretenue par le dogme libéral à l'égard de la puissance publique. Dans les Etats autoritaires, le système procédural est dominé par une conception inquisitoire caractérisée par la diminution des droits des parties privées au profit des représentants du pouvoirs.

<sup>960</sup> *Ibid*, p. 116.

<sup>961</sup> BORDEAUX R. cité par STORME M. Le droit judiciaire, *de diversitate unitas ? Justices 1997*, n°7, p. 69.

<sup>962</sup> La première codification imposée par les autorités communistes fut celle de la procédure civile dominée par le principe inquisitoire révélant ainsi l'emprise du pouvoir politique sur les litiges privés. *Ibid*, p. 75

<sup>963</sup> MUYARD DE VOUGLANS cité par TRICAUD F. Le procès de la procédure criminelle à l'âge des lumières, *APD 1994*, t 39, p. 161.

*pour une très large part aux hommes des lumières* »<sup>964</sup>. La procédure dépend des convictions politiques, mais aussi des croyances. Ceci est particulièrement vrai en droit de la preuve.

**176. Illustration en droit de la preuve.** Les signes de la vérité dans le procès dépendent de la faculté qu'ils ont d'emporter la conviction des juges et du public. La preuve ne vaut que par la légitimité qu'elle détient et par la puissance qu'elle développe pour convaincre. Un chercheur rapporte ainsi des extraits d'un procès pour homicide involontaire qui s'est déroulé au Gabon en 1964<sup>965</sup>. Un accident de chasse avait eu lieu et l'auteur du coup mortel se défendait en arguant qu'il n'avait pas tiré sur un homme mais sur un singe. Les attendus du tribunal de grande instance de Lambarené sont édifiants.

*« Attendu qu'il est de notoriété publique au Gabon que les hommes se changent soit en panthère, soit en gorille, soit en éléphant...*

*Attendu que les transformations des hommes en animaux féroces ont en vue de ne pas effrayer le gibier... que J.A. parti en chasse sans arme, n'en avait pas besoin, puisqu'il pouvait prendre du gibier autrement qu'avec une arme...*

*Attendu que le tribunal a l'entière conviction que J.A. s'est transformé en chimpanzé... ; que E.B. notable, ancien combattant, ne pouvait pas tirer en plein jour sur un homme contre lequel il n'avait aucun antécédent défavorable... »*

La recherche de la vérité ne peut suivre les mêmes règles de procédure dans toutes les cultures car ces règles sont elles mêmes déterminées par la force de persuasion qu'elles détiennent. Cette fonction de persuasion est « *étroitement liée au mécanisme mental, aux croyances qui prédominent dans les sociétés où elle s'exerce* »<sup>966</sup>. Celui qui défend cette opinion en déduit que le régime des preuves varie en fonction du crédit qui est accordé à ces preuves. L'adoption du principe de *liberté* dans la recherche des preuves ne confère pas aux éléments recueillis la valeur de certitudes. Pour cette raison, le principe de *loyauté* vient renforcer la légitimité des preuves rapportées librement. Les principes sont donc déterminés par la capacité qu'ils ont à rendre un élément probatoire crédible aux yeux des juges, mais aussi des justiciables.

**177. Conclusion.** Il n'existe donc pas de règles processuelles universelles dans la mesure où ces règles doivent répondre aux finalités propres définies par l'organisation sociale qui les édicte. Il n'existe pas non plus de principes universels car tous sont susceptibles de dérogations multiples. Il n'y a pas enfin, de droits universels attachés à la qualité d'homme et opposables en toutes hypothèses à l'Etat ou au groupe social. L'universalité des principes directeurs du procès judiciaire ne peut être rattachée à leur qualité de règles de procédure, de principe juridique ou à leur appartenance à la catégorie des droits de l'homme. Tout au plus pourra-t-on admettre l'existence d'une communauté de droits processuels applicables dans la plupart des Etats démocratiques occidentaux.

<sup>964</sup> *Ibid*, p. 167.

<sup>965</sup> VERDIER R. Signes de vérité et d'innocence, gages de certitude et de conviction : les rituels probatoires dans les sociétés de tradition orale, *Droits* 1996, n°23, p. 91.

<sup>966</sup> LEVY-BRUHL cité par DELMAS MARTY M. La preuve pénale, *Droits* 1996, n°23, p. 53.

## § 2 : L'affirmation d'une communauté de droits processuels dans les démocraties occidentales

**178.** Les systèmes juridiques nationaux occidentaux sont traditionnellement divisés entre les droits de tradition romano-germanique et ceux du système de la Common law<sup>967</sup>. Au début des années 90 on pouvait encore constater la « *résistance de certaines législations aux sollicitations de la Cour européenne* » des droits de l'homme. Dès lors, il n'y avait pas « *une procédure pénale européenne, mais des procédures pénales en Europe* »<sup>968</sup>. Le processus s'est aujourd'hui atténué, non seulement du fait des nombreuses similitudes que l'on trouve dans les systèmes processuels des différents Etats européens, mais aussi en raison de l'existence d'un droit supranational dont l'application est garantie d'un point de vue juridictionnel. On constate alors l'émergence progressive d'un droit commun européen qui déborde le simple cadre procédural.

**179. Les similitudes des systèmes processuels nationaux.** Il ne s'agit pas de se livrer ici à une étude de droit comparé. Il convient seulement de souligner avec certains auteurs que l'antagonisme des modèles de procédure n'a plus la portée qu'on lui a reconnue jadis. En procédure pénale, le Professeur DELMAS-MARTY explique ainsi que l'opposition entre procédures accusatoires et inquisitoires s'est en partie effacée pour laisser la place à un modèle dit « *contradictoire* » instaurant tout à la fois un débat durant la phase préparatoire et une discussion des preuves pendant la phase du jugement<sup>969</sup>. Un constat identique est dressé en procédure civile. D'une part, certains remarquent que les systèmes de common law introduisent peu à peu des règles de nature inquisitoire dans leur contentieux ; d'autre part, les recherches communes qui ont été conduites dans le sens de l'unification ont abouti à la réflexion selon laquelle un terrain d'entente pouvait être trouvé autour de la mise en œuvre du principe du *contradictoire*<sup>970</sup>. Il semble enfin que des convergences se dessinent dans la répartition des rôles entre juge et parties. Ces dernières conservent généralement une assez grande liberté quant aux questions de fait alors que le juge a la charge de contrôler l'application du droit<sup>971</sup>. Ces rapprochements transfrontaliers ne constituent que les premiers pas d'un système juridique européen commun.

**180. Existence d'un droit commun européen.** On peut affirmer avec le Professeur BRIMO que les droits de l'homme dans leur ensemble composent un patrimoine commun que les Etats occidentaux formalisent d'un point de vue juridique au moyen de principes généraux du droit<sup>972</sup>. Ce phénomène de communautarisation des droits fondamentaux se manifeste surtout en Europe sous la forme d'un ordre public européen. Cet ordre public a été reconnu par la doctrine mais aussi depuis 1995 par la CEDH<sup>973</sup>. Il peut être défini comme « *un ensemble de règles perçues comme fondamentales pour la société européenne et*

<sup>967</sup> PRADEL J. Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes, *Mélanges Levasseur*, Litec, Paris, 1992, p. 459.

<sup>968</sup> *Ibid*, p. 469.

<sup>969</sup> DELMAS-MARTY M. Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels), *in, Quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous la direction de TAVERNIER P., Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 81.

<sup>970</sup> STORME M. Le droit judiciaire *De diversitate unitas ? Justices 1997*, n°7, p. 69.

<sup>971</sup> Pour une étude détaillée, DELICOSTOPOULOS Y.S. L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire national sur le fait et le droit, *Justices 1997*, n°6, p. 117.

<sup>972</sup> BRIMO A. Les principes généraux du droit et les droits de l'homme, *APD 1983*, t 28, p. 257.

<sup>973</sup> CEDH 23 mars 1995 *Loizidou c/ Turquie*, série A n°310.

s'imposant à ses membres »<sup>974</sup>. Cet ordre public s'agence autour du droit communautaire et de la CESDH. On le retrouve dans le préambule de cette Convention qui évoque l'idée d'un « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit » et dans le Traité d'Amsterdam dont l'article 6§1 prévoit que « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres ». L'ordre public européen est donc constitué avant tout de valeurs communes : liberté et respect des droits individuels, démocratie et prééminence du droit. Sur un plan communautaire, un auteur a pu affirmer que le Traité d'Amsterdam renforçait « la dimension constitutionnelle du Traité de Rome »<sup>975</sup>. Ce phénomène de constitutionnalisation au-delà des cadres nationaux est l'indice le plus évident de la convergence des systèmes juridiques que l'on observe notamment en droit processuel.

En procédures civile et pénale, c'est l'article 6 de la CESDH qui fait figure de droit commun processuel. Il définit un ensemble de principes susceptibles d'être appliqués dans tous les systèmes juridiques des Etats composant le Conseil de l'Europe. Au-delà de la Convention, le Conseil de l'Europe tend à développer le mouvement d'uniformisation sur un mode non contraignant. Une recommandation adoptée par le Conseil des Ministres en 1984 se fonde sur l'article 6 de la Convention pour proposer des principes de procédure civile<sup>976</sup>. En procédure pénale, les premiers pas de l'harmonisation ont pris la forme d'un *corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne<sup>977</sup>. Partant du principe selon lequel le budget de l'Union européenne constitue « l'expression concrète d'un véritable patrimoine commun<sup>978</sup> aux citoyens de l'Union »<sup>979</sup> et que les atteintes à ce patrimoine présentent une certaine gravité, un groupe d'universitaires a élaboré un *corpus* de règles de droit pénal et de procédure pénale applicables devant les instances communautaires. Elles ont vocation à définir les fondements d'un droit processuel commun applicable dans un « espace judiciaire européen »<sup>980</sup>. On y retrouve l'énoncé de principes directeurs tels que celui du *contradictoire*, de la *garantie judiciaire*, le rejet de la preuve obtenue en violation des droits fondamentaux consacrés par la CESDH, le *secret de la mise en état* et la *publicité des débats*, la *présomption d'innocence*, et les *droits de la défense*. Le *corpus juris* prévoit, outre ces principes, la création d'un ministère public européen, véritable autorité judiciaire de l'Union, indépendant, indivisible et solidaire, ayant en charge la conduite de la phase préparatoire et des poursuites devant la juridiction de jugement.

Regroupés autour de valeurs communes, les principes juridiques définis en droit communautaire et européen représentent une communauté de droits sur le territoire européen. Leur efficacité est renforcée par leur protection juridictionnelle.

<sup>974</sup> SUDRE F. Existe-t-il un ordre public européen ? in *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous la direction de TAVERNIER P., Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39.

<sup>975</sup> SUDRE F. La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? *JCP* 1998, I, 100.

<sup>976</sup> « Principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice », *Recommandation n°R (84) 5, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 28 février 1984*, Publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1984.

<sup>977</sup> *Corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, sous la direction de DELMAS-MARTY M., Economica, Paris, 1997.

<sup>978</sup> L'expression de « patrimoine commun » est ici employée dans son sens pécuniaire.

<sup>979</sup> *Ibid*, p. 13. Citation du Conseil « justice et affaires intérieures », groupe de droit pénal / droit communautaire.

<sup>980</sup> *Ibid* p. 7. Concept élaboré par M. Francesco De Angelis, directeur à la Commission européenne.

**181. La mise en oeuvre du droit commun européen.** Le processus d'uniformisation des droits processuels en Europe passe avant tout par la possibilité pour chaque individu de saisir un juge<sup>981</sup>. D'un côté, la CJCE utilise le recours aux principes généraux pour instituer un contrôle communautaire des droits fondamentaux qu'elle va notamment puiser dans la CESDH. D'un autre côté, la CEDH est à la recherche d'une « *conception et (de) critères aussi homogènes que possible sur la portée des droits de l'homme énumérés dans la Convention* »<sup>982</sup>. En ce sens, un auteur souligne la relation existante entre les principes généraux du droit tels qu'ils sont proclamés et protégés par la CJCE et les droits de l'homme<sup>983</sup>. On remarque en effet que le droit processuel commun européen ne peut se construire autour de règles techniques et précises. La reconnaissance de principes demeure le seul moyen de réunir différents Etats autour de valeurs communes exprimées dans des normes générales et flexibles. Les principes permettent de donner un contenu juridique à des notions ou à des idées politiques. L'harmonisation des droit internes n'est pourtant possible que dans le respect d'une « *marge nationale d'appréciation* »<sup>984</sup>. L'uniformisation des droits nationaux dans le cadre européen ne vise pas à imposer l'identité mais plutôt « *une proximité, un certain degré d'appartenance* »<sup>985</sup>. Les principes directeurs sont les acteurs de cette proximité, ils définissent un cadre juridique dans lequel les droits nationaux peuvent évoluer en raison de leur spécificité.

Les principes directeurs ne possèdent donc pas le caractère de l'universalité. Tout au plus, certains de ces principes débordent le cadre national pour atteindre le droit européen. Le droit processuel commun est donc celui des principes, mais son application uniforme demeure très relative. La même relativité est attachée à un autre caractère que l'on tente de reconnaître aux principes procéduraux : celui de la consubstantialité.

## *Section 2 : La consubstantialité des principes directeurs du procès judiciaire*

**182.** La consubstantialité se définit comme l'unité et l'identité de substance. Deux notions sont consubstantielles lorsqu'elles ne forment qu'une seule et même substance. Une partie de la doctrine processuelle s'est penchée sur la substance du procès et en a déduit l'existence d'un ensemble de principes qui ne pouvaient être détachés de la notion même de procès (§ 1). Cette position est discutable et l'on s'attachera à la relativiser (§ 2).

### **§ 1 : Les thèses consubstantialistes**

**183.** Largement inspirées d'une conception moderne du droit naturel, la doctrine consubstantialiste défend l'idée selon laquelle le procès s'identifierait à certains de ses principes directeurs. Sans ces principes, il n'y aurait plus lieu de parler de procès (A). Cette hypothèse pourrait alors être vérifiée par le constat que les principes consubstantiels connaissent une application généralisée (B).

---

<sup>981</sup> FONTBRESSIN P. Au-delà des approches institutionnelles, le juge européen, un philosophe de l'action, *JCP* 1997, I, 4049.

<sup>982</sup> VALTICOS N. cité par FONTBRESSIN P, *ibid.* p. 396.

<sup>983</sup> BRIMO A. Les principes généraux et les droits de l'homme, *op. cit.* p. 266.

<sup>984</sup> DELMAS-MARTY M. Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989.

<sup>985</sup> *Ibid* p. 167.

### A) La consubstantialité supposée de certains principes directeurs du procès judiciaire

**184.** Ce caractère est affirmé avec force à propos du principe du *contradictoire* dans la thèse du Professeur FRISON-ROCHE<sup>986</sup>. Cet auteur débute son raisonnement avec un constat évident en apparence : « *la discussion est le moteur du raisonnement judiciaire* »<sup>987</sup>. Le juge est maître du dialogue qui naît entre les parties mais il ne peut juger sans avoir établi ce dialogue au préalable. L'auteur en conclut que « *le contradictoire est le noyau logique du raisonnement judiciaire et du procès en ce qu'il permet la découverte de la solution juste et de son préalable, la vérité des faits* »<sup>988</sup>. Le principe du *contradictoire* est la règle qui permet d'établir le dialogue entre les parties et ce dialogue est indispensable pour la résolution du litige. « *C'est pourquoi, ce mécanisme qui aménage la discussion s'identifie au procès qui lui doit son développement d'une façon naturelle* »<sup>989</sup>. Le syllogisme ainsi exposé semble sans faille. Il a emporté l'adhésion de nombre d'auteurs. Le premier réflexe est celui de trouver dans le vieil adage *audi alteram partem*, le fondement antique et inébranlable du *contradictoire*. La référence biblique permet aussi à certains de mettre en avant la pérennité de la règle. On la trouve exprimée dans la genèse<sup>990</sup> ou encore dans le procès du roi Salomon<sup>991</sup>.

Le doyen VIZIOZ constatait que le principe domine toutes les procédures qu'elles soient civile, administrative, pénale ou disciplinaire et qu'il constitue « *la garantie nécessaire d'une élémentaire justice* »<sup>992</sup>. Le principe garantit la justice ; cette justice est la finalité ultime du procès ; le *contradictoire* est donc consubstantiel à tout procès. Les Professeurs CORNU et FOYER estiment que ce principe « *est de l'essence du procès, il lui donne sa forme qui est normalement celle d'un débat contradictoire* »<sup>993</sup>. Plus généralement, les deux éminents processualistes estiment que ce sont les *droits de la défense* qui rapprochent le procès civil des autres espèces de procès<sup>994</sup>. Cette doctrine est relayée en droit public par Henri BUCH pour qui les *droits de la défense* « *constituent le critère même de l'existence d'un juge* »<sup>995</sup>.

Peu à peu, l'idée de consubstantialité fut développée à propos d'autres principes. Le droit à être jugé par une juridiction *indépendante* et *impartiale* fut ainsi qualifié de « *symbole de l'idée de démocratie appliquée au procès* »<sup>996</sup>. De son côté, le Professeur MORVAN

<sup>986</sup> FRISON-ROCHE M.A. *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris 2, 1988.

<sup>987</sup> *Ibid*, p. 256.

<sup>988</sup> *Ibid*, p. 259.

<sup>989</sup> *Ibid*, conclusion p. 41.

<sup>990</sup> FRISON-ROCHE, *op. cit.* p. 7.

<sup>991</sup> CARBONNIER J. *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 1998, 9<sup>ème</sup> éd., p. 382. Le Professeur CARBONNIER attribue au roi Salomon l'introduction du *contradictoire* dans la procédure.

<sup>992</sup> VIZIOZ, *Etudes de procédure*, éditions Bière, Bordeaux, 1956, n°237, p. 447.

<sup>993</sup> CORNU G., FOYER J. *Procédure civile*, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> éd., 1958, p. 369. Dans la dernière édition de leur manuel, les auteurs affirment que le *contradictoire* fait partie des principes qui « *ont pour fin supérieure de garantir la justice du procès* ». 3<sup>ème</sup> éd., 1996, p. 466, n°101.

<sup>994</sup> CORNU G., FOYER J. *Procédure civile*, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> éd., 1958, p. 364. Le terme de *droits de la défense* est ici entendu dans un sens étroit : il s'agit non seulement du *contradictoire*, mais aussi de ses corollaires que sont la liberté de la défense et le formalisme de la procédure. *Ibid*, p. 371 et suiv.

<sup>995</sup> BUCH H. A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs, *Mélanges Ganshof van der meersch*, t 3, LGDJ, Paris, 1972, p. 417.

<sup>996</sup> KOERING-JOULIN R. La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *RSC 1990*, p. 765.

évoque des principes dont la faculté est de « *déambuler* » dans différentes branches du droit. Pour cet auteur certains principes de procédure sont présents dans toutes les formes de procès mais il ne s'agit que des « *principes les plus consubstantiels à la notion de procès, à l'office même du magistrat (...)* Ils imprègnent tout ordre juridique digne de ce nom »<sup>997</sup>. Sont ainsi cités, l'incontournable principe du *contradictoire*, mais aussi les *droits de la défense*, ceux contenus dans l'article 6§1 de la CESDH, le principe jurisprudentiel de l'*égalité des armes*, et enfin celui de la *motivation des décisions de justice*<sup>998</sup>. Les principes consubstantiels au procès se démarquent des autres normes du droit processuel en ce que leur application est généralisée.

### B) L'application généralisée comme indice de la consubstantialité

**185.** Nombreux sont les indices qui tendent à établir que certains principes sont applicables devant toutes les juridictions françaises ou devant les autorités possédant un pouvoir juridictionnel. On peut en citer quelques-uns à titre d'exemple. Le principe du *contradictoire* s'applique aux procédures de droit commun mais aussi devant les juridictions spéciales. La Cour d'appel de Montpellier a décidé qu'un jugement qui avait prononcé la liquidation judiciaire d'une entreprise en difficulté, sans que cette société n'ait été valablement informée de l'audience, encourait la censure sur le fondement de l'article 14 du nouveau Code de procédure civile selon lequel nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée<sup>999</sup>. En ce qui concerne les autorités administratives indépendantes, force est de constater que le particularisme de leur objet et de leur procédure ne permet pas d'écarter l'application de principes aussi essentiels que celui d'*indépendance* ou d'*impartialité*<sup>1000</sup>. Certains statuts prévoient expressément l'interdiction pour les membres de ces autorités de prendre part aux délibérations sur un dossier dans lequel ils auraient un intérêt<sup>1001</sup>. Le Conseil constitutionnel a dégagé plus généralement une obligation d'*impartialité*<sup>1002</sup> applicable à la COB. La Cour de cassation enfin, soumet ces autorités lorsqu'elles font usage de leurs pouvoirs de sanction, à l'exigence du « *tribunal impartial* » visé par la CESDH<sup>1003</sup>.

Les allusions doctrinales à la consubstantialité de certains principes directeurs et du procès sont nombreuses et reposent sur des raisonnements apparemment cohérents. Dans le droit positif, la thèse de la consubstantialité est corroborée par un certain nombre d'exemples de principes applicables devant toutes les autorités juridictionnelles. Ces principes constitueraient donc un noyau dur de normes attachées à la fonction juridictionnelle. Il est possible de démontrer au contraire, que ces principes ne sont pas intimement attachés à toutes

<sup>997</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, n°475, p. 427.

<sup>998</sup> *Ibid*, p. 428-429. le Professeur MORVAN estime notamment à propos du juge que « *la motivation est, à l'instar de la contradiction entre les parties, de l'essence même de son pouvoir de juridiction* ».

<sup>999</sup> CA Montpellier 18 février 1997, *Dalloz* 1998, juris., p. 227, note BOURDILLAT J.J. Le commentateur de l'arrêt explique à ce propos que « *le strict respect des principes directeurs du procès par les juridictions d'exception induit non seulement leur connaissance, mais il suppose aussi leur compréhension, et in fine, leur acceptation* ». *ibid*, p. 228.

<sup>1000</sup> DOUVRELEUR J., DOUVRELEUR O. Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes, *Mélanges Robert (Jacques)*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 323.

<sup>1001</sup> Pour la COB, le Conseil de la concurrence, et la Commission des clauses abusives, *ibid*, p. 338.

<sup>1002</sup> CC 28 juillet 1989 89-260 DC, *Rec.* p. 71, *RFDA* 1989, n°4, p. 671, observations GENEVOIS B.

<sup>1003</sup> Pour la COB, Cass. com. 18 juin 1996, *Bull. civ.*, n°179 ; pour le Conseil de la concurrence, Cass. com. 8 décembre 1992, *Bull. civ.*, n°404.



les formes de procès mais dépendent de la fonction qui est assignée à l'autorité juridictionnelle. La consubstantialité des principes est donc toute relative.

## § 2 : La relative consubstantialité des principes directeurs du procès judiciaire

**186.** L'adéquation des principes directeurs avec le procès judiciaire dépend de la fonction assignée à ce processus de résolution des conflits. On peut opposer schématiquement deux types de procès. Le premier est le procès politique dont l'objectif réside dans la protection d'un intérêt politique<sup>1004</sup>. Le second est le procès démocratique dans lequel le litige ne soulève aucune question de nature politique. Les magistrats ne se préoccupent alors que de l'objet (civil, commercial, pénal...) du litige qui leur est soumis.

On constate dans un premier temps que le procès politique ignore la plupart des principes reconnus pour être consubstantiels (A). On pourrait répliquer que le particularisme de ce procès ne permet pas de le considérer comme une forme moderne de résolution des conflits. Il faut remarquer dans un second temps, que le procès démocratique connaît lui aussi, de nombreuses applications dérogatoires aux principes dits « consubstantiels » (B).

### A) La défaillance des principes directeurs dans le procès politique

**187.** Le procès politique est une forme particulière de procès dont il est difficile de dire, tellement elle a marqué l'histoire, qu'elle relève d'un fonctionnement anormal des institutions juridictionnelles. Il s'agit simplement d'une institution procédurale répondant à des finalités propres et définie par des règles souvent dérogatoires au droit commun procédural. Pour illustrer ce propos, on choisira trois exemples caractérisés par leur diversité historique et géographique. Le premier est pris dans la période de l'ancien régime. Il s'agit du procès du Surintendant FOUQUET. Le deuxième est emprunté à l'histoire contemporaine. On le trouve dans les procédures relatives aux affaires politiques en URSS. Le troisième enfin, est attaché à l'actualité. Il est représenté par les procédures exceptionnelles qui se pratiquent en matière de lutte contre le terrorisme.

**188. *Le procès du Surintendant FOUQUET.*** Ce haut personnage de l'Etat a officié durant les années qui précédèrent l'arrivée au pouvoir de Louis XIV<sup>1005</sup>. Chargé de remplir les caisses de l'Etat, le Surintendant avait largement puisé dans le trésor royal pour entretenir une vie fastueuse et procéder à des acquisitions immobilières. Il fut en cela opposé à COLBERT et, se sachant menacé, il ébaucha un plan de défense consistant dans son retrait à Belle-Ile, dont il avait acquis la propriété. FOUQUET fut arrêté le 5 septembre 1661 et les poursuites dont il fit l'objet concernaient à la fois les malversations financières et le crime de lèse-majesté. Au-delà du procès, le roi, sous l'influence de COLBERT, recherchait à tout prix une condamnation exemplaire<sup>1006</sup>. Les deux hommes écartèrent ainsi l'hypothèse d'un procès devant le parlement au profit d'une commission spéciale composée de juges acquis à la cause royale<sup>1007</sup>.

Dès son premier interrogatoire, FOUQUET demanda à être jugé par le parlement et mentionna qu'aucun acte de procédure ne lui avait été signifié. Plus tard, il se plaindra encore

<sup>1004</sup> Suprématie de l'Etat, du chef, ou protection d'une idéologie.

<sup>1005</sup> BASTID P. *Les grands procès politiques de l'histoire*, Fayard, Paris, 1962, p. 156 et suiv.

<sup>1006</sup> Notamment JESTAZ PH. L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature, *RTD civ.* 1983, p. 233.

<sup>1007</sup> BASTID P. *Les grands procès politiques de l'histoire*, op. cit. p. 161.

qu'aucun document de la procédure ne lui soit accessible estimant injuste que ces pièces ne puissent être utilisées que par l'accusation<sup>1008</sup>. Les perquisitions qui ont été faites chez lui l'ont été en son absence et FOUQUET soutiendra qu'on lui a dérobé les preuves de son innocence. COLBERT se chargera lui-même de faire pression sur certains magistrats trop scrupuleux et indépendants. Pourtant, seule l'accusation de malversation fut retenue alors que la lèse-majesté fut déclarée infondée. Après cinq jours de délibéré, il n'y eut que neuf voix sur vingt deux pour réclamer la peine capitale requise par le Procureur général et souhaitée par le roi. FOUQUET fut finalement condamné au bannissement. Une sanction qui équivalait à la liberté. Louis XIV devait alors commuer la peine en réclusion à perpétuité.

Outre les malversations financières qu'il avait effectivement commises, FOUQUET était surtout un adversaire politique de COLBERT qui réussit à retourner le roi contre lui. Son procès prenait dès lors des allures politiques renforcées par le projet de retrait à Belle-Ile. La procédure fut entièrement dirigée dans le sens de la culpabilité et de la condamnation. Nombre de principes essentiels furent violés. Celui de *l'indépendance* des magistrats, condition nécessaire de leur *impartialité* ; celui des *droits de la défense* et notamment du *contradictoire*, par l'impossibilité pour FOUQUET d'accéder aux pièces de son dossier ; celui de la *présomption d'innocence*, par la dissimulation vraisemblable de documents établissant son innocence ; celui enfin de *l'autorité de la chose jugée* puisque Louis XIV avait en définitive commué la peine de bannissement en réclusion. Les règles de procédure furent adaptées à la fonction même de ce procès qui était destiné à asseoir le pouvoir du roi dans son règne naissant et en conséquence, à écarter les personnalités susceptibles de faire ombre à ce pouvoir.

Le procès politique vise à protéger une personne, une puissance, une idéologie. On retrouve cette idée avec le procès politique soviétique.

**189. Le procès politique en URSS.** Dans un recueil d'articles consacrés à la question de la justice<sup>1009</sup>, a été rapportée une décision du bureau politique du parti communiste soviétique du 5 mars 1940 signée de Joseph STALINE<sup>1010</sup>. Ce texte peut être rapidement résumé comme suit :

« Confier au NKVD de l'URSS :

*les cas de 14 700 personnes qui se trouvent dans les camps de prisonniers de guerre, anciens officiers polonais, fonctionnaires, propriétaires terriens (...)*

*ainsi que les cas de 11 000 personnes arrêtées qui se trouvent dans les prisons des régions occidentales de l'Ukraine et de la Biélorussie, membres de diverses organisations contre-révolutionnaires d'espionnage et de subversion, anciens propriétaires terriens, industriels, anciens officiers polonais, fonctionnaires et transfuges – à examiner selon la procédure spéciale, avec application à ceux-ci de la peine capitale, par fusillade.*

*L'examen de ces cas doit être fait sans convoquer les personnes arrêtées et sans leur communiquer l'accusation, ni la décision de clore l'enquête, ni la condamnation finale selon la procédure suivante :*

*Pour les personnes qui se trouvent dans les camps de prisonniers de guerre, en utilisant les documents présentés par la direction pour les prisonniers de guerre du NKVD de l'URSS.*

<sup>1008</sup> *Ibid*, p. 164.

<sup>1009</sup> *La justice, l'obligation impossible*, sous la direction de BARANES W. et FRISON-ROCHE M.A., éditions Autrement, Paris, 1994.

<sup>1010</sup> *Ibid*, p. 208.

*Pour les personnes arrêtées, en utilisant les documents des dossiers présentés par les NKVD de l'Ukraine et de la Biélorussie.*

*Confier l'examen des dossiers et l'exécution de la décision à la troïka tribunal d'exception (...) ».*

Nul n'est besoin de commenter ces lignes qui relatent les moments les plus sombres du stalinisme. Les procès politiques ont eu lieu pendant la période stalinienne mais se sont aussi poursuivis après la mort du dictateur. Leur étude montre que malgré l'adhésion de l'URSS aux principes énoncés notamment dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies<sup>1011</sup>, les règles de procédure nationales ont été adaptées à l'objectif de protection du régime politique<sup>1012</sup>. Cette négation des principes dits consubstantiels pouvait être inscrite dans les textes, mais, dans la plupart des cas, elle relevait de la pratique procédurale. En apparence, aucune procédure spéciale n'était appliquée au délinquant politique. En réalité, les principes directeurs du procès étaient déformés et détournés.

La *présomption d'innocence* présente une définition tout à fait ambiguë dans la Constitution soviétique dont l'article 160 prévoit que « *nul ne peut être reconnu coupable d'avoir commis une infraction, ni également faire l'objet d'une sanction pénale autrement que par jugement d'un tribunal et conformément à la loi* ». Ce texte ne reconnaît pas réellement la *présomption d'innocence*. Pour Mme MARIE, « *on se trouve en fait à égale distance entre une présomption d'innocence et une présomption de culpabilité, ce qui revient à déposséder le principe de sa valeur* »<sup>1013</sup>. La pratique révèle en effet que la presse d'Etat dénonce comme délinquants politiques des personnes avant même qu'elles ne soient jugées voire arrêtées.

Durant la phase préparatoire du procès, le Code de procédure pénale dispose : « *le défenseur est autorisé à participer à l'affaire à partir du moment où la clôture de l'instruction préparatoire est notifiée à l'inculpé* ». Le défenseur n'est donc pas présent pendant toute l'instruction du dossier. Les *droits de la défense* sont officiellement violés. La personne poursuivie dispose théoriquement, en vertu de l'article 48 du Code de procédure pénale de la liberté de choisir son défenseur, mais ce droit est exclu lorsqu'il s'agit d'un dossier politique. Une autorisation spéciale, le « *dopusk* », est nécessaire pour assurer la défense dans des dossiers qui ont été instruits par le KGB<sup>1014</sup>. Cette autorisation peut être refusée simplement en cas d'échec de l'avocat aux tests d'obéissance politique.

L'*indépendance* des magistrats n'est pas non plus garantie par la procédure soviétique. D'une part, les juges sont élus sur des listes établies par le parti communiste, d'autre part, leur mandat de courte durée (cinq ans) soumet le prolongement de leur carrière à leur docilité<sup>1015</sup>. Le parti organise de même l'avancement et l'affectation des magistrats ; s'occupe de leur formation politique ; contrôle leur activité. Dans les affaires politiques, la décision est dictée par le KGB aux magistrats<sup>1016</sup>.

---

<sup>1011</sup> Ce pacte adopté par l'assemblée générale de l'ONU fut ratifié par l'URSS le 16 octobre 1973.

<sup>1012</sup> MARIE-SCHWARTZEMBERG N. *Libertés publiques et procès politique en URSS*, thèse, Paris 1, 1986, pp. 401 et suiv.

<sup>1013</sup> *Ibid*, p. 421.

<sup>1014</sup> *Ibid*, p. 430.

<sup>1015</sup> MARIE N. *Le Droit retrouvé ? Essai sur les droits de l'homme en URSS*, Paris, PUF, 1989 ; cité par KOURILSKY CH., in *Droit et Culture* 1991, n°22, p. 172.

<sup>1016</sup> MARIE-SCHWARTZEMBERG N. *Libertés publiques et procès politique en URSS*, op. cit. p. 445.

La *publicité des débats* enfin est théoriquement garantie par l'article 157 de la Constitution selon lequel « *l'audience dans toutes les cours et tous les tribunaux est publique (...) le huis clos ne peut être prononcé que dans les cas définis par la loi et dans le respect de toutes les règles de procédure* ». Dans les faits, l'accès de la salle est soumis à la présentation d'un laissez-passer et l'auditoire est sélectionné. Plus exceptionnellement, le huis-clos est prononcé au motif que « *l'affaire constitue un secret d'Etat* »<sup>1017</sup>.

Violation de la *présomption d'innocence*, des *droits de la défense*, inexistence de magistrats *indépendants* et *impartiaux*, *publicité* fictive, ainsi sont appliqués quelques-uns des principes essentiels du procès. Bien que dérogoratoire à de nombreux principes, le mode de jugement et de condamnation politique en URSS conserve les caractères d'un procès. La délinquance politique est inhérente au système communiste. On explique ainsi que « *le système repose sur le postulat implicite qu'il n'y a pas – et ne peut pas avoir – d'opposition au système politique, quelle qu'elle soit. La société soviétique se veut une société harmonieuse, fondée sur un consensus populaire, ignorant tout conflit social ou politique* »<sup>1018</sup>. D'un autre côté, il s'agit de protéger le rôle dirigeant du parti communiste. Le procès est un mécanisme qui contribue à « *étouffer toute contestation ou protestation sociale ou politique* »<sup>1019</sup>. Il s'agit d'un instrument qui vise à assurer la suprématie du pouvoir politique. Pour autant, il s'agit bien d'un procès opposant un individu au ministère public et tranché devant un tribunal. La définition des principes directeurs du procès judiciaire dépend de la finalité que l'on attribue à la poursuite et à la condamnation. Les règles de procédure varient en raison de la fonction assignée au procès. On observe le même phénomène dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

**190. La lutte contre le terrorisme.** A l'heure actuelle, de nombreux Etats démocratiques connaissent des difficultés relatives à la lutte contre les organisations et les infractions terroristes. Si l'on regarde la nature des peines prévues pour les actes terroristes dans le Code pénal, on s'aperçoit que ces faits ne sont pas punis comme des infractions politiques<sup>1020</sup>. Rien non plus dans la définition des articles 421-1 et suivants du Code pénal<sup>1021</sup> ne vise l'infraction politique en tant que telle. Toutefois, la doctrine a tendance à considérer le terrorisme comme une délinquance à « *caractère politique* »<sup>1022</sup>. Face à la menace que représente ce type de délinquance, tant pour la sécurité des personnes que pour la stabilité du pouvoir politique, les Etats démocratiques tendent à adopter une politique répressive plus sévère. En France, le droit pénal substantiel a été modifié par le Code pénal de 1992 dans le sens de la répression<sup>1023</sup>, mais la procédure pénale connaît elle aussi l'application de règles spéciales à la matière de sorte que les principes directeurs subissent d'importantes dérogations. Deux facteurs justifient que le droit commun et les principes soient écartés dans la poursuite et la répression de cette délinquance : d'une part, il s'agit

---

<sup>1017</sup> *Ibid*, p. 452.

<sup>1018</sup> *Ibid*, p. 466.

<sup>1019</sup> *Ibid*, p. 467.

<sup>1020</sup> Les articles 421-3 et suiv. ne prévoient que la réclusion criminelle et non la détention criminelle qui définit les infractions politiques.

<sup>1021</sup> Ces articles définissent les incriminations terroristes.

<sup>1022</sup> CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P. *Droit pénal général*, Armand Colin, 5<sup>ème</sup> éd., 2000, n°194, pp. 104-105. D'autres semblent trouver dans le terrorisme un mélange de violence et de politique. VANDERVORST A. Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme, *RRJ* 1998, p. 1009. L'infraction terroriste serait doublement caractérisée par sa gravité et par son ambition politique.

<sup>1023</sup> Les articles 421-1 et suiv. du Code pénal prévoient une répression aggravée pour un certain nombre d'infractions « *en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ».

d'une criminalité organisée, difficile à combattre ; d'autre part, elle relève de faits particulièrement graves dont la finalité vise à remettre en cause les fondements mêmes de la société démocratique<sup>1024</sup>.

Dans le Code de procédure pénale, ce particularisme procédural s'exprime de différentes façons. Les articles 706-16 et suivants de ce Code prévoient que la poursuite des infractions terroristes se déroule conformément au droit commun mais comporte un certain nombre de règles dérogatoires. Parmi celles-ci, on retrouve la possibilité de prolonger de quarante huit heures la garde à vue<sup>1025</sup> ou de procéder aux perquisitions, visites domiciliaires et saisies sans l'assentiment de la personne chez laquelle elles ont lieu et en dehors des heures prévues par principe à l'article 59 du Code<sup>1026</sup>. Dans la loi du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne<sup>1027</sup>, les moyens procéduraux de lutte contre le terrorisme ont été sensiblement développés. Sur réquisition du Procureur de la République, les officiers de police judiciaire peuvent procéder à des visites de véhicules se trouvant sur une voie publique ou dans un lieu ouvert au public. Lors d'une enquête préliminaire, le juge des libertés et de la détention peut autoriser des perquisitions, visites domiciliaires ou saisies de pièces à conviction, sans l'assentiment de la personne chez qui ces mesures ont lieu contrairement à la règle posée par l'article 76 du Code de procédure pénale. Dans un autre domaine, par dérogation à la règle de l'anonymat des télécommunications, la loi permet que certaines informations relatives à ces communications soient mises à la disposition de l'autorité judiciaire en vue d'être exploitées dans le cadre de poursuites pénales contre des infractions terroristes.

Le caractère dérogatoire de la procédure se poursuit avec l'extradition. Alors que le droit extraditionnel exclut de son champ d'application les infractions dont la nature est politique ou encore interdit l'extradition lorsqu'elle est motivée par un but politique<sup>1028</sup>, une Convention européenne de 1977<sup>1029</sup> écarte dans son premier article un certain nombre d'infractions terroristes du champ de la délinquance politique<sup>1030</sup>. Ainsi, les infractions terroristes sont susceptibles de donner lieu à une extradition. Cette attitude est révélatrice du paradoxe qui habite la répression à l'égard du terrorisme. D'un point de vue théorique, cette criminalité met en péril la stabilité de l'Etat et la sécurité de ses citoyens. Elle est donc éminemment politique. D'un autre côté, il est nécessaire de traiter le terrorisme avec plus de

---

<sup>1024</sup> Certes, il faut admettre que la délinquance terroriste n'est pas unique en ce qu'elle suscite la création d'un droit processuel dérogatoire. On constate que des dispositions spéciales sont consacrées, dans le Code de procédure pénale, au trafic de stupéfiant ou au proxénétisme. Pourtant, on s'aperçoit que la lutte contre le terrorisme justifie l'adoption non seulement d'un droit spécial, mais encore de pratiques exceptionnelles qui dérogent aux principes dits consubstantiels. Ainsi, un auteur justifie ce droit d'exception de la façon suivante : « à la violence qui caractérise le terrorisme, l'Etat peut lui aussi adopter un comportement violent dans sa lutte contre le terrorisme. Le risque est alors celui d'une dérive autoritaire de l'Etat caractérisée par la négation des droits fondamentaux ». VANDERVORST A. Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme, *op. cit.*, p. 1009.

<sup>1025</sup> Article 706-23 C.pr.pén.

<sup>1026</sup> Article 706-24 C.pr.pén.

<sup>1027</sup> Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne, chapitre 5 de la loi, *J.O.*, 16 novembre 2001, p. 18215, *JCP 2001*, actualités, n°48, 28 novembre 2001.

<sup>1028</sup> Notamment C.E. Ass. 3 juillet 1996; *JCP 1996*, II, n°22720, note PRETOT X. ; *Dalloz 1996*, juris, p. 509, note JULIEN-LAFERRIERE F. Cet arrêt reconnaît comme principe fondamental reconnu par les lois de la République la règle selon laquelle l'extradition est interdite lorsqu'elle est motivée par un motif politique.

<sup>1029</sup> Convention européenne pour la lutte contre le terrorisme du 27 janvier 1977, entrée en vigueur en France le 22 décembre 1987 suite à la publication du décret 87-1024 du 21 décembre 1987.

<sup>1030</sup> VANDERVORST A. Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme, *op. cit.*, p. 1014.

rigueur que l'infraction politique traditionnelle<sup>1031</sup>. Le droit positif consacre donc un statut particulier à cette délinquance. La poursuite et la répression des crimes et délits qui en découlent sont particulières. Elles atteignent le droit processuel technique mais peuvent aussi conduire à mettre en cause les droits fondamentaux ou les principes dits consubstantiels.

Concernant les pratiques policières en matière de lutte contre le terrorisme, certains Etats ont été condamnés par la CEDH sous le visa de l'article 3 de la CESDH relatif à la torture et aux traitements inhumains et dégradants. Le problème de la torture n'est pas soulevée par la doctrine à propos de la question de la consubstantialité. Il est vrai que le principe de *dignité* tient plus à l'homme qu'au procès. Pour autant, la torture est tout aussi bien un mode d'humiliation qu'une manière de recueillir une preuve. L'interdiction de la torture dans la recherche des preuves - autrement dit le respect du principe de *dignité* - serait-elle inhérente à la notion même de procès ? Une réponse positive devrait emporter une adhésion assez large. Il faut pourtant s'interroger une nouvelle fois sur l'incidence de la fonction du procès sur l'interdiction de la torture. Outre l'institution de la « question » par l'inquisition, il est intéressant de remarquer que la pratique de la torture accompagne le procès politique au cours de l'histoire. Cette pratique fut introduite par le droit romain à l'encontre des hommes libres uniquement dans les affaires de lèse-majesté<sup>1032</sup>. Cette idée se retrouve chez les philosophes des Lumières puisque VOLTAIRE, dans sa critique du système inquisitoire, reconnaît qu'il faut maintenir la torture « pour permettre à l'autorité de connaître les complices d'un crime de lèse-majesté »<sup>1033</sup>.

La pratique de la torture ou des traitements inhumains et dégradants est présente aujourd'hui même dans les Etats démocratiques, à en croire les nombreuses condamnations de la CEDH. En France, l'affaire *Tomasi*<sup>1034</sup> fut la première et retentissante condamnation en la matière. M. TOMASI soupçonné d'être impliqué dans une tentative d'assassinat perpétrée par le FLNC se plaignait d'avoir subi des sévices au cours de sa garde à vue. L'unanimité de la Cour fut acquise sur la violation de l'article 3 de la Convention. Au Royaume Uni, la CEDH condamna sur le même fondement les mesures d'exception et traitements infligés à des détenus<sup>1035</sup>. Au début des années 70, le pouvoir britannique avait fait usage pour combattre le terrorisme de l'armée républicaine irlandaise, de procédures d'exception en Irlande du nord. La CEDH saisie du dossier par l'Irlande révèle l'existence d'« interrogatoires poussés » comprenant l'encapuchonnement des détenus, leur exposition à des sifflements bruyants, des privations de sommeil, alimentaires, des techniques de « privation sensorielle » ou de « désorientation » appliquées durant plusieurs jours. La Cour rejette le qualificatif de torture mais retient les traitements inhumains et dégradants. Le même phénomène se retrouve en Turquie dans le cadre de la lutte contre les kurdes indépendantistes du PKK. En novembre 1992, un ouvrier kurde fut arrêté et soupçonné d'être un membre actif du PKK. Il fut soumis à une pratique appelée « pendaison palestinienne » consistant dans la pendaison par les bras. Il aurait de même subi de multiples coups et décharges électriques.

<sup>1031</sup> Notamment au regard des règles du droit extraditionnel.

<sup>1032</sup> BASTID P. *Les grands procès politiques de l'histoire*, Fayard, Paris, 1962, p. 21.

<sup>1033</sup> DESMONS E. La preuve des faits dans la philosophie moderne, *Droits 1996*, n°23, p. 13.

<sup>1034</sup> CEDH 27 août 1992 *Tomasi c/ France*, série A n°241-A, SUDRE F. L'arrêt de la CEDH du 27 août 1992 *Tomasi c/ France* : mauvais traitement et délai raisonnable, *RSC 1993*, p. 33 ; *Dalloz 1993*, som. com., p. 383, observations RENUCCI J.F. ; *RSC 1993*, p. 142, observations PETITTI L.E.

<sup>1035</sup> CEDH 18 janvier 1978 *Irlande c/ Royaume Uni*, série A, n°25, AUBERT G. Répression du terrorisme et protection des libertés individuelles : le Royaume uni devant la Cour européenne des droits de l'homme, *RICPT 1978*, p. 367 ; SOULIER G. Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme. De la Convention à la Cour européenne des droits de l'homme, *RSC 1987*, p. 633.

Suite à cet interrogatoire, l'ouvrier devait perdre l'usage de ses bras. La Cour européenne conclut une nouvelle fois à la violation de l'article 3 sous la qualification de torture<sup>1036</sup>.

Les atteintes à la *dignité* sont donc régulièrement condamnées par la CEDH. Les sanctions sont infligées à des Etats membres du Conseil de l'Europe et ayant pris à ce titre un certain nombre d'engagements dans le domaine du droit processuel. Il n'en reste pas moins que face au phénomène du terrorisme, ces Etats recourent à des procédures ou des pratiques qui dérogent manifestement au principe de *dignité* considéré comme un droit absolu au sens de l'article 15 de la CESDH. Le fait est que le terrorisme est une criminalité à caractère exceptionnel. La poursuite et le jugement de ces infractions présente le même caractère et peut conduire à remettre en cause les principes les plus essentiels du procès. Dans le droit processuel français, le particularisme n'est pas réservé à la lutte contre le terrorisme et s'étend, en raison de leur gravité et des difficultés liées à leur répression, à d'autres types de délinquances. Une telle situation ne fait que renforcer l'idée selon laquelle les principes procéduraux peuvent être défailants dans le procès démocratique.

### B) La défaillance des principes directeurs dans le procès démocratique

**191.** Les principes sont liés à la fonction du procès, mais leur application peut se voir écartée dans le procès démocratique en considération de certaines finalités poursuivies par cette procédure. Ainsi, le principe du *contradictoire* qui crée la discussion entre les parties et le juge peut être ignoré lorsque certaines circonstances l'exigent. Le procès n'est plus une discussion, il n'en reste pas moins un procès. Parfois ce sont les *droits de la défense* qui doivent céder devant le particularisme ou durant certaines phases de la procédure.

**192. La défaillance du contradictoire.** Le juge peut se retrouver devant le silence de l'une des parties. C'est le cas de celle qui s'abstient de prendre la parole à l'audience ou de plaider<sup>1037</sup>. La décision du juge n'en sera pas pour autant entachée de nullité pour défaut de *contradiction*<sup>1038</sup>. L'article 14 du nouveau Code de procédure civile prévoit en effet que les parties ne peuvent être jugées « *sans avoir été entendu(es) ou appelé(es)* ». La partie présente au procès ne peut ainsi se prévaloir de son silence alors même qu'elle avait la possibilité de s'exprimer. Le juge ne peut se substituer à l'une des parties en cas de défaillance de celle-ci. Lorsque l'un des adversaires a comparu mais qu'il « *s'abstient d'accomplir les actes de procédure dans les délais requis* »<sup>1039</sup>, le juge statue « *au vu des éléments dont il dispose* », c'est à dire avec une vision partielle de l'affaire. A ainsi été jugé contradictoire un arrêt d'appel alors que l'appelant avait constitué avoué, mais n'avait pas conclu dans les temps<sup>1040</sup>. Lorsque l'un des adversaires ne comparait pas, le juge est autorisé à statuer au fond malgré l'absence d'une discussion à propos du litige<sup>1041</sup>. La décision du juge est alors rendue par défaut s'il s'agit d'un jugement en dernier ressort ouvrant ainsi la voie de l'opposition. Au contraire, si le jugement est susceptible d'appel ou si la citation a été faite à personne, seule cette voie est ouverte à la partie absente à l'encontre de la décision désormais « *réputé(e)*

<sup>1036</sup> CEDH 18 décembre 1996 *Aksoy c/ Turquie*, RSC 1997, p. 453, observations KOERING-JOULIN R. ; JCP 1997, I, 4000, observations SUDRE F.

<sup>1037</sup> PERROT R. Le silence en droit judiciaire privé, *Mélanges Raynaud*, Dalloz – Sirey, Paris, 1985, p. 627.

<sup>1038</sup> Cass. civ. 2 juillet 1866, *Dalloz 1866*, p. 323 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 16 janvier 1961, *Bull. civ.*, n°36.

<sup>1039</sup> Article 469 nouv.C.pr.civ.

<sup>1040</sup> CA Paris 7 novembre 1980, *Dalloz 1981*, IR, p. 374, observations JULIEN P.

<sup>1041</sup> Article 472 nouv.C.pr.civ.

*contradictoire* »<sup>1042</sup>. Le principe directeur est encore malmené dans l'hypothèse où plusieurs défendeurs sont cités pour le même objet. Si l'un d'eux au moins comparait, la décision sera en principe réputée contradictoire à l'égard des autres. L'article 474 du nouveau Code de procédure civile prévoit que cette règle n'est applicable que lorsque le jugement est susceptible d'appel ou que les parties ont été citées à personne. Une exception est prévue à l'alinéa 2 qui permet au juge d'éviter une réassignation lorsque la première a respecté les formes de l'article 659<sup>1043</sup>. En appliquant ces différentes dispositions de façon combinée, on aboutit à la situation suivante : une personne peut avoir été assignée en appel sans être au courant de cette assignation (article 659) dans une procédure où il existe plusieurs défendeurs. A l'égard du défaillant, la décision rendue, insusceptible d'appel, sera néanmoins réputée contradictoire et la voie de l'opposition sera fermée<sup>1044</sup>. La Cour de cassation en a ainsi jugé dans un arrêt en date du 9 décembre 1997<sup>1045</sup>. On doit reconnaître que l'hypothèse est peu fréquente mais elle révèle néanmoins que le procès civil connaît des jugements ou arrêts insusceptibles de recours au fond alors même qu'une des parties n'a été ni entendue ni effectivement appelée.

En procédure pénale, jusqu'à un récent revirement de jurisprudence, on retrouvait des hypothèses similaires de décisions juridictionnelles prises sans que la personne poursuivie n'ait été entendue ou que son avocat ai pu la défendre. L'article 410 du Code de procédure pénale prévoit ainsi que le prévenu régulièrement cité à personne qui ne comparait pas et n'est pas excusé sera jugé contradictoirement en son absence. La jurisprudence décidait alors que son défenseur ne pouvait être entendu<sup>1046</sup>. Si la peine encourue est inférieure à deux ans, il pouvait néanmoins demander à être jugé en son absence et cette demande ouvrait le droit pour son avocat de plaider<sup>1047</sup>. Le législateur soucieux d'éviter la multiplication des jugements rendus en l'absence du prévenu a introduit, à l'occasion de la loi du 8 février 1995, un article 410-1 dans le Code de procédure pénale. Cette disposition permet au tribunal de renvoyer l'affaire et de décerner un mandat d'amener lorsque la peine encourue pour l'infraction poursuivie est supérieure à deux ans. L'application de ces dispositions a pu conduire à des situations tout à fait surprenantes. Une personne poursuivie avait interjeté appel d'un jugement par itinéraire défaut qui l'avait condamnée pour conduite malgré une suspension de permis de conduire<sup>1048</sup>. Le jour de l'audience devant la Cour d'appel d'Agen, le prévenu était retenu devant le Tribunal correctionnel de Brive. Il demandait ainsi à la Cour un renvoi de l'affaire par l'intermédiaire de son avocat. Il fut pourtant jugé contradictoirement par la juridiction du second degré. Dans un pourvoi en cassation, le condamné prenait appui sur les articles 6§1 et §3 de la CESDH pour développer la thèse selon laquelle son absence lors de l'audience ne devait pas permettre à la Cour de refuser d'entendre le défenseur. La Cour de cassation rejetait le pourvoi se fondant sur le fait que l'audience d'appel avait été retardée pour permettre au prévenu de s'y rendre. Dépourvu de l'excuse prévue à l'article 410 du Code de procédure pénale, la personne poursuivie ne

<sup>1042</sup> Article 473 nouv.C.pr.civ.

<sup>1043</sup> Article 659 nouv.C.pr.civ. prévoit des dispositions spéciales dans l'hypothèse où la personne assignée « n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ».

<sup>1044</sup> Article 571 nouv.C.pr.civ.

<sup>1045</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 décembre 1997, *JCP* 1998, II, 10094, note RUSQUEC E. l'arrêt affirme ainsi que « c'est à bon droit que la Cour d'appel retient que l'arrêt a été exactement qualifié de réputé contradictoire dès lors que certains intimés ont comparu, et que, par suite, l'opposition était irrecevable ».

<sup>1046</sup> Cass. crim. 29 octobre 1970, *Bull. crim.*, n°284 ; Cass. crim. 5 mai 1970, *Bull. crim.*, n°153.

<sup>1047</sup> Article 411 C.pr.pén.

<sup>1048</sup> La peine encourue pour cette infraction est de deux ans d'emprisonnement.



pouvait demander à ce que son avocat fut entendu en son absence. La Cour de cassation devait ainsi décider que la Convention européenne des droits de l'homme « *ne confère pas à la personne poursuivie la faculté de s'abstenir de comparaître en justice, mais lui accorde seulement le droit, si elle se présente, de se défendre personnellement ou avec l'assistance d'un conseil* »<sup>1049</sup>.

Cette solution a changé sous l'impulsion de la jurisprudence européenne. Dans un arrêt du 23 mai 2000<sup>1050</sup>, la CEDH a condamné la France en visant les articles 6§1 et 6§3 c) au motif qu'un prévenu avait été jugé en son absence et que ses avocats n'avait pas été autorisés à assurer sa défense au fond. Dans un arrêt du 13 février 2001, c'est la procédure de contumace française qui a été censurée par la Cour européenne<sup>1051</sup>. En vertu de l'article 630 du Code de procédure pénale, l'accusé contumax se voit interdire toute défense. Dans sa décision, la Cour a décidé que l'exercice des *droits de la défense* ne pouvaient être soumis à l'arrestation de l'intéressé ou à ce que ce dernier se constitue prisonnier. En d'autres termes, lorsque la personne poursuivie pour crime ne comparait pas devant la Cour d'assises, cette dernière doit pouvoir faire valoir sa défense par l'intermédiaire de son avocat. Dans un arrêt d'assemblée plénière en date du 2 mars 2001, la Cour de cassation s'est rangée à cette solution en matière correctionnelle<sup>1052</sup>. Se référant directement à la CESDH, la juridiction française affirme que « *Le droit au procès équitable et le droit de tout accusé à l'assistance d'un défenseur s'opposent à ce que la juridiction juge un prévenu non comparant et non excusé sans entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense* ».

Il faut donc admettre aujourd'hui que le respect du principe du *contradictoire* progresse en procédure pénale. Pour autant les hypothèses citées précédemment montrent que ce principe peut disparaître du procès pour une raison évidente : celle de l'efficacité de la justice. En l'absence de l'une des parties au procès, son adversaire doit pouvoir obtenir une décision de justice. Le conflit doit pouvoir être résolu provisoirement (par défaut) ou définitivement (contradictoire). Si l'une des deux parties se soustrait à son obligation de se présenter devant les juges, qu'elle ne présente pas d'avocat ou qu'elle s'abstient de s'exprimer, elle refuse par là même la discussion inhérente au procès. C'est en fait le procès lui-même qui perd son aspect dialectique car l'un des contradicteurs a omis de se défendre. L'essence du procès n'est donc pas systématiquement la discussion. L'essentiel est surtout d'obtenir une décision de justice. Parfois ce sont les *droits de la défense* qui sont plus généralement négligés.

**193. La défaillance des droits de la défense.** Au fil des réformes de la procédure pénale, les *droits de la défense* interviennent de plus en plus tôt dans le déroulement du procès. Il peut s'agir de la présence de l'avocat, mais aussi de l'information dont doit bénéficier la personne poursuivie relativement aux charges qui pèsent contre elle<sup>1053</sup>. Cette information est essentielle dans la mesure où elle permet de préparer sa défense. L'article 6§3 de la CESDH prévoit ainsi que tout accusé a le droit d'être informé « *dans le plus court*

<sup>1049</sup> Cass. crim. 9 janvier 1995, *Bull. crim.*, n°7, LESCLOUS V. MARSAT C. *Chronique des parquets et de l'instruction, Droit pénal 1996*, n°4, p. 3.

<sup>1050</sup> CEDH 23 mai 2000, *Van Pelt c/ France, Dalloz 2001*, som., p. 1061, observations RENUCCI J.F.

<sup>1051</sup> CEDH 13 février 2001, *Krombach c/France, Dalloz 2001*, juris., p. 746. A propos de cet arrêt, Cf. aussi, LECLERC H. La procédure française de contumace et la Convention européenne des droits de l'homme, *Dalloz 2001*, interview, p. 935.

<sup>1052</sup> Cass. ass. plén. 2 mars 2001, *Dalloz 2001*, juris., p. 1899, note PRADEL J.

<sup>1053</sup> La dernière réforme en date permet à l'avocat d'intervenir dès la première heure de la garde à vue. Il doit alors être informé « *de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête* » (article 11 de la loi modifiant l'article 63-4 C.pr.pén.).

délai » de la nature des poursuites dont il fait l'objet. S'il existe un droit de se défendre consubstantiel au procès, le droit à l'information est certainement le premier élément de la défense. Son application n'est pourtant pas généralisée. Un chef d'entreprise avait fait l'objet de poursuites pour publicité mensongère. Des agents de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes s'étaient ainsi présentés le 23 avril 1991 au sein de l'entreprise pour constater l'infraction. L'enquête s'était poursuivie mais le procès verbal d'infraction ne fut dressé que le 27 décembre 1991 et transmis au Procureur de la République le 9 octobre suivant. Pendant cette période, le chef d'entreprise n'avait pas été informé du sort qui lui était réservé. Condamné par la suite, il devait intenter un pourvoi en cassation sur le fondement de l'article 6§3 de la CESDH. La Cour de cassation a pourtant rejeté le pourvoi au motif que « l'article 6§3 de la CESDH (est) inapplicable au stade de la procédure de constatation des infractions prévue à l'article L. 121-2 C consomm. »<sup>1054</sup>. L'efficacité des poursuites nécessite parfois que les *droits de la défense* soient provisoirement neutralisés. Le particularisme procédural peut encore justifier une atténuation de ces droits.

En matière de protection des personnes vulnérables, le droit processuel présente un particularisme qui découle des droits substantiels en cause. Le juge qui dispose d'une place privilégiée dans ce contentieux partage difficilement ses prérogatives. Les magistrats disposent de pouvoirs renforcés. Il s'agit notamment du juge des tutelles et du juge des enfants devant lesquels, « ce sont les dispositions liminaires du nouveau Code de procédure civile qui sont ainsi prises en défaut mais aussi les principes de l'organisation judiciaire »<sup>1055</sup>. L'impartialité du magistrat peut être remise en cause notamment par la faculté de se saisir d'office<sup>1056</sup>. De même, les examens demandés par le juge des enfants en matière d'assistance éducative ne connaissent pas le principe du *contradictoire*. Le juge peut procéder à des enquêtes sociales, des études de personnalités, des examens médicaux et psychiatriques qui vont servir à fonder sa conviction sur la situation du mineur. Ces actes n'obéissent pas aux principes qui guident la procédure d'expertise visée aux articles 263 et suivants du nouveau Code de procédure civile<sup>1057</sup>. Avec l'assistance éducative ou les régimes de protection des majeurs, on se trouve au croisement de plusieurs dimensions du procès. Le juge ne se contente pas de trancher un litige, il protège, administre, se substitue à d'autres autorités. Les principes directeurs doivent s'adapter à la diversité des fonctions du juge. Ils ne peuvent s'imposer uniformément dans tous les procès.

**194. Conclusion : des principes fonctionnels.** A la suite de ces développements, il est possible de dire qu'aucun des principes directeurs ne peut prétendre être assimilé au procès. Cette institution possède des finalités et des fonctions multiples ; les principes directeurs en dépendent. Le Professeur FRISON-ROCHE dans la conclusion de sa thèse estimait que « ce n'est qu'en récusant le phénomène social du procès comme mécanisme civilisé de résolution des conflits qu'on peut prétendre éliminer le contradictoire »<sup>1058</sup>. Pourtant, la fonction du

<sup>1054</sup> Cass. crim. 29 mars 1995, *Dalloz 1996*, juris., p. 268, note RENUCCI J.F.

<sup>1055</sup> FOISSIER TH. Droits de la défense et personnes vulnérables, *RSC 1998*, p. 57.

<sup>1056</sup> Par exemple, article 391 C.civ. pour l'ouverture d'une tutelle.

<sup>1057</sup> FOISSIER TH. Droits de la défense et personnes vulnérables, *op. cit.* p. 64.

<sup>1058</sup> FRISON-ROCHE M.A.. *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris 2, 1988, conclusion p. 42. Cette réflexion conduit vers le récit que fait le Professeur ROULAND des processus de règlement pacifique des conflits chez les Inuit (ROULAND N. *Aux confins du droit*, Odile Jacob, Paris, 1991, p. 89). Une infraction grave a eu lieu dans une communauté Inuit. L'un des habitants a blessé d'un coup de couteau la femme d'un autre. Le coupable désigné ne nie pas son crime. Il est décidé que le litige né entre l'agresseur et le mari de la victime sera réglé par une compétition de chant. Un théoricien s'interroge sur la nature de cet affrontement (de BECHILLON D. *Qu'est-ce qu'un règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, Paris, 1997, p. 118). Il ne s'agit pas d'une vengeance privée, mais cela ne

procès déborde le cadre de la résolution par une juridiction d'un conflit particulier. Son organisation et son fonctionnement dépendent de la société dans lequel il est intégré.

Historiquement, la forme première du procès était purement accusatoire et peu institutionnalisée. C'est le temps de la justice privée. Puis l'église va trouver dans le procès un instrument de pouvoir. Elle instaure la procédure inquisitoire « née du projet théologique d'un juge apte à dégager seul la vérité judiciaire d'essence divine »<sup>1059</sup>. Enfin, la procédure mixte connaît son développement laissant aux parties et au juge de larges pouvoirs visant à favoriser la découverte de la vérité. Les trois formes de procès qui se sont succédées en France symbolisent cette adaptation nécessaire des modes de résolution des litiges à leur environnement social. Un auteur estime ainsi que le procès est l'instrument d'un appareil d'Etat « qui impose son orthodoxie »<sup>1060</sup>. Pour un autre, l'Etat protège et défend ses institutions grâce au droit pénal et au procès<sup>1061</sup>. Ces affirmations valent en ce qui concerne les pouvoirs politiques puissants, autoritaires ou totalitaires. Dans un Etat démocratique, l'enjeu social du procès n'est pas négligeable. Le pouvoir politique doit garantir les droits individuels ; il doit encore rendre compatible l'exercice de ces droits avec les intérêts publics ; il doit enfin imposer la légitimité de l'institution juridictionnelle. Pour cela, il garantit l'impartialité des juges ou assure la publicité de l'audience. Le droit processuel s'organise alors autour d'une conciliation de valeurs ou d'utilités parfois antagonistes.

Au gré des finalités et des fonctions sociales du procès, les principes se développent ou au contraire disparaissent. En conséquence, il n'est pas de principe qui soit attaché à toutes les formes de procès. Si certains principes tels le *contradictoire*, les *droits de la défense*, ou encore l'*impartialité* trouvent une application généralisée dans le droit français, cela résulte de la fonction qui est attribuée au procès : dire le droit et trancher les litiges au regard des prétentions de chacune des parties. Si une relation de consubstantialité peut exister, il faut la relativiser. La consubstantialité n'existe que pour certains principes particulièrement liés à certaines formes de procès. La consubstantialité est donc un caractère relatif des principes directeurs. Un autre caractère est quant à lui incertain. Il s'agit de la primauté des principes directeurs.

### Section 3 : La primauté des principes directeurs du procès judiciaire

**195. Définition de la primauté.** La primauté, connaît aujourd'hui une double signification. Elle désigne à la fois une certaine supériorité, un rang hiérarchique élevé, mais aussi, selon son origine étymologique<sup>1062</sup> un degré d'antériorité : ce qui vient en premier. Pour parler des principes directeurs, seule sera ici retenue la notion d'antériorité. La question

---

ressemble pas non plus au procès tel que nous le connaissons. La justice, la vérité, le respect du droit ne font pas partie des préoccupations du village. Les deux adversaires représentent pourtant les parties, et les membres de la communauté les juges. Si l'agresseur perd le concours, il devra en principe quitter la communauté. S'il gagne, l'affront sera lavé et l'affaire définitivement close. Comment comprendre ce mode de résolution d'un litige dont la forme peut être comparée à un procès (un différend, des adversaires et un juge) mais dont les règles du jeu nous sont totalement étrangères. L'objectif et le résultat paraissent pourtant identiques : mettre un terme à la contestation.

<sup>1059</sup> BARANES W., FRISON-ROCHE M.A., ROBERT J.H., Pour le droit processuel, *Dalloz* 1993, Chron, p. 9.

<sup>1060</sup> GUYON G. Utopie religieuse et procès pénal : l'héritage historique 5<sup>ème</sup>-15<sup>ème</sup> siècle, *APD* 1994, t 39, p. 105.

<sup>1061</sup> SALAS D. Etat et droit pénal, le droit pénal entre « thémis » et « diké », *Droits* 1992, n°15, p. 77.

<sup>1062</sup> Du latin *primus*, qui signifie premier.

de la supériorité a déjà été abordée concernant l'incidence des origines téléologiques des principes sur leur autorité normative<sup>1063</sup>.

Les principes directeurs forment une catégorie autonome en ce qu'ils se distinguent des autres normes du droit processuel. Ces dernières sont désignées sous le terme de « règles techniques ». Par exemple, l'article 9-1 du Code civil énonce dans un premier alinéa le principe de la *présomption d'innocence*<sup>1064</sup>. Dans un second alinéa, il prévoit un ensemble de règles techniques destinées à la protection de ce principe : une action en référé pour faire cesser une atteinte à la présomption par l'insertion d'une rectification ou par la diffusion d'un communiqué et une action en dommages et intérêts pour réparer d'éventuels préjudices consécutifs à cette atteinte. Cet exemple illustre le fait qu'un principe peut être à l'origine d'une ou plusieurs règles techniques dont la raison d'être réside dans la mise en œuvre du principe. Telle est la signification donnée au caractère de la primauté : les règles techniques trouvent leur fondement matériel dans l'existence d'un principe et ce dernier connaît une application effective grâce aux règles techniques prises pour son application. Cette notion de primauté semble rejoindre les travaux de certains théoriciens sur la dichotomie entre normes primaires et normes secondaires.

**196. Primauté et théories dichotomiques traditionnelles.** On trouve une première distinction entre normes primaires et normes secondaires chez KELSEN<sup>1065</sup>. Le théoricien explique qu'une norme appartient au domaine du droit lorsqu'elle définit une conduite comme la condition d'une sanction. Est alors primaire, la norme qui établit une relation entre la comportement illicite et la sanction. Est secondaire, celle qui prescrit le comportement permettant d'éviter la sanction. Cette distinction n'est pas d'un grand secours car elle n'éclaire pas réellement la séparation entre principe et règle technique. HART établit à son tour une distinction entre normes de premier et de second rang<sup>1066</sup>. Les règles primaires appellent des obligations, elles imposent des droits et des devoirs, les règles secondaires concernent la reconnaissance, le changement, l'adjudication<sup>1067</sup> des normes primaires d'obligation. Outre les difficultés d'application de cette distinction<sup>1068</sup>, il semble encore une fois que sa mise en œuvre soit mal adaptée aux principes directeurs. Pour autant, l'intuition demeure et conduit à se demander si les principes directeurs ne seraient pas des normes primaires dont les règles techniques, normes secondaires, se déduiraient logiquement.

**197. Théories de la déduction et de l'induction à propos de la dichotomie principes - règles techniques.** Pour le Professeur GOYARD-FABRE, les principes généraux du droit sont des « *propositions de base* » des « *notions rectrices qui insufflent au droit son esprit spécifique* » et dont les « *règles et actes du droit positif, constitution, loi, règlement,*

<sup>1063</sup> Cf. *supra* n°147 et suiv.

<sup>1064</sup> Il est aujourd'hui concurrencé par l'article préliminaire al 5 du Code de procédure pénale qui prévoit que « *les atteintes à la présomption d'innocence sont réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi* ».

<sup>1065</sup> KELSEN H. *Théorie pure du Droit*, traduction Thévenaz, éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 2<sup>ème</sup> éd., 1988, p. 75.

<sup>1066</sup> HART W. *Le concept du droit*, traduction Van de Kerchove, ed° des Facultés universitaires St Louis, Bruxelles, 1976, cité par PALLARD H. La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique, *RRJ* 1988, n°32, p. 211.

<sup>1067</sup> Les règles d'adjudication autorisent quelqu'un à déterminer si une règle primaire est transgressée. PALLARD H. La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique, *op. cit.* p. 238.

<sup>1068</sup> A ce propos, DE BECHILLON D. *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997, p.55. L'auteur explique que certaines normes peuvent appartenir dans le même temps aux deux catégories.

décisions judiciaires... s'inspirent »<sup>1069</sup>. Ces principes sont définis comme des « énoncés » qui constituent les « règles pour la direction du droit (...), des règles qui président à sa création comme à son application »<sup>1070</sup>. La philosophe du droit se prononce ainsi clairement en faveur de la primauté. Les règles techniques se déduisent de l'existence d'un principe général du droit. Tous les auteurs ne partagent pourtant pas cette position.

Chez les publicistes, la question s'est posée notamment avec le développement des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat. Ces principes sont-ils à l'origine, ou au contraire, ne forment-ils que les conséquences des règles textuelles existantes ? La doctrine s'est divisée à ce propos. Pour le Doyen George VEDEL, ces principes ne sont pas créés arbitrairement par le juge mais « extraits du droit positif à un moment donné »<sup>1071</sup>. Henri BUCH reprend cette idée en affirmant que dans l'ordre chronologique, il paraît évident que « les normes précèdent les principes généraux »<sup>1072</sup>. Son raisonnement est le suivant : les hommes établissent d'abord des règles concrètes pour gouverner leurs actes. Plus tard, lorsque les rapports sociaux deviennent stables et généraux, ils permettent de construire des mécanismes juridiques plus généraux et « c'est à partir des normes que se dégagent les principes généraux »<sup>1073</sup>. Les deux auteurs décrivent ainsi un phénomène d'induction : les principes ne sont que des généralisations de règles techniques positives préexistantes. Cette opinion est contestée par un autre publiciste selon lequel les principes généraux du droit ne sont pas que les prolongements du droit écrit. Ils ne trouvent ni leur autorité ni leur fondement dans les textes<sup>1074</sup>. Les principes dégagés par le juge sont au contraire « le produit d'aspirations latentes de la conscience nationale qui s'imposent à lui avec une force toute particulière »<sup>1075</sup>. Les principes ne sont donc pas des conséquences du droit écrit, ou des règles techniques.

Il paraît difficile de prendre position sur cette controverse. D'une part, les auteurs qui se sont prononcés sur la question semblent opposer principes jurisprudentiels et droit écrit. Nous adoptons un autre angle de vue en regardant globalement le droit positif comme étant composé de principes et de règles techniques. D'autre part, il n'est pas certain qu'une réponse tranchée puisse être extraite de l'observation du droit positif. Par exemple, Henri BUCH est revenu partiellement sur ses premières affirmations, reconnaissant en définitive l'existence d'un double phénomène d'induction et de déduction<sup>1076</sup> : le principe est « le produit de la systématisation des phénomènes, (il) trouve son origine dans la réalité »<sup>1077</sup>. Une fois qu'il est dégagé de cette « réalité », le principe devient à son tour une source d'inspiration pour de nouvelles normes juridiques. Henri MOTULSKY reconnaît lui aussi l'ambivalence des

<sup>1069</sup> GOYARD-FABRE S. *Essai de critique phénoménologique du droit*, librairie Klincksieck, Paris, 1972, p. 284.

<sup>1070</sup> *Ibid*, p. 288.

<sup>1071</sup> Note sous C.E. ass. 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, JCP 1952, II, 7138. Cité par DEBBASCH O. Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international, *Mélanges Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 139.

<sup>1072</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p. 55.

<sup>1073</sup> *Ibid*, p. 66.

<sup>1074</sup> JEANNEAU B. La nature des principes généraux du droit en droit français, *Travaux de l'institut de droit comparé de l'université de Paris* 1962, t 23, p. 203.

<sup>1075</sup> *Ibid*, p. 209.

<sup>1076</sup> BUCH H. A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs, *Mélanges Ganshof van der meersch*, t 3, LGDJ, Paris, 1972, p. 417.

<sup>1077</sup> *ibid*, p. 419. L'auteur entend par là, « la réalité des normes qui régissent le corps social ».

principes généraux du droit<sup>1078</sup>. Certains sont de simples « constructions de droit positif élaborées à partir de règles tout aussi positives » ; d'autres au contraire, sont des « traductions juridiques d'exigences supérieures lesquelles sont considérées comme préexistantes à la norme positive »<sup>1079</sup>. Ces deux auteurs défendent des positions similaires sans être identiques. L'un met en évidence le double mouvement d'induction et de déduction qui existe entre principes et règles techniques ; l'autre sépare les principes qui proviennent uniquement d'une induction à partir du droit positif et ceux qui ont pour origines des normes extérieures au droit positif.

La diversité des réflexions antagonistes ou complémentaires sur la question de la primauté rend nécessaire l'exploration du phénomène en droit processuel en faisant la part de la déduction (§ 1) et de l'induction (§ 2).

### § 1 : La déduction : les règles techniques comme applications particulières d'un principe

**198.** Les Professeurs GHESTIN et GOUBEAUX expliquent que « l'influence du positivisme a habitué les esprits à caractériser la logique juridique par la mise en œuvre d'un raisonnement déductif (...). Les règles de Droit seraient déduites de principes généraux constituant des systèmes juridiques »<sup>1080</sup>.

**199. Déduction et interprétation.** Le syllogisme apparaît clairement lorsque le juge accomplit son œuvre d'interprète. La Cour de cassation interprète par exemple le principe du *contradictoire* visé à l'article 16 al 1 du nouveau Code de procédure civile prévu en matière contentieuse, pour en déduire l'existence d'une règle applicable en matière gracieuse<sup>1081</sup>. Dans un premier temps la haute juridiction énonce que « le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction » ; dans un second temps, il étend le champ d'application du principe à la matière gracieuse pour déterminer une nouvelle règle technique : « si, en matière gracieuse, le juge peut se prononcer sans débats lorsqu'il se fonde sur des éléments que le requérant lui soumet, il ne peut retenir des faits que ce dernier n'a pas allégués sans provoquer ses explications ». La CEDH estime de son côté que le principe du contradictoire « implique (...) la faculté pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant en vue d'influencer sa décision »<sup>1082</sup>. En interprétant le principe d'égalité, le Conseil constitutionnel décide que « le respect de ce principe fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions, soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes »<sup>1083</sup>. La

<sup>1078</sup> MOTULSKY H. Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges Roubier*, Dalloz – Sirey, Paris, 1961, t2, p. 175 ; *Ecrits*, t1, Dalloz, Paris, 1973, p. 60.

<sup>1079</sup> *Ibid*, p. 61.

<sup>1080</sup> GHESTIN J., GOUBEAUX G. *Traité de droit civil, introduction générale*, t. 1, 4<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 30, n°35.

<sup>1081</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 13 janvier 1993, *Bull. civ.*, n°17.

<sup>1082</sup> CEDH 20 février 1996, *Vermeulen c/ Belgique*, *RTD civ.* 1996, p. 1028, observations MARGUENAUD J.P. ; *Justices* 1997, n°5, p. 195, observations COHEN-JONATHAN G, FLAUSS J.F. ; *Dalloz* 1997, som. com., p. 208, observations FRICERO N.

<sup>1083</sup> Décision du 23 juillet 1975 75-56 DC, *Rec.* p. 22 ; *JCP* 1975, II, 18200, note FRANCK C. ; *Dalloz* 1977, juris., p. 629, note HAMON L. LEVASSEUR G. ; *RDP* 1975, p. 1313, observations FAVOREU L.

règle technique sur la composition des juridictions répressives est déduite du principe *d'égalité devant la justice*. Indéniablement, dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation, le juge peut déduire d'un principe l'existence d'une règle technique nouvelle qui vient en préciser l'application.

**200. Déduction et cohabitation du principe avec les règles techniques dans les textes.** La relation déductive est plus délicate à établir lorsque les règles techniques cohabitent dans un texte avec le principe. L'article 5 de la CESDH débute avec l'énoncé général et abstrait du principe de *liberté* : « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* ». Par la suite, cette stipulation expose tout un ensemble de règles techniques qui visent à la mise en œuvre de ce principe. Il s'agit à la fois de mesures de protection de la *liberté* mais aussi d'atteintes à ce principe. Elles concernent l'ensemble des hypothèses dans lesquelles une personne peut être arrêtée et détenue ainsi que les garanties offertes à cette personne lors de son arrestation et sa détention. L'article 5§1 prévoit ainsi les différentes raisons qui peuvent justifier la détention, l'article 5§2 ouvre le droit d'information sur les raisons de l'atteinte à la *liberté* ; les articles 5§3 et 5§4 envisagent le recours contre la décision d'arrestation ou de détention ; enfin, l'article 5§5 vise l'éventuel droit à réparation résultant d'une atteinte illégale à la *liberté*.

La structure de l'article 5 de la CESDH suggère le phénomène déductif. Le principe est posé en tête d'article ; les stipulations d'ordre technique suivent son énoncé dans un certain ordre. On conçoit aisément que les règles techniques ne soient que des modalités d'application - conformes ou dérogoires - du principe de *liberté*. D'ailleurs, cette présentation formelle rejoint le syllogisme qu'opère le juge à l'égard de ce principe. Par exemple, le Conseil constitutionnel a décidé dans sa décision *Sécurité et Liberté*<sup>1084</sup> qu'en matière de prolongation de certaines gardes à vue, l'article 66 de la Constitution exigeait « *l'intervention d'un magistrat du siège* ». La déduction opérée par le juge constitutionnel sur la base de cet article qui énonce notamment le principe selon lequel *l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle*, est celle du contrôle de la garde à vue par un juge du siège. On peut comparer cette déduction avec celle présente dans l'article 5§3 selon laquelle la personne placée en détention a droit à un recours devant un juge. Le contrôle de la garde à vue ne peut être assimilé au recours juridictionnel contre la décision de placement en détention provisoire. Cependant, le processus de protection juridictionnelle de la *liberté* procède du même mécanisme de déduction qu'il s'agisse de l'interprétation juridictionnelle d'un principe inscrit dans la Constitution ou de la mise en œuvre d'un principe de la CESDH par une règle technique issue du même texte.

On retrouve ce phénomène de correspondance dans le nouveau Code de procédure civile. Le droit à un procès public<sup>1085</sup> ou principe de *publicité des débats* est énoncé à l'article 22. Présent dans les « *dispositions liminaires* » du Code, ce principe est formellement intégré à la catégorie des principes directeurs du procès. On le retrouve plus loin dans le titre quatorze de la première partie consacrée aux dispositions communes à toutes les juridictions. L'article 433 reprend le principe : « *les débats sont publics sauf les cas où la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du conseil* ». Cette disposition comporte à la fois la formulation du principe et l'exception générale. Les articles 434 à 437 envisagent ensuite un ensemble de règles particulières d'application du principe et de son exception. Il s'agit entre autres de

<sup>1084</sup> CC 19-20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, 127 DC, *Rec.* p. 15 ; *Dalloz* 1982, *juris.*, p. 441, note DEKEUWER A. ; *JCP* 1981, II, 19701, note FRANCK C. ; *AJDA* 1981, n°6, p. 278, observations GOURNAY CH. ; *RDP* 1981, p. 651, observations PHILIP L. ; *Dalloz* 1981, *juris.*, p. 101, note PRADEL J.

<sup>1085</sup> Sur ce droit, notamment PEDROT PH. Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil, *in Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 477.

régler le sort de l'audience en matière gracieuse, lorsqu'il peut résulter de la publicité une atteinte à l'*intimité de la vie privée*. Il s'agit aussi de conférer au président les pouvoirs d'aménager la *publicité* ou le *secret* des débats. Autant de dispositions qui se déduisent du principe visé à l'article 22 du nouveau Code et repris dans son article 433<sup>1086</sup>.

Le Code de procédure pénale consacre aussi certains principes directeurs dans le corps de son texte. C'est le cas de l'article 427 qui ouvre un paragraphe sur l'administration de la preuve en matière correctionnelle en édictant le principe de la *liberté de la preuve* sous ses deux aspects (*liberté* de production de la preuve et *intime conviction*). Les dispositions qui suivent (articles 428 à 457) sont autant d'applications particulières de ces principes. Par exemple il est prévu que l'aveu ne lie pas les juges<sup>1087</sup> ; que les procès verbaux ne valent sauf exception, qu'à titre de renseignement ou encore que les témoins doivent prêter serment de dire toute la vérité à l'exception de ceux qui sont âgés de moins de seize ans<sup>1088</sup>.

La difficulté d'identifier le processus de déduction dans le droit écrit provient de la structure même des textes. On peut penser que le nouveau Code de procédure civile fait œuvre de clarté en réservant une partie séparée à certains de ses principes. Cependant tous les principes directeurs du procès civil ne sont pas mentionnés dans les dispositions liminaires. C'est aussi le cas en procédure pénale où, malgré l'adoption d'un article préliminaire visant certains principes, nombre d'entre eux demeurent dans le corps du texte. L'article 427 prévoit un principe et les dispositions qui suivent, ses applications. Pour autant, rien ne permet formellement de distinguer l'article 427 de ceux qui le suivent. On peut ainsi se demander en quoi l'article 428 prescrivant que l'aveu ne lie par les juges découle nécessairement du principe de l'*intime conviction*. En d'autres mots, comment démontrer que l'*intime conviction* précède la règle de l'article 428 dans le processus de création du droit ? Ne pourrait-on pas envisager l'hypothèse selon laquelle le principe n'est qu'une généralisation des règles techniques existantes dans le Code ? Il faudrait alors raisonner par induction.

## § 2 : L'induction : le principe comme généralisation des règles techniques

**201.** On peut définir l'induction comme un « *procédé ampliatif qui consiste à tirer d'une collection finie de cas observés une conclusion générale qui recouvre les cas observés et ceux qu'on pourra observer* »<sup>1089</sup>. Au regard des principes directeurs l'induction serait donc le procédé par lequel on extrait d'un ensemble de règles techniques de procédure l'existence d'une seule règle générale synthétisant les autres. Cette règle se nommerait principe. Un auteur exprime le phénomène d'induction de la façon suivante : « *le principe de droit est une abstraction déduite du droit positif, qui, par une généralisation appropriée, peut être projetée sur l'ensemble de l'ordre juridique* »<sup>1090</sup>. L'induction suggère que la primauté des principes n'existe pas. Cette affirmation n'est pas tout à fait exacte dans la mesure où

<sup>1086</sup> Pour un aperçu plus général de la mise en œuvre des principes directeurs dans le nouveau Code de procédure civile, CORNU G. Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions), *Mélanges Bellet*, Litec, Paris, 1991, p. 84.

<sup>1087</sup> Sur la relation entre *intime conviction* et aveu, CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P., *Procédure pénale*, Armand – Colin, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 2000, n°60, p. 37.

<sup>1088</sup> Respectivement articles 428, 430, 446, 447, et 448 C.pr.pén.

<sup>1089</sup> Encyclopédie philosophique universelle, citée par MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 368, n°420.

<sup>1090</sup> BEKES I. Le rôle des principes généraux du droit dans le droit pénal, *Journée de la société de législation comparée*, 1980, vol 2, p. 359.



l'induction pure et simple (A) peut souvent être ramenée à un double mouvement d'induction-déduction (B).

### A) L'induction pure et simple

**202.** Un premier exemple d'induction relève d'une généralisation accomplie par la doctrine sur la base d'un ensemble de règles textuelles. En matière pénale, la doctrine reconnaît l'existence d'un principe du *secret des délibérés*<sup>1091</sup>. Pour autant, il s'avère que ce principe n'est formulé par aucun texte. L'article 355 du Code de procédure pénale se contente de prévoir que « *les magistrats de la Cour et les jurés se retirent dans la chambre des délibérations. / Ils ne peuvent en sortir qu'après avoir pris leurs décisions* ». Un certain nombre de règles protègent ensuite le *secret*. Celle de l'interdiction de connaître comment s'est faite la répartition des voix<sup>1092</sup> ou encore celle de l'interdiction faite aux jurés de manifester une opinion pendant les débats<sup>1093</sup>. La jurisprudence a dû aussi se prononcer sur la question du *secret*. L'article 341 du Code de procédure pénale autorise la Cour et les jurés à réexaminer des pièces du dossier durant le délibéré. Dans cette hypothèse, le ministère public et les avocats des parties privées doivent être présents. Si un juré exprime son opinion en présence de ces personnes, le *secret* est-il rompu ? La Cour de cassation a répondu à cette question par la négative<sup>1094</sup>. Cette dérogation est exceptionnelle car la solution traditionnelle veut que le ministère public ne soit pas présent au cours des délibérés<sup>1095</sup>. Le *secret des délibérés* ne semble pas présenter d'antériorité vis-à-vis des règles techniques qui viennent d'être décrites. Plus précisément, il n'est pas possible d'établir formellement cette antériorité. Le principe serait issu de la généralisation d'un ensemble de règles techniques.

Un autre exemple significatif est constitué par le principe de *séparation des fonctions de poursuite et de jugement*. Avant la loi du 15 juin 2000, la règle de la *séparation* n'était affirmée qu'en matière criminelle à l'article 253 du Code de procédure pénale<sup>1096</sup>. De cette règle technique applicable seulement devant la Cour d'assises, la Cour de cassation a induit l'existence d'un principe de portée générale applicable devant toutes les juridictions pénales<sup>1097</sup>. Par la suite, la loi du 15 juin 2000 a intégré le principe dans l'article préliminaire du Code. Dans cette hypothèse le raisonnement inductif n'est pas le produit de la réunion de plusieurs dispositions techniques, mais un processus de généralisation sur la base d'une seule

---

<sup>1091</sup> Par exemple, VITU A. Le principe de publicité dans la procédure pénale, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1968, t 16, fasc. 1, p. 293. ; aussi, STEFANI G. LEVASSEUR G. BOULOC B., *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 17<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 786, n°868. Pour ces derniers « *dans toutes les juridictions, la délibération est secrète* ».

<sup>1092</sup> Article 360 C.pr.pén.

<sup>1093</sup> Article 311 al 2 C.pr.pén.

<sup>1094</sup> Cass. crim. 21 juin 1923, *Dalloz Périodique* 1924, 1, p. 115 ; Cass. crim. 11 mai 1939, *Bull. crim.*, n°109. (dans ce dernier arrêt, il s'agissait de la présence du président de la Cour d'assises aux délibérés du jury pour fournir un renseignement sur la régularité du verdict).

<sup>1095</sup> Cass. crim. 13 novembre 1990, *Gaz. Pal.* 1991, 2, som., p. 278. « *en vertu des principes généraux du droit, aucune personne autre que les juges qui y participent ne peut assister au délibéré* ».

<sup>1096</sup> « *Ne peuvent faire partie de la Cour en qualité de président ou d'assesseur les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la Cour d'assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé* ».

<sup>1097</sup> Cass. crim. 15 mars 1960, *Bull. crim.*, n°148. « *si (l'article 253 C.pr.pén.) figure dans le Code de procédure pénale au chapitre traitant de la composition de la Cour d'assises, l'interdiction (qu'il) formule relève du principe absolu et de portée générale selon lequel les fonctions du ministère public sont, par essence, incompatibles avec celles d'un juge* ».

règle textuelle<sup>1098</sup>. Chronologiquement, la règle technique a précédé la formalisation du principe.

Si un magistrat ne peut pas à la fois poursuivre et juger, un même juge ne peut pas non plus juger deux fois. Cette interdiction pour un juge du siège de juger deux fois la même affaire est un principe issu d'une induction doctrinale. L'article 341-5 du nouveau Code de procédure civile prévoit une cause de récusation lorsque le magistrat a déjà eu à connaître de l'affaire comme juge, arbitre ou conseiller d'une partie. De son côté l'article 131-4 du Code de l'organisation judiciaire dispose que dans l'hypothèse d'une cassation, l'affaire est renvoyée devant une autre juridiction ou devant la même juridiction différemment composée. La Cour de cassation estime quant à elle qu'un magistrat ne peut siéger dans une Cour d'assises si, en qualité de juge civil, il « *a déjà porté une appréciation sur la culpabilité de l'accusé à raison des mêmes faits* »<sup>1099</sup>. Dans ce dernier cas, il est difficile de reconnaître le processus d'induction. D'une part, l'affirmation du principe procède d'une induction purement doctrinale<sup>1100</sup> ; d'autre part, on peut légitimement remarquer que les règles techniques précitées découlent directement du principe d'*impartialité*. Ceci montre la complexité du phénomène de production du droit qui relève peut être d'un double mouvement d'induction-déduction.

### B) Le mouvement d'induction-déduction

**203.** François GENY a décrit le processus évolutif du droit<sup>1101</sup> : à l'origine se trouve un texte ou un ensemble de textes qui permet d'extraire un principe ; par la suite, on déduit de ce principe de nouvelles règles qui vont s'ajouter au droit positif existant. Ce mouvement circulaire de création du droit ne consacre pas la primauté des principes puisque ces derniers trouvent d'abord leur fondement dans une ou plusieurs règles préexistantes. On trouvera différentes illustrations de ce mécanisme en procédure.

En procédure pénale, de nombreuses règles consacrent le droit pour la personne poursuivie ou son défenseur d'avoir la parole en dernier et de clôturer l'audience. Les articles 460 et 513 du Code de procédure pénale pour le Tribunal correctionnel et la Cour d'appel, l'article 346 pour la Cour d'assises et l'article 536<sup>1102</sup> pour le Tribunal de police organisent d'abord l'ordre de parole des différents protagonistes du procès pénal ; ils prescrivent ensuite que la personne poursuivie ou son conseil « *auront toujours la parole en dernier* ». La règle est donc bien établie devant les juridictions de jugement. Des difficultés se sont présentées quant à son application durant la mise en état ou concernant certaines mesures d'application des peines. Devant la chambre d'accusation, l'article 199 du Code de procédure pénale prévoit que les débats se déroulent en chambre du conseil. Un conseiller doit faire son rapport puis « *le Procureur et les avocats des parties qui en ont fait la demande présentent des observations sommaires* ». Le Code ne prévoit donc pas précisément que la personne

<sup>1098</sup> Il est vrai que la Cour de cassation depuis le 19<sup>ème</sup> siècle appliquait la séparation aux trois juridictions de jugement répressives. Cf. sur ce point, CROCQ P. Le droit à un tribunal impartial, *in*, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 397, spécialement n°604.

<sup>1099</sup> Cass. crim. 30 novembre 1994, *Bull. crim.*, n°390. Le principe visé par la Cour de cassation est celui du tribunal *indépendant* et *impartial* au sens de l'article 6§1 de la CESDH.

<sup>1100</sup> L'existence du principe selon lequel un magistrat ne peut juger deux fois de la même affaire est affirmé par M. CROCQ. *Op. cit.* n°603.

<sup>1101</sup> GENY F. *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>ème</sup> éd., 1919, t1, n°22, réédition LGDJ, Paris, 1995, p.45.

<sup>1102</sup> Qui renvoie en fait à la procédure de l'article 460 C.pr.pén.

poursuivie doit avoir la parole en dernier. La jurisprudence va procéder au raisonnement inductif-déductif pour étendre les solutions en matière de jugement à la phase préparatoire du procès. Dans un arrêt du 28 septembre 1983, la Cour de cassation décide<sup>1103</sup> qu'« il se déduit de l'article 199 du Code de procédure pénale et des principes généraux du droit que devant la chambre d'accusation, l'inculpé doit avoir la parole le dernier lorsqu'il est présent aux débats ; qu'il en est de même de son conseil, dès lors que celui-ci a demandé à présenter des observations sommaires ». Les termes de l'arrêt semblent faire allusion à un syllogisme purement déductif. En réalité, la Cour suprême prend pour point de départ les dispositions du Code : d'une part l'article 199 qui vise le déroulement de l'audience devant la chambre d'accusation et d'autre part, sans les citer, l'ensemble des dispositions aménageant l'ordre de parole devant les juridictions de jugement<sup>1104</sup>. Ces règles techniques permettent aux magistrats de remonter jusqu'au principe des *droits de la défense*. L'ensemble des règles prévoyant que la personne poursuivie doit être entendue en dernier permet **d'induire** l'existence d'un nouvel aspect des *droits de la défense* en matière pénale. La Cour de cassation procède en fait à une généralisation. Le principe des *droits de la défense* prévoit désormais que le droit d'avoir la parole en dernier s'applique de façon générale devant toutes les juridictions répressives. Par la suite, la Cour suprême **déduit**<sup>1105</sup> du principe susvisé une règle technique selon laquelle, devant la chambre d'accusation, la personne mise en examen ou son conseil doit avoir la parole en dernier. Le principe permet de déduire une solution identique dans une procédure d'application des peines et notamment en application de l'article 702-1 du Code de procédure pénale qui permet de demander le relevé des interdictions, déchéances ou incapacités prononcées à titre de peines complémentaires. La Cour de cassation a jugé à deux reprises qu'il se déduisait des articles 703<sup>1106</sup>, 460, 513 du Code et des principes généraux du droit que le requérant ou son avocat devait avoir la parole en dernier<sup>1107</sup>.

L'induction-déduction consiste donc dans le transfert vers un principe d'une règle consacrée par plusieurs dispositions techniques. Intégrée dans le principe, la règle prend une portée générale et peut s'appliquer en dehors des cas prévus textuellement. Le droit de prendre la parole en dernier consacré par le Code devant les juridictions de jugement est ainsi intégré par un raisonnement inductif au principe des *droits de la défense* et généralisé dans un processus déductif à toutes les phases de la procédure.

On retrouve ce processus en matière de *double degré de juridiction*. L'article 185 du Code de procédure pénale prévoit que le Procureur de la République peut faire appel de toutes les ordonnances rendues par le juge d'instruction. Suite à la loi du 4 janvier 1993, les pouvoirs en matière de placement et de prolongation de la détention provisoire avaient été retirés au juge d'instruction et confiés au président du Tribunal de grande instance ou à son délégué. L'article 186 dans sa rédaction de l'époque avait ainsi prévu un appel possible à l'encontre des ordonnances statuant sur la détention provisoire mais ce recours était ouvert uniquement au profit des parties privées. S'il l'on s'en tenait à la lettre des textes, le ministère public était privé du *double degré de juridiction* en ce qui concerne les ordonnances prises par le président du TGI ou son délégué. La Cour de cassation va au contraire opérer une

<sup>1103</sup> Cass. crim. 28 septembre 1983, *Dalloz* 1984, juris., p. 156, note PRADEL J.

<sup>1104</sup> Articles 346, 460, 513 et 536 C.pr.pén.

<sup>1105</sup> « Il se déduit (...) des principes généraux du droit » affirme la Cour de cassation dans l'arrêt du 28 septembre 1983 *précit.*

<sup>1106</sup> Organisant l'audience relative aux demandes de relevé des interdictions, déchéances et incapacités.

<sup>1107</sup> Cass. crim. 16 janvier 1996, *Bull. crim.* n°23 ; Cass. crim. 31 janvier 1996, *Bull. crim.*, n°58 ; LESCLOUS V. MARSAT C. Chronique des parquets et de l'instruction, *Droit pénal* 1997, n°4, p. 6.

induction-déduction pour étendre le droit d'appel du parquet. Dans un arrêt du 6 juillet 1993<sup>1108</sup>, elle affirme qu'« *il résulte de l'article 185 C.pr.pén. et des principes généraux du droit que l'appel du ministère public s'étend à toutes les décisions rendues en matière de détention provisoire* ». Le premier terme de l'argumentation consiste à induire de l'article 185 du Code de procédure pénale un droit général au *double degré de juridiction d'instruction* au profit du ministère public. D'une disposition spéciale, les juges de cassation remontent jusqu'au principe directeur. Le second terme de la réflexion est l'application déductive du principe : le ministère public bénéficie d'un droit d'appel général pendant la phase de l'instruction. Il peut donc former un recours contre les décisions relatives à la détention provisoire. Une nouvelle règle technique est déduite du principe susénoncé.

Le processus inductif-déductif tendrait donc à montrer que les principes directeurs ne sont pas les normes premières du droit processuel. Plus précisément, la primauté des principes ne serait pas systématique. Pourtant, derrière le phénomène apparent de l'induction, n'existe-t-il pas une primauté sous-jacente ?

**204. Conclusion : la primauté en question et les principes sous-jacents.** La primauté des principes directeurs semble induire un rapport temporel. Les règles techniques découleraient des principes en ce qu'elles ont été consacrées postérieurement. En réalité, la primauté est avant tout l'expression d'un rapport d'application ou de mise en œuvre. Le principe est premier car la règle technique n'en est qu'une application. Cette affirmation ne résout pourtant pas la question temporelle. Comment certaines règles techniques peuvent-elles constituer des applications particulières d'un principe si ce dernier n'existe pas dans le droit positif ?

Certains principes ont pu connaître des applications techniques nombreuses avant d'être officiellement reconnus par le droit positif. Il en va ainsi du principe de *loyauté*. On peut dire que la formulation du principe en jurisprudence date de 1996 à propos de provocations policières<sup>1109</sup>. Ces provocations étaient sanctionnées antérieurement à cette date<sup>1110</sup>. De même, le Code de procédure pénale de 1958 en réglementant certains modes de recherche de la preuve visait déjà à éviter les atteintes à la *loyauté*<sup>1111</sup>.

Le même constat peut être établi à l'égard du principe de *célérité*. On peut dater l'intégration formelle du principe au droit français à l'entrée en vigueur de la CESDH prévoyant l'exigence d'un « *délai raisonnable* » dans son article 6§1, soit en 1974. Avant cette date, de nombreuses expressions de la *célérité* se trouvaient dans les textes de procédure. En procédure pénale, existaient des mécanismes qui transfèrent des pouvoirs supplémentaires aux officiers de police judiciaire dans l'hypothèse de l'enquête de flagrance et permettent d'accroître la rapidité de l'enquête. En procédure civile, le décret du 9 septembre 1971 ouvrant la réforme de la procédure civile a confié au juge de la mise en état le pouvoir de fixer les délais relatifs à l'instruction de l'affaire. Ce magistrat dispose ainsi du pouvoir d'accélérer la procédure ou d'éviter que celle-ci prenne du retard<sup>1112</sup>.

<sup>1108</sup> Cass. crim. 6 juillet 1993, *Dalloz* 1993, juris., p. 429, note KEHRIG S.

<sup>1109</sup> Cass. crim. 27 février 1996, *JCP* 1996, II, 22629, note RASSAT M.L.

<sup>1110</sup> MAISTRE DU CHAMBON P. La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence, *JCP* 1989, I, 3422.

<sup>1111</sup> Un auteur cite ainsi les articles 75 à 78 C.pr.pén. comme l'expression de l'exigence de la « *moralité* » dans la recherche des preuves. DANJAUME G. Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale, *Dalloz* 1996, chron., p. 153.

<sup>1112</sup> Article 36 du décret intégré dans le nouveau Code de procédure civile à l'article 764.

Doit-on dès lors considérer que les règles techniques visant la protection de la *loyauté* ou de la *célérité* des procédures ont primé sur les principes directeurs ? Une telle affirmation conduirait à un rejet pur et simple du critère de la primauté. La question semble pourtant suggérer une réponse plus nuancée. Elle passe par la distinction entre les principes du droit positif et les principes sous-jacents.

Lors d'une audience solennelle de la rentrée de la Cour de cassation, le premier président DRAI rappelait l'attachement de la Cour de cassation « *au respect du droit et des principes fondamentaux qui sous-tendent chacune de nos règles écrites* »<sup>1113</sup>. De même, dans son commentaire relatif à l'arrêt du 6 juillet 1993 qui avait étendu le champ d'application de l'appel du Procureur de la République, l'avocat général près la Cour d'appel de Paris considérait que l'article 185 du Code de procédure pénale visé par la chambre criminelle « *doit être regardé comme l'expression législative ponctuelle des principes généraux du droit sous-jacents à toute notre procédure pénale, fondée notamment sur les principes de contradiction et de l'équilibre des parties au procès* »<sup>1114</sup>.

Les principes, même s'ils ne sont pas exprimés par le droit positif, peuvent tout de même être les inspirateurs des règles techniques textuelles ou jurisprudentielles. Cette idée est encore exprimée à l'égard du principe de *dignité*. Un auteur constate que « *ce concept de dignité a (...) mis longtemps à se cristalliser dans notre droit* »<sup>1115</sup> ; il semblerait pourtant qu'il ait été « *sous-entendu dans la déclaration de 1789* » et qu'il restait depuis « *en suspension dans notre droit* »<sup>1116</sup>. Bien qu'aucun texte ne l'ait exprimé clairement, l'idée de *dignité* n'a effectivement pas été ignorée. On la retrouve clairement affirmée par la CESDH visant l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. En droit interne, la reconnaissance explicite date pourtant de la loi du 27 juillet 1994. Il est très délicat d'affirmer que le droit français n'applique le principe de *dignité* que depuis cette date. On pourrait donc estimer que cette norme a pu constituer un principe latent du droit<sup>1117</sup> n'appartenant pas au droit positif, mais en tant que norme sociale, inspirant la création de normes techniques positives protectrices de la *dignité*.

Le critère de la primauté est donc difficile à établir. D'un point de vue purement formel, il faut reconnaître que certains principes ne sont pas exprimés par le droit positif. Leur reconnaissance est purement doctrinale. Elle se fonde sur le constat d'une application généralisée de règles techniques conformément à un principe. Ce constat ne doit cependant pas conduire à exclure le critère de la primauté. Un principe qui n'est pas formulé par le droit positif peut exister sous la forme d'une norme sociale. Son absence de juridicité ne fait pas disparaître son autorité normative. Le principe demeure une source d'inspiration des règles textuelles ou jurisprudentielles.

Il n'est pas possible de se prononcer de façon affirmative sur le critère de la primauté. Ce dernier soulève de telles incertitudes qu'il est difficile de le considérer comme un critère permettant d'identifier un principe directeur. La primauté relève plus d'un postulat que d'une réalité. Les principes directeurs se situent à la liaison entre la norme sociale et la norme juridique. La frontière est tenue entre ces deux univers et les principes peuvent passer de l'un à l'autre au gré des réformes. Ils peuvent exister en droit positif grâce aux règles techniques

<sup>1113</sup> DRAI P. Allocution du 6 janvier 1992, *Rapport de la Cour de cassation*, 1991, p. 46.

<sup>1114</sup> KEHRIG S. note sous Cass. crim. 6 juillet 1993, *Dalloz* 1993, juris., p. 429.

<sup>1115</sup> SAINT-JAMES V. Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, *Dalloz*, 1997, chron., p. 61.

<sup>1116</sup> *Ibid*, p. 61.

<sup>1117</sup> Sur l'état de latence, Cf. *infra*, n°256 à 260.

qui les mettent en œuvre. Ce critère est pourtant discutable car sur le plan purement formel, certains principes sont devancés par les règles techniques et leur reconnaissance est parfois purement doctrinale.

La primauté demeure un caractère discutable et discuté. Il fournit des indices essentiels à la compréhension des principes directeurs mais ne peut être intégré sans discussion parmi les caractères adoptés des principes directeurs.

## **Chapitre 2 : Les caractères adoptés des principes directeurs du procès judiciaire**

**205.** La distinction entre principes directeurs et règles techniques en droit processuel, passe nécessairement par la détermination de critères qui permettent d'identifier chacune de ces deux catégories de normes. Les principes directeurs présentent ainsi certains caractères qui leur sont propres : la continuité, la généralité et la flexibilité. Il n'est pas, parmi ces attributs, l'un qui soit plus important que l'autre. Chacun est indispensable pour qu'une norme puisse être qualifiée de principe. Cependant, les principes possèdent l'un ou l'autre de ces attributs de façon plus ou moins prononcée. De même, certaines règles techniques peuvent se révéler alternativement, continues, générales, ou flexibles. Un principe, pour être reconnu comme tel devra être continu, général et flexible..

Ces trois caractères ne se présentent pas dans un ordre particulier. On étudiera successivement la continuité qui situe les principes dans le temps (section 1) ; puis la généralité, qui détermine leur présence sur l'espace juridique (section 2) ; enfin la flexibilité, qui donne aux principes le sens de la raison, ou du compromis (section 3).

### *Section 1 : La continuité des principes directeurs du procès judiciaire (les principes et le temps)*

**206.** Pour de nombreux juristes, la permanence des normes est une qualité qui confère au droit stabilité et sécurité. Certains estiment que le législateur doit avoir deux préoccupations dans l'exercice de sa fonction : « *établir du stable et du raisonnable* »<sup>1118</sup>. Le droit doit posséder une certaine immuabilité pour conserver sa valeur. George RIPERT estimait ainsi que « *la direction des hommes exige un ensemble de règles générales et permanentes* »<sup>1119</sup>. Ces règles possédant généralité et permanence pourraient être les principes juridiques et en procédure, les principes directeurs. Ces derniers présentent ainsi une certaine force d'inertie qui les soustrait aux nombreuses et fréquentes réformes (§1). Ils demeurent pourtant sensibles aux changements sociaux, et à ce titre, connaissent une lente évolution vers le renforcement, le déclin ou la transformation (§2).

---

<sup>1118</sup> LOUIS-LUCAS, Vérité matérielle et vérité juridique, *Mélanges Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 405.

<sup>1119</sup> RIPERT G. *Les forces créatrices du droit*, LDGJ, Paris, 1955, cité par COMMAILLE J. La régulation des temporalités juridiques par le social et le politique, in *Temps et droit, le droit a-t-il vocation de durer ?* sous la direction de OST F., Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 317.

### § 1 : La force d'inertie des principes directeurs du procès judiciaire (la loi de l'évolution)<sup>1120</sup>

**207. La tradition juridique se perpétue à travers les principes directeurs.** Au regard du temps, les règles de droit se situent entre changement et continuité<sup>1121</sup>. Les modifications les plus simples et les plus rapides atteignent les règles techniques alors que les principes généraux présentent une certaine stabilité. Ceux qui touchent « *au fond même du système juridique* » possèdent « *une grande longévité* »<sup>1122</sup>. Ils ne subissent pas de bouleversement du fait d'une loi nouvelle. A l'inverse, le juge peut les utiliser en vue d'interpréter et de faire évoluer cette loi. Ce constat n'est pas valable seulement pour les principes de procédure. En droit civil, certains principes ont survécu depuis 1804 aux nombreuses réformes du Code Napoléon<sup>1123</sup>. De même, en droit administratif, les principes dégagés par le Conseil d'Etat sont appelés à pallier l'instabilité des lois contemporaines<sup>1124</sup>.

La sécurité ou la prévisibilité peuvent faire défaut dans les systèmes juridiques actuels. Le volume de la législation, la portée des décisions juridictionnelles sont autant de facteurs qui rendent la règle de droit incertaine. Le recours aux principes va opérer comme un palliatif au mouvement croissant des réformes ou revirements<sup>1125</sup>. Le justiciable devrait ainsi trouver dans les principes un guide permettant de prévoir une décision judiciaire ; ou une base sur laquelle il peut développer son argumentation.

L'idée de continuité n'est pas exempte de vices. On peut y trouver des raisons de croire que les principes sont invariants dans le temps et dans l'espace<sup>1126</sup>. En réalité, les principes incarnent dans une certaine mesure, la tradition juridique et la permanence des finalités protégées par le droit. Cette tradition vise non pas à assurer la survie perpétuelle de règles ancestrales mais plutôt à aménager un lien, une transition, entre un droit ancien usé et un autre plus récent. Les principes peuvent fournir un socle à cette transition. Les règles techniques sont modifiées mais le principe qui les inspire, demeure.

**208. Continuité et adages.** Les adages juridiques permettent d'illustrer cette permanence. « *C'est la tradition qui les porte* » dit-on. « *Elle les transmet de génération en*

<sup>1120</sup> Sur la définition de la force d'inertie, Cf. *infra*, n°210 à 211

<sup>1121</sup> BOULANGER J. Principes généraux du droit et droit positif, *Mélanges Ripert*, t1, LGDJ, Paris, 1950, p. 51.

<sup>1122</sup> BERGEL J. L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°85, p. 99.

<sup>1123</sup> BOULANGER J. *op. cit.* p. 70. On pourrait nuancer cette opinion en soulignant que certains principes essentiels de droit civil contemporain n'existaient pas lors de la promulgation du Code. On songera particulièrement aux principes de responsabilité du fait des choses ou d'autrui, purs produits de la jurisprudence.

<sup>1124</sup> Le Professeur RIVERO fustigeait déjà « *la loi mouvante, la loi particulière, la loi mal faite des années que nous vivons* » et qui « *ne suffit plus à créer la stabilité et la certitude que la vie sociale attend du droit* ». RIVERO J. Le juge administratif : un juge qui gouverne ? *Dalloz 1951*, chron., p. 21.

<sup>1125</sup> M. BLONDEL estime que les principes généraux révèlent « *un fond commun de règles de droit marquées au coin d'une continuité* ». Pour cet avocat à la Cour de cassation, le recours aux principes généraux du droit n'est pourtant pas un facteur de sécurité évident dans la mesure où le juge peut utiliser des normes jurisprudentielles pour écarter l'application de règles textuelles. BLONDEL PH. Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation – Rapport de synthèse, *JCP E 1989 Cahiers du droit de l'entreprise*, n°5, p. 16.

<sup>1126</sup> En ce sens, BEKAERT H. in *Les grandes questions de la philosophie du droit*, sous la direction de GOYARD FABRE S., SEVE R. ; Paris, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 116. L'auteur estime que les principes généraux du droit emportent l'adhésion de l'unanimité des consciences et « *ne semblent pas subir les lois de la relativité dans le temps et dans l'espace qui caractérisent habituellement les structures juridiques* ».

*génération, (...) les dépose dans les mains des nouveaux juristes* »<sup>1127</sup>. L'ancienneté de ces propositions normatives que sont les adages marque la continuité des principes qui les incarnent. Leur locution latine est un indice complémentaire de longévité. La maxime *non bis in idem* est ainsi reprise dans le Code civil à l'article 1351 qui traduit l'un des aspects de l'*autorité de la chose jugée*. La Cour de cassation utilise d'ailleurs directement la formule héritée du droit romain dans des arrêts forts anciens<sup>1128</sup>, ou plus récents<sup>1129</sup>. En procédure civile, certains principes directeurs puisent leur fondement dans les maximes coutumières<sup>1130</sup>. *Actori incumbit probatio, audi alteram partem*, sont autant de formules qui régissaient le rôle du juge et des parties dans le procès, ou encore qui exigeaient le respect du *contradictoire* bien avant l'œuvre de codification<sup>1131</sup>. D'autres principes encore relèvent d'un « *idéal antique* ». Ce sont les « *règles classiques du théâtre de la justice* »<sup>1132</sup>. Il s'agit de la *liberté de la défense*, ou encore de la *publicité de la justice*.

La tradition est donc celle des temps ancestraux, des principes qui semblent n'avoir jamais quitté le procès<sup>1133</sup>. Elle est aussi celle de l'héritage révolutionnaire qui a touché tout autant la substance du droit que les règles destinées à sa mise en œuvre. Dans le rapport remis au Premier ministre destiné à présenter les dispositions liminaires du nouveau Code de procédure civile, on pouvait lire à propos des principes directeurs : « *leur réunion dans une même partie affirme la valeur permanente des règles qui reflètent la conception générale du procès civil et atteste que le respect de la tradition libérale française s'harmonise avec l'exercice par le juge des pouvoirs inhérents à sa fonction* »<sup>1134</sup>. La tradition des principes est donc aussi celle du libéralisme. On pourra ainsi remonter le temps juridique pour rechercher les expressions lointaines des principes actuels.

**209. L'ancienneté des principes directeurs comme indice de leur continuité.** L'expérience ou la raison de l'homme viennent avec l'âge ; il en va de même pour les normes. Le caractère incontestable ou inaltérable est souvent revendiqué lorsqu'une règle connaît une consécration lointaine ; si ancienne parfois que les auteurs ne parviennent pas à un accord pour dater l'apparition d'un principe. Tel est le cas de l'*autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*. Ce principe qui vise à éviter les contradictions entre les décisions de

<sup>1127</sup> ATIAS CH. Présence de la tradition juridique, *RRJ* 1997, n°67, p. 387.

<sup>1128</sup> Cass. crim. 1<sup>er</sup> avril 1832, *Sirey* 1833, 1, p. 60, Cass. crim. 11 septembre 1873, *Sirey* 1874, 1, p. 335.

<sup>1129</sup> Cass. crim. 20 juin 1996, *Dalloz* 1997, juris., p. 249, note TIXIER G. LAMULLE TH.

<sup>1130</sup> CORNU G. Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions), *Mélanges Bellet, Litec*, Paris, 1991, p. 83.

<sup>1131</sup> Leur « *élaboration scientifique* » dit le doyen CORNU « *ne doit faire oublier ni leur nature, ni leur origine : (...) ils viennent de la tradition où ils se disaient déjà en adages latins, offrant à la réflexion doctrinale la riche substance d'un donné coutumier* ». CORNU G. L'élaboration du Code de procédure civile, in *La codification*, Dalloz, Paris, 1996, p. 71.

<sup>1132</sup> CORNU G. Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, *op. cit.* p. 90.

<sup>1133</sup> Ces principes ont pourtant été négligés au long de l'histoire. La procédure inquisitoire ne connaissait ni la *publicité* ni les *droits de la défense*.

<sup>1134</sup> Cité par BLANC E. Principes généraux de la nouvelle procédure civile (étude analytique des « dispositions liminaires » du décret du 9 septembre 1971), *JCP* 1973, I, 2559.



justice est apparu pour certains dans une décision de la chambre civile en 1855<sup>1135</sup>. D'autres au contraire trouvent son expression dès le début du 19<sup>ème</sup> siècle<sup>1136</sup>.

L'héritage révolutionnaire et la codification napoléonienne ont été porteurs de bouleversements importants des modèles juridiques. Certains principes ont pourtant résisté à ce mouvement. On peut citer à ce titre le principe de *séparation des autorités administrative et judiciaire*. Le principe ne provient pas de l'idéal des Lumières et de la séparation des pouvoirs mais de l'absolutisme royal<sup>1137</sup>. Ce fut Louis XIII qui, pour soustraire ses intendants aux parlements, décida dans un édit de Saint-Germain en Laye en février 1641, que les litiges relatifs à leurs activités relèveraient uniquement du Roi. Plus généralement, les Cours et parlements avaient interdiction, selon cet édit, de connaître des affaires concernant l'Etat, l'administration et le gouvernement. Le principe, qualifié aussi de *dualité des juridictions*<sup>1138</sup>, a traversé sans encombre la période révolutionnaire et bien qu'il connaisse aujourd'hui de nombreuses exceptions<sup>1139</sup>, subsiste encore à travers l'ordre juridictionnel administratif.

Certains principes ont connu au contraire des fluctuations. La *motivation des décisions de justice* apparaît au cours du 13<sup>ème</sup> siècle<sup>1140</sup>. Elle a subi un important recul au 14<sup>ème</sup> siècle en raison du *secret des délibérés* qui interdisait de faire connaître aux justiciables les motifs de la décision et disparaît jusqu'à la fin du moyen âge. Les philosophes du 18<sup>ème</sup> siècle plaident pour le rétablissement de la *motivation* qui interviendra un an avant la révolution en matière criminelle (édit du 8 mai 1788). L'institution d'un tribunal de cassation va permettre de rétablir le principe de la *motivation* qui deviendra l'instrument de libération de l'autorité juridictionnelle<sup>1141</sup>. La Constitution du 5 frimaire an III installe la *motivation* devant toutes les juridictions. Peu à peu, au cours du 19<sup>ème</sup> siècle, la Cour de cassation va utiliser la *motivation* de ses décisions pour acquérir son indépendance vis-à-vis du législateur et se libérer du référé législatif.

Les mêmes variations peuvent être constatées à l'égard du principe d'*impartialité*. On trouve ce principe dans les textes les plus anciens. La loi du peuple juif impose à ses juges « *tu ne baises pas avec le droit, tu n'auras pas de partialité, tu n'accepteras pas de cadeau, car le cadeau aveugle les yeux du sage et compromet la cause des justes* »<sup>1142</sup>. L'histoire montre que le précepte biblique ne fut que peu suivi. La révolution fut l'occasion de le mettre en avant et certains projets visaient à l'introduire dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789<sup>1143</sup>. Depuis, sans être expressément prévue dans un texte, l'*impartialité* des juridictions a connu un succès inégal à travers ses diverses applications. Le 19<sup>ème</sup> siècle a traversé des périodes marquées par l'élimination de magistrats en opposition avec le

<sup>1135</sup> Cass. civ. 7 mars 1955, *Sirey* 1955, 1, p. 439, *Daloz* 1855, 1, p. 81. En ce sens, REBUT D. note sous, Cass. mixte, 3 juin 1998, *Daloz* 1998, juris., p. 575 ; BONFILS PH, *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, préface S. CIMAMONTI, n°434, p. 487.

<sup>1136</sup> Notamment Cass. crim. 17 mars 1805 et Cass. crim. 15 mars 1810. Cité par MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 457. Dans le même sens, STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B. *Procédure pénale*, Daloz, Paris, 17<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 905.

<sup>1137</sup> COHEN D. Les juridictions de l'ordre judiciaire et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, *RRJ* 1985, n°22, p. 395.

<sup>1138</sup> MARTIN R. Sur l'unité des ordres de juridiction, *RTD civ.* 1996, p. 109.

<sup>1139</sup> Sur le recul du principe, Cf. *infra* n°218

<sup>1140</sup> GIUDICCELLI-DELAGÉ G. *La motivation des décisions de justice*, thèse, Poitiers, 1979, p. 30.

<sup>1141</sup> D'autres auteurs estiment que la *motivation* est née avec la révolution et la loi des 16-24 août 1790. VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, Daloz, Paris, 25<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 854, n°1232.

<sup>1142</sup> Deutéronome chapitre 16, verset 19.

<sup>1143</sup> ROETS D. *Impartialité et justice pénale*, Cujas, Paris, 1997, p. 14.

pouvoir<sup>1144</sup>. La reconnaissance tardive à l'article 6§1 de la CESDH illustre la consécration d'un principe hérité de la tradition judéo-chrétienne dont la mise en œuvre n'a pas connu de véritable stabilité dans le temps. La stabilité est pourtant un indice essentiel de la force d'inertie que présentent les principes directeurs.

**210. La résistance à l'évolution : la force d'inertie des principes directeurs.** En science de la nature, la force d'inertie peut se définir comme la résistance que les corps opposent au mouvement en raison de leur masse. Cette idée peut être transposée en science juridique. **La force d'inertie d'une norme** peut être définie comme la capacité de résistance de cette norme au mouvement réformateur du droit. Plus la norme est stable dans le temps, moins elle subit les conséquences des innovations textuelles et jurisprudentielles ; plus elle détient cette force d'inertie. On peut émettre l'hypothèse qu'il existe, en science juridique, une loi qui régit l'inertie et l'évolution des normes.

Cette **loi de l'inertie** pourrait être formulée de la façon suivante : la force d'inertie d'une norme juridique dépend du poids social et de la permanence de la ou des finalités incarnées par cette norme. Si la finalité représentée par une norme juridique est puissante au plan social et si ce potentiel dure dans le temps, alors, la norme juridique connaît une grande pérennité. Si la finalité est socialement fragile, ou si elle disparaît, le principe va suivre la voie du déclin.

**211. La loi de l'inertie et les changements du droit.** L'explication de cette théorie nécessite que l'on revienne sur des considérations préliminaires. La continuité des principes directeurs ne signifie pas que ces normes sont immuables<sup>1145</sup>. L'évolution qui touche l'ensemble des règles juridiques<sup>1146</sup> atteint aussi les principes. Si la vocation du droit est d'offrir stabilité et sécurité aux justiciables, elle est aussi de s'adapter à leurs besoins. La situation du droit dans le temps est à ce titre, tout à fait ambiguë. Selon un théoricien belge, l'équilibre peut être atteint dans l'articulation de quatre temps<sup>1147</sup>. Le premier temps est *celui de la mémoire* qui lie le droit à son passé ; le deuxième est le *temps du pardon*, qui permet au droit de se délier du passé ; le troisième est le *temps de la promesse* qui lie le droit au futur et ouvre les perspectives de changement ; le quatrième est le *temps de la remise en question* qui permet l'évolution du droit.

Lier les principes à leur passé et à leur futur, c'est effectivement poser la question de leur continuité et leur évolution. Il s'agit aussi de montrer que cette évolution ne peut se produire que dans le respect du temps ; en d'autres mots avec tempérance. Celle que semblent suivre les principes directeurs.

<sup>1144</sup> PERUCCA B. *L'impartialité de la justice pénale*, thèse, Nice, 1997, p.3.

<sup>1145</sup> « Rien de nos jours n'est immuable, la procédure encore moins que toute autre discipline » affirme le Professeur PERROT qui ajoute : « et d'ailleurs c'est une bonne chose quand on a la sagesse de laisser au temps le soin de faire son œuvre ». PERROT R. Brèves réflexions sur le rapport J-M COULON, *Procédures 1997*, n°4, p.4.

<sup>1146</sup> Le Professeur CORNU observe que « le droit est toujours en quête de progrès, en voie ou en volonté de perfectionnement, en instance ou en espoir d'améliorations, en marche, en attente, en effort, en devenir ». CORNU G. *Le visible et l'invisible, Droits 1989*, n°10, p. 27.

<sup>1147</sup> OST F. *L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il vocation de durer ? in Temps et droit, le droit a-t-il vocation de durer ?*, sous la direction de OST F., Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 7.

Un autre auteur affine cette analyse en opposant *changement discontinu* et *continu*<sup>1148</sup>. Le changement continu est celui qui caractérise la plupart des principes. Il s'analyse en une succession de petites variations de faible amplitude. Les réformes ou modifications jurisprudentielles ont pour effet de modifier des règles techniques du droit. Ces règles peuvent être rattachées à un principe et en modifier la physionomie. L'évolution du principe est continue car son énoncé demeure, alors que sa mise en œuvre peut être modifiée partiellement.

Cette distinction entre changement continu et discontinu est une indication qui permet de reconnaître un principe directeur ou au contraire de rejeter cette qualification. Si une règle apparaît ou disparaît subitement, elle ne peut être considérée comme un principe de procédure. On trouve une illustration de ce propos avec la règle selon laquelle *celui qui se dérobe à l'exécution d'un mandat de justice ne peut plus exercer son recours*. Cette règle a récemment été retirée du droit positif. Dans les arrêts de la Cour de cassation, elle était désignée comme un principe applicable d'abord au recours en cassation, puis étendu à l'appel et à d'autres requêtes en justice<sup>1149</sup>. Dans une décision du 30 juin 1999, la chambre criminelle est revenue sur sa jurisprudence et a déclaré un pourvoi en cassation recevable malgré la fuite de la personne poursuivie<sup>1150</sup>. Cette solution a été justifiée par le fait qu'aucune disposition de la loi n'excluait le recours. Un simple revirement a fait disparaître ce que la Cour suprême considérait comme un principe. Ce changement brutal permet d'écarter le qualificatif de « principe » à propos de la règle en question. Il ne s'agissait que d'une règle technique susceptible d'être éliminée par une simple décision de jurisprudence. Dans un arrêt du 24 novembre 1999, la Cour de cassation a persisté dans cette voie en censurant un arrêt d'appel qui avait déclaré un recours irrecevable car le prévenu s'était dérobé à l'exécution d'un mandat décerné par le Tribunal correctionnel<sup>1151</sup>.

Plus délicate est la distinction entre les *modifications conjoncturelle* et *structurelle* du droit<sup>1152</sup>. Les premières correspondent à des fluctuations de certaines caractéristiques du système juridique autour d'un équilibre donné. Les secondes correspondent à une modification des caractéristiques qui définissent l'équilibre du système. Le principe peut être atteint dans sa définition. L'équilibre peut être déplacé et le principe modifié en substance. En procédure, il sera envisagé plus loin comment l'*immutabilité du litige* a progressivement laissé la place à l'*évolution du litige* ou encore comment le principe *dispositif* s'est mué en principe de *coopération*<sup>1153</sup>. Ces transformations doivent être progressives car la disparition momentanée ou le bouleversement d'un principe va entraîner la modification de très nombreuses règles techniques<sup>1154</sup>. De même, un principe entretient avec d'autres des relations étroites. Si on élimine l'*indépendance* des magistrats, on provoque dans le même temps la disparition de l'*impartialité* des juridictions. La modification brutale et substantielle d'un

<sup>1148</sup> INTZESSILOGLOU N. Espace-temps et champs de relativité juridiques dans la galaxie du système ouvert, in *Temps et droit le droit a-t-il vocation de durer ?*, sous la direction de OST F., Bruylant, Bruxelles, 1998, p.271.

<sup>1149</sup> Sur ces différents aspects du principe Cf. MARON A., ROBERT J.H., VERON M. Chronique de droit pénal et procédure pénale, *JCP 2000*, I, 207.

<sup>1150</sup> Cass. crim. 30 juin 1999, *Bull. crim.* n°167 ; *JCP 2000*, I, 207, observations MARON A. p. 299. La chambre criminelle affirme : « en l'absence de disposition expresse de la loi dérogeant en cas de délivrance d'un mandat de justice à l'application des conditions de forme prévues à l'article 576 C.pr.pén., le pourvoi est recevable ».

<sup>1151</sup> Cass. crim. 24 novembre 1999, ; *JCP 2000*, I, 207, observations MARON A.

<sup>1152</sup> INTZELLILOGLOU N., *op. Cit.*, p. 288.

<sup>1153</sup> Cf. *infra* n°219 et 220 sur l'évolution de ces deux principes.

<sup>1154</sup> BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 99, n°85.

principe est donc peu fréquente. Ce phénomène peut toutefois se produire dans l'hypothèse d'un changement politique ou social radical<sup>1155</sup>. La révolution française a permis en effet de proclamer solennellement les principes de la *présomption d'innocence* et de la *liberté individuelle*. Ces derniers interdisent conjointement le recours aux détentions arbitraires au cours du déroulement du procès. Ils s'inscrivent en rupture avec les procédures pratiquées sous l'Ancien régime. De même, au lendemain de la deuxième guerre mondiale, les principes procéduraux relatifs à la protection des droits individuels ont été solennellement proclamés dans plusieurs textes. Leur application effective a connu depuis un réel essor. Ces principes inscrits dans la DUDH ou la CESDH ne marquent pas une discontinuité avec le droit processuel du début du siècle. Ils ont, au contraire pour finalité de rétablir la continuité démocratique et républicaine rompue sous le régime de Vichy.

La continuité des principes dépend donc de celle des rapports politiques et sociaux. Mme CALAIS-AULOY rappelle ainsi que les principes généraux du droit « *évoluent au rythme lent de l'histoire des idées* »<sup>1156</sup>. Cette opinion se retrouve chez les théoriciens du procès pénal. Marc ANCEL, estimait ainsi que si le droit issu de la Révolution avait apporté le respect de la *légalité*, de la *liberté* et de l'*égalité* juridique, le procès pénal classique issu de ce droit devait cependant évoluer vers de nouvelles préoccupations relatives à la protection de la personne<sup>1157</sup>. La Défense sociale nouvelle en tant que doctrine pénale a contribué à la modification de la procédure pénale marquant l'influence des idées politiques et sociales sur les principes du droit processuel<sup>1158</sup>.

Ces idées et les réformes qui en découlent, reflètent en général une certaine évolution des mœurs. La continuité des principes directeurs résulte ainsi de « *la force d'inertie que, dans toutes leurs composantes, les sociétés opposent aux hommes politiques* »<sup>1159</sup>. Cette réflexion permet de revenir à la proposition initiale selon laquelle l'inertie des principes suit celle des finalités sociales. Un auteur développe encore cette idée exposant que « *le droit est engagé dans le processus de constitution des valeurs sociales. En les instituant dans le cadre d'une série d'arrangements et de réglementations, il leur attribue une signification et une efficacité sociale* »<sup>1160</sup>. Il explique encore que la durée de vie d'une réglementation est celle des valeurs qu'elle représente. Les institutions juridiques demeurent si les valeurs perdurent.

On pourrait encore affiner cette analyse en raison de deux éléments. Le premier réside dans le fait que les principes ne subissent pas les modifications superficielles des finalités sociales. Seules les règles techniques en sont affectées. Si le principe peut être atteint dans ses applications, il ne l'est généralement pas dans sa substance. Le second résulte de la nécessaire conciliation des principes entre eux. Un principe pourra être conduit à céder devant un autre plus puissant. Encore une fois, il s'agira de faire disparaître une règle technique et non pas le principe en lui-même. L'inertie du principe ne fait pas obstacle au

---

<sup>1155</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p.55.

<sup>1156</sup> CALAIS-AULOY M.TH. De la recherche en droit (spécialement en ce qui concerne la légitimité du droit positif), *Dalloz* 1999, Actualités, p.1.

<sup>1157</sup> ANCEL M. La protection de la personne dans le procès pénal et les doctrines de la défense sociale, *RSC* 1967, p. 7.

<sup>1158</sup> Introduction de l'examen de personnalité et de règles relatives aux procédés illicites d'exploration de celle-ci (principe de *liberté de la preuve* atténué), renforcement des garanties relatives à la personne humaine dans le procès.

<sup>1159</sup> CALAIS-AULOY M.TH. De la recherche en droit, *op. cit.* p. 2.

<sup>1160</sup> PETEV V. Temps et transmutation des valeurs en droit, in *Temps et droit, le droit a-t-il vocation de durer ?*, sous la direction de OST F., Bruylant, Bruxelles, 1998, p.171.

mouvement. Elle se contente d'en limiter les effets. Les principes ne sont donc pas invariables mais continus. Leur évolution peut prendre plusieurs formes.

## § 2 : Le mouvement des principes directeurs du procès judiciaire (les formes de l'évolution)

**212.** Les principes directeurs possèdent une certaine force d'inertie qui leur permet de résister aux modifications du système juridique. Pourtant, les principes évoluent. Ils naissent, vivent et disparaissent. Tout au long de leur existence, ils peuvent se renforcer (A), s'affaiblir (B), ou se transformer (C).

### A) Le renforcement d'un principe directeur du procès judiciaire

**213.** Le droit processuel privé comprend certains principes dont l'existence est lointaine, mais qui ont connu récemment un regain d'intérêt. C'est le cas du principe de *conciliation*.

**214. *Le renforcement du principe de conciliation.*** L'idée de *conciliation* n'est pas nouvelle dans la procédure française. L'opposition entre l'affrontement et la négociation n'est pas totalement tranchée. Le juge est chargé de trancher un litige, mais il peut aussi tenter de rapprocher les parties autour d'un consensus. Le procès lui-même nécessite une certaine entente des parties sur l'idée même de l'affrontement. Les adversaires acceptent de confier leur litige à une tierce personne. L'ancien Code de procédure civile prévoyait que les parties, avant de porter leur différend devant un juge civil, devaient obligatoirement tenter de se concilier au préalable devant le juge de paix. Cette procédure était assez inefficace et les parties invoquaient le plus souvent l'urgence pour se soustraire à ce préalable. Une loi du 9 février 1949 devait mettre fin à la conciliation préliminaire obligatoire<sup>1161</sup>. Le principe ne fut pas supprimé dans la mesure où le juge chargé de suivre la procédure possédait, depuis 1935 le devoir d'essayer de concilier les parties. A la suite de la mise en état, cette charge était transmise à la juridiction de jugement.

Cette formule souple devait être consacrée par le nouveau Code sous la forme d'un principe directeur ; celui de la *conciliation* énoncé à l'article 21<sup>1162</sup>. Depuis, bien que l'un des initiateurs des principes directeurs ait rangé la *conciliation* au rang des « *ouvertures de principe* »<sup>1163</sup>, ce principe a connu un réel succès dans les textes que ce soit en procédure civile ou pénale ; succès parfois modéré par la pratique.

**215. *En procédure civile*,** un premier mode de justice conciliationnelle existait dès la codification de 1975 à l'article 12 du nouveau Code de procédure civile. Cette disposition prévoit dans son quatrième alinéa que les parties peuvent confier au juge le pouvoir de statuer en amiable compositeur. Cette institution est applicable devant toutes les juridictions civiles, et elle permet au juge de se dégager des règles du droit substantiel pour statuer en équité<sup>1164</sup>. Elle est possible à tout moment de la procédure, même après la clôture des débats. La

<sup>1161</sup> SOLUS H. Les réformes de la procédure civile, étapes franchies et vues d'avenir, *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, p. 193.

<sup>1162</sup> « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ».

<sup>1163</sup> CORNU G. L'élaboration du Code de procédure civile, in *La codification*, Dalloz, Paris, 1996, p. 71.

<sup>1164</sup> Sur ces institutions, notamment, ESTOUP P. Une institution oubliée, l'arbitrage judiciaire, *Gaz. Pal.* 1986, 2, chron., p. 620 ; ESTOUP P. L'offre judiciaire d'amiable composition et de conciliation après clôture des débats, *Dalloz* 1987, chron., p. 269.

procédure n'est pas formelle et l'amiable compositeur peut s'adjoindre des techniciens qui formeront avec lui une chambre d'arbitrage. Plus souple et plus rapide que la procédure contentieuse, l'arbitrage judiciaire ou amiable composition est une procédure qui emprunte au principe de *conciliation*. Elle nécessite un accord des parties sur le choix de cette formule ; elle délie le juge de la contrainte juridique, elle vise une solution équitable, plutôt que licite. Par la sollicitation des parties, elle se situe à mi-chemin entre procédure amiable et contentieuse. Pourtant, elle est loin de connaître le succès, et force est de constater que l'amiable composition n'est pas pratiquée<sup>1165</sup>.

La conciliation est prévue aux articles 127 et suivants du nouveau Code de procédure civile. Le juge peut initier le processus, mais les parties peuvent aussi à tout moment demander au juge de constater leur accord. Ce préalable est parfois obligatoire<sup>1166</sup>. En 1978 un décret créait une nouvelle institution : celle des conciliateurs de justice, dont la mission est de tenter de concilier, en dehors de tout processus judiciaire, les parties concernant les litiges pour lesquels elles disposent librement de leurs droits<sup>1167</sup>. La mission du conciliateur a été renforcée en 1995 par la loi du 8 février qui reconnaît au juge le droit, avec l'accord des parties, de désigner une tierce personne pour obtenir une conciliation ou une médiation<sup>1168</sup>. En 1996 un décret a mis en œuvre cette loi en créant la médiation civile<sup>1169</sup>. Le médiateur peut être nommé par le juge après accord des parties. Si les parties parviennent à un consensus, elles reviennent devant le juge pour que ce dernier homologue leur convention selon une procédure gracieuse<sup>1170</sup>. Une loi du 18 décembre 1998 encourage encore le recours au règlement amiable en ouvrant l'aide juridictionnelle aux parties qui souhaitent parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance<sup>1171</sup>. Les procédures spéciales ne sont pas écartées de l'ambition conciliatrice de l'institution judiciaire. En matière de prévention et de règlement amiable des difficultés de l'entreprise, la loi n°94-475 du 10 juin 1994 a officialisé la fonction de conciliateur saisi par le président du Tribunal de commerce qui a pour mission de rechercher un accord avec les créanciers de l'entreprise en difficulté.

Dans les textes, le principe de *conciliation* apparaît donc au centre des préoccupations actuelles. Son évolution se produit sous la forme d'un développement constant. Ouvrir la voie de la médiation, de la conciliation ou de l'arbitrage judiciaire, c'est permettre une résolution plus rapide et moins coûteuse des litiges. Une telle ambition devrait logiquement emporter une certaine adhésion. Pourtant, la justice conciliationnelle ne connaît pas en pratique le même enthousiasme que lui consacre le droit. Outre l'amiable composition dont l'utilisation est très rare, le recours à la conciliation et à la médiation reste assez marginal<sup>1172</sup>.

---

<sup>1165</sup> ESTOUP P. Une institution oubliée, l'arbitrage judiciaire, *op. cit.* p. 621.

<sup>1166</sup> C'est le cas en matière prud'homale. Le Code du travail a institué à ce titre un bureau de conciliation.

<sup>1167</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret du 20 mars 1978.

<sup>1168</sup> LE FRIANT M. L'accès à la justice, *in, Libertés et droit fondamentaux*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1999, p. 357.

<sup>1169</sup> Décret n°96-652 du 22 juillet 1996.

<sup>1170</sup> RUELLAN F. Les modes alternatifs de résolution des conflits, pour une justice plurielle dans le respect du droit, *JCP 1999*, I, 135.

<sup>1171</sup> MARTIN R. Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, *JCP 1999*, actualités, p. 121 ; GUINCHARD S. L'ambition d'une justice rénovée : commentaire du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998, *Dalloz 1999*, chron., p. 65.

<sup>1172</sup> RUELLAN F. Les modes alternatifs de résolution des conflits, *op. cit.*, p. 900 ; voir aussi, KITAMURA I. L'avenir de la justice conciliationnelle, *Mélanges Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 801.

**216. En matière pénale**, le processus de développement de la *conciliation* est très similaire, même si le principe n'est pas formellement reconnu dans le Code et qu'il ne prend pas systématiquement la forme d'une discussion entre les parties en vue d'une entente. La matière pénale n'est pas consensuelle par principe. Sa finalité répressive devrait conduire à écarter un éventuel abandon des poursuites, résultat de la conciliation. La procédure française est cependant dominée par l'*opportunité des poursuites*<sup>1173</sup>. Il peut parfois paraître judicieux d'éviter les poursuites si le dommage causé à la victime a été ou va être réparé, si le trouble à l'ordre public résultant de l'infraction a cessé et qu'enfin, le délinquant est sur la voie du reclassement. Le recours au règlement amiable du litige, expression du principe de *conciliation*, passe donc par l'utilisation de l'*opportunité des poursuites*.

Les parquets ont développé dans un premier temps le classement sous condition. Cette pratique consiste à « *monnayer* » l'abandon des poursuites « *contre certaines prestations* »<sup>1174</sup>. Il pourra se contenter d'un simple rappel à la loi, mais il pourra aussi exiger du délinquant la cessation de l'activité délictueuse, la non réitération de l'infraction, ou la régularisation d'une situation non conforme à la loi pénale. L'abandon des poursuites peut être encore soumis à la réparation du dommage ou le Procureur peut décider d'orienter l'auteur des faits vers une structure adaptée (sociale, sanitaire, professionnelle). Le classement sans suite est un moyen de pression efficace dans la mesure où la décision de ne pas poursuivre est provisoire. Elle ne lie pas le parquet jusqu'à l'extinction de l'action publique. Le classement sous condition a été expressément reconnu par la loi du 23 juin 1999 qui a ajouté un article 41-1 au Code de procédure pénale<sup>1175</sup>.

Plus proche de la *conciliation* au sens propre du terme, la médiation pénale existe depuis la loi 93-2 du 4 janvier 1993 alors que des expériences avaient été menées dix ans plus tôt à l'initiative de certains Procureurs<sup>1176</sup>. Le Procureur n'est pas le médiateur, ce rôle ne rentre pas dans ses attributions. Cette fonction est déléguée à des associations agréées ou à des médiateurs personnes physiques<sup>1177</sup>. La procédure vise à obtenir un accord amiable entre les parties qui doit déboucher sur un abandon des poursuites. L'intérêt est ici d'associer la victime à la décision de classement sans suite. Il s'agit notamment d'éviter que celle-ci, se sentant exclue du procès, ou lésée dans ses droits, ne se constitue partie civile et fasse ainsi échec à un éventuel classement conditionné. Un mécanisme similaire a été introduit au sein de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante. Cette mesure, appelée « *réparation pénale* » permet aux organes chargés de la poursuite, de l'instruction ou du jugement, de proposer au mineur une mesure de réparation. Il faudra pour cela obtenir le consentement du mineur, de son représentant légal et de la victime.

De l'avis de la doctrine, la médiation pénale connaît aujourd'hui des résultats encourageants compte tenu du nombre des procédures enregistrées depuis 1993<sup>1178</sup>. La loi du

---

<sup>1173</sup> Article 40 C.pr.pén. : « *Le Procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner* ».

<sup>1174</sup> CARTIER M. E. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale, *RGDP* 1998, p. 1.

<sup>1175</sup> LE GUNEHEC F. Présentation de la loi n°99-515 du 23 juin 1999 : dispositions relatives aux alternatives aux poursuites, *JCP* 1999, actualités, p. 1325.

<sup>1176</sup> Initialement prévue dans un sixième alinéa ajouté à l'article 41 C.pr.pén., la médiation pénale figure, depuis la loi n°99-515 du 23 juin 1999, à l'article 41-1 (5°).

<sup>1177</sup> L'article 41-1 (5°) dispose que le Procureur de la République peut « *faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime* ».

<sup>1178</sup> En ce sens CARTIER M. E. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale, *op. cit.* p. 9 ; RUELLAN F. Les modes alternatifs de résolution des conflits, *op. cit.*, p. 901.

18 décembre 1998 a d'ailleurs prévu d'étendre l'aide juridictionnelle au stade de la médiation.

Ce succès a conduit le législateur à prévoir une procédure conciliatoire plus radicale encore : l'injonction pénale en 1995, censurée par le Conseil constitutionnel<sup>1179</sup> et la composition pénale en 1999. Cette procédure intégrée dans le Code aux articles 41-2 et suivants est limitée à un certain nombre de délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à trois ans. La composition pénale est une véritable procédure de conciliation. Elle débute d'abord par une proposition du Procureur de la République ; elle implique ensuite la reconnaissance des faits par celui qui en a été l'auteur ; elle nécessite enfin la réalisation de certaines mesures obligatoires de la part du délinquant<sup>1180</sup>. En cas de succès, la composition fait l'objet d'une homologation par un magistrat du siège pour que cette conciliation pénale puisse être effective. Si le délinquant exécute la mesure qui lui est imposée, l'action publique est éteinte. La victime qui ne serait pas indemnisée peut poursuivre l'auteur des faits devant les juridictions répressives mais uniquement dans l'exercice de son action civile. Ce procédé emprunte au droit civil de la transaction<sup>1181</sup> et à la procédure anglo-saxonne du *plea-bargaining*<sup>1182</sup>. Elle peut s'analyser comme une *conciliation* entre les intérêts de la répression, ceux de la victime, du délinquant<sup>1183</sup> et de la procédure. Cette dernière gagne en efficacité tout en respectant les principes procéduraux.

La *conciliation* est donc un principe en pleine croissance. La réalité du règlement amiable ne suit pas toujours la profusion des textes. Le choix de plus en plus vaste de mode de résolution des litiges en dehors du contentieux, mais dans le cadre du procès, devrait conduire justiciables et professionnels à considérer avec attention l'option conciliatoire plus rapide et aussi plus sereine. Tous les principes ne connaissent pas le sort de la *conciliation* et certains s'affaiblissent.

### B) L'affaiblissement d'un principe directeur du procès judiciaire

**217.** Il existe des principes qui ne correspondent plus aux réalités sociales ; d'autres subissent le contrecoup de la montée en puissance d'un principe contraire ; enfin, certains principes subissent les conséquences d'un impératif grandissant d'efficacité dans le droit processuel. Toutes ces normes voient leur portée diminuer progressivement. Certaines se contentent de reculer ; d'autres vont vers le déclin.

**218. *Le recul d'un principe.*** L'*autorité de la chose jugée au criminel sur le civil* est une règle d'origine jurisprudentielle. Elle trouve son origine dans des arrêts rendus au 19<sup>ème</sup> siècle alors que les préoccupations indemnitaires du droit civil n'étaient pas aussi prononcées qu'aujourd'hui. Avec l'évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité civile, notamment l'adoption de régimes de responsabilité sans faute, les juridictions ont dû faire plier le principe de l'*autorité du criminel sur le civil*. Si les conditions d'application du

<sup>1179</sup> Cf. notamment sur la censure constitutionnelle, PRADEL J. D'une loi avortée à un nouveau projet sur l'injonction pénale, *Daloz 1995*, chron., p. 171.

<sup>1180</sup> Il peut s'agir d'une amende versée au trésor public, de la remise des choses qui ont servi à commettre l'infraction, de la remise au greffe d'un permis de conduire ou de chasser, de l'exécution d'un travail au profit d'une collectivité, de la réparation du dommage causé à la victime.

<sup>1181</sup> LEBLOIS-HAPPE J. De la transaction pénale à la composition pénale, *JCP 2000*, I, 198.

<sup>1182</sup> PRADEL J. Une consécration du « *plea-bargaining* » à la française : la composition pénale instituée par la loi n°99-515 du 23 juin 1999, *Daloz 1999*, chron., p. 379.

<sup>1183</sup> La décision n'est pas publiée au casier judiciaire. De même, le délinquant se voit proposer une sanction qu'il est libre d'accepter ou de rejeter.



principe ont été strictement encadrées<sup>1184</sup>, le nombre d'exceptions au principe s'est aussi accru. Par exemple, les juridictions ont contourné la règle en ayant recours à la responsabilité civile de plein droit. La relaxe ou l'acquittement conduit logiquement à rejeter la présence d'une faute pénale dans le comportement de l'auteur des faits poursuivis. La Cour de cassation a pu déclarer qu'était compatible avec une décision de relaxe, la condamnation par les juridictions civiles d'une personne sur le fondement de l'article 1384 al 1 du Code civil<sup>1185</sup>. Dans le même état d'esprit, les articles 470-1 et 531 al 2 du Code de procédure pénale autorisent les tribunaux correctionnels et de police ayant prononcé la relaxe à propos d'une infraction non intentionnelle, à statuer sur l'action civile et à accorder des dommages et intérêts « *résultant des faits qui ont fondé la poursuite* ». Les juridictions répressives peuvent ainsi se fonder sur un régime de responsabilité autre que celui de 1382 et 1383 du Code civil pour accorder des dommages et intérêts<sup>1186</sup>. Les tribunaux civils peuvent décider, alors même que le juge pénal a rejeté l'hypothèse d'une faute intentionnelle, que l'auteur des faits a commis une faute d'imprudence<sup>1187</sup>. La doctrine s'accorde à dire que « *sans être totalement détruit, l'édifice jurisprudentiel de la primauté du criminel sur le civil est désormais largement fissuré* »<sup>1188</sup>.

Cette évolution a connu, depuis la loi du 10 juillet 2000<sup>1189</sup>, une nette accélération. Ce texte a ajouté au Code de procédure pénale un article 4-1 selon lequel « *l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil, si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie* ». Cette disposition nouvelle sonne le glas de l'unité des fautes civile et pénale non intentionnelles. Désormais, une juridiction civile pourra retenir l'existence d'une faute d'imprudence bien que pour les mêmes faits, la juridiction répressive ait relaxé le ou les prévenus pour un délit non intentionnel. La Cour de cassation a d'ailleurs devancé l'application dans le temps de cette loi en décidant, le 30 janvier 2001<sup>1190</sup>, que la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne faisait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence. Dans cet arrêt de revirement postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000, la Cour ne s'est pas référée à l'article 4-1 du Code de procédure pénale en raison de la non rétroactivité de cette

<sup>1184</sup> BONFILS PH, *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, préface S. CIMAMONTI, n°436 et suiv., pp. 488 et suiv. Notamment, le principe est d'intérêt privé. La jurisprudence interdit qu'il soit soulevé d'office par le juge, mais aussi par le Procureur de la République ou encore par les parties privées pour la première fois devant la Cour de cassation. *Ibid*, n°452, p. 499.

<sup>1185</sup> Notamment Cass. requ., 16 juillet 1928, *Dalloz* 1929, 1, p. 33 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 21 janvier 1981, *JCP* 1981, IV, p. 118-119.

<sup>1186</sup> Il s'agit là d'une limitation jurisprudentielle qui n'est pas prévue dans le Code : Cass. crim. 18 novembre 1986, *Bull. crim.*, n°343, *RSC* 1987, p. 426, observations LEVASSEUR G.

<sup>1187</sup> Notamment Cass. soc. 18 octobre 1995, *JCP* 1995, IV, n°2563.

<sup>1188</sup> BONFILS PH. *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, *op. cit.*, n°461.,p. 508-509.

<sup>1189</sup> Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, *J.O.*, 11 juillet 2000, p. 10484. LEGUNUHEC F. Aperçu rapide, *JCP* 2000, n°36, p. 1587 ; PRADEL J. De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels, *Dalloz* 2000, , n°29, point de vue, p. V ; REBUT D. Réformer la responsabilité des élus. Le point de vue du pénaliste, *Justices* 2000, n°2, p. 135.

<sup>1190</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 30 janvier 2000, *Dalloz* 2001, I.R., p. 677.

disposition<sup>1191</sup>. La juridiction a donc anticipé l'application de la disposition légale au moyen d'un arrêt de principe.

Le juge civil tend à se défaire de ses liens avec son homologue répressif dans la mesure où le droit civil ne poursuit pas les mêmes objectifs que le droit pénal. Le principe doit alors céder peu à peu sa place. Les liens se distendent progressivement entre juge civil et droit pénal. Ils se renforcent au contraire entre juge judiciaire et droit administratif.

La *séparation des autorités administrative et judiciaire* a produit une *dualité de juridictions* en droit français. Le principe fut institué par Louis XIII et repris par le droit révolutionnaire dans la loi des 16 et 24 août 1790<sup>1192</sup>. Il a été reconnu par la Cour de cassation<sup>1193</sup> et le Conseil constitutionnel a d'ailleurs élevé la *dualité des ordres juridictionnels* au rang des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>1194</sup>. Pourtant le principe a connu une importante régression et de nombreux domaines du droit administratif relèvent aujourd'hui de la compétence des juges judiciaires.

En matière pénale, la Cour de cassation s'est reconnue le pouvoir d'interpréter et d'apprécier la validité des actes administratifs dans le cadre d'un contrôle par voie d'exception. Dès le début du 19<sup>ème</sup> siècle, le Procureur général MERLIN se prononçait en faveur de la sanction par le juge répressif d'actes administratifs illégaux servant de fondement à des poursuites. Au 20<sup>ème</sup> siècle, la confrontation entre Cour de cassation et Conseil d'Etat fut tranchée par le Tribunal des conflits dans un arrêt *Avranches et Desmarets* du 5 juillet 1951<sup>1195</sup>. Se fondant sur la *plénitude de juridiction* du juge répressif qui donne aux magistrats la compétence de statuer « *sur tous les points dont dépend l'application ou la non application des peines* », le Tribunal devait autoriser les juridictions pénales à interpréter et apprécier la légalité des actes administratifs réglementaires. La réforme du Code pénal devait conduire le législateur à étendre encore cette compétence. L'article 111-5 prévoit désormais que le pouvoir d'interprétation et de contrôle de légalité du juge répressif s'étend à tous les actes administratifs « *lorsque que, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* ».

En matière civile, la Cour de cassation n'a pas été aussi téméraire. Cependant, le domaine de compétence des chambres civiles dans leur ensemble avait été étendu progressivement. En 1921 le Tribunal des conflits dans une jurisprudence *Bac d'Eloka*<sup>1196</sup> créait la notion de service public industriel et commercial dont l'activité relevait de la compétence du juge judiciaire. Le législateur, en 1957<sup>1197</sup> décidait de transférer le contentieux relatif aux accidents de la circulation causés par des véhicules de

<sup>1191</sup> La Cour de cassation n'a pas visé l'article 4-1 du Code de procédure pénale, considérant implicitement qu'il s'agissait d'une loi non de procédure mais de fond en raison de son incidence sur les conditions de la responsabilité civile. En ce sens, NDLR sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 30 janvier 2000, *Dalloz* 2001, I.R., p. 678.

<sup>1192</sup> Cf. *supra*, n°209.

<sup>1193</sup> MARTIN R. Sur l'unité des ordres de juridiction, *RTD civ.* 1996, p. 109.

<sup>1194</sup> CC 23 janvier 1987, 86/224 DC, *Rec.* p. 8 ; *RFDA* 1987, p. 304, observations FAVOREU L. ; *RDP* 1987, p. 1341, observations GAUDEMET Y. ; *Dalloz* 1988, juris., p. 117, note LUCHAIRE F. ; *JCP cahiers du droit de l'entreprise* 25 juin 1987, note ROUSSEAU D. ; *JCP* 1987, II, 20854, note SELINSKY V. ; *Gaz. Pal.* 31 mars 1987, note VIALA A.

<sup>1195</sup> TC 5 juillet 1951 *Avranches et Desmarets*, *Rec.* p. 638, *Sirey* 1952, 3, p. 1, note AUBY J.M. ; *Dalloz* 1952, juris., p. 271, note BLAEVOET CH. *JCP* 1951, II, 6623, note HOMONT A.

<sup>1196</sup> TC 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, *Rec.* p. 34, *Sirey* 1924, 3, 34, conclusions MATTER ; *Dalloz* 1921, 3, p.1.

<sup>1197</sup> Loi du 31 décembre 1957.

l'administration, du juge administratif au juge judiciaire. Certaines autorités administratives indépendantes ont enfin été placées directement sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris. C'est le cas notamment du Conseil de la concurrence depuis une loi du 6 juillet 1987 et de la COB pour certaines de ses attributions depuis une loi du 2 août 1989. En matière d'interprétation et d'appréciation des actes administratifs, la jurisprudence du Tribunal des conflits interdit en principe au juge civil tout pouvoir<sup>1198</sup>. Si cette jurisprudence s'impose généralement, une décision récente de la chambre sociale de la Cour de cassation semble en contrarier la portée<sup>1199</sup>. Les juges ont ainsi écarté l'application d'un arrêté ministériel en estimant que le Code de la sécurité sociale se suffisait à lui-même. L'interprétation doctrinale de cette décision conduit à admettre que la chambre sociale a implicitement apprécié la validité d'un acte administratif à l'égard de la loi<sup>1200</sup>.

Enfin, il est un principe constitutionnel qui diminue encore la portée de la séparation : celui selon lequel *l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles*. Ce principe énoncé à l'article 66 de la Constitution est repris par l'article 136 du Code de procédure pénale dans son deuxième alinéa ainsi rédigé : « *Dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents* ». Le Tribunal des conflits est extrêmement réticent à reconnaître et mettre en œuvre ce principe. Récemment il a maintenu sa jurisprudence en matière d'hospitalisation des malades mentaux, déclarant l'incompétence du juge judiciaire à propos de la régularité externe de la décision administrative de placement tout en lui reconnaissant le pouvoir d'indemniser la victime d'un placement mal fondé ou irrégulier<sup>1201</sup>. De son côté, la Cour de cassation utilise l'article 66 de la Constitution pour contrôler la régularité de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière et procéder, le cas échéant, à sa remise en liberté<sup>1202</sup>. Le Conseil constitutionnel utilise lui aussi le principe pour reconnaître au seul juge judiciaire le pouvoir de prononcer une peine privative de liberté<sup>1203</sup>.

Sur de nombreux points, la compétence du juge administratif recule et le principe de la *dualité des juridictions*, malgré sa reconnaissance constitutionnelle, connaît un domaine d'application en voie de restriction. Certains ont pu proposer de supprimer purement et simplement cette dualité<sup>1204</sup>. D'autres remarquent de leur côté que « *juger l'administration,*

<sup>1198</sup> TC 16 juin 1923, *Septfonds*, *Rec.*, p. 498, *Dalloz* 1924, 3, p. 41, conclusion MATTER, *Sirey* 1923, 3, p. 49, note HAURIOU M.

<sup>1199</sup> Cass. soc. 23 janvier 1992, *Bull. civ.*, n°45 ; *RDP* 1992, p. 840, conclusions CHAUVY Y. L'avocat général affirme ainsi face à la contradiction entre une loi et un arrêté : « *Sans avoir besoin de renvoyer (...) au juge administratif l'appréciation de la légalité d'un arrêté inexistant comme formellement contraire à la loi dont il est censé procéder mais dont il ne tient aucune filiation, ni au niveau souverain où nous sommes, au Tribunal des conflits, la question de la compétence d'appréciation, le juge judiciaire peut au moins interpréter cette loi et dire qu'elle se suffit à elle-même* ».

<sup>1200</sup> En ce sens MARTIN R. Sur l'unité des ordres de juridiction, *op. cit.* p. 120.

<sup>1201</sup> TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris*, *JCP* 1997, II, 22861, rapports SARGOS P. ; *Dalloz* 1997, *juris.*, p. 567, note LEGRAND A. ; *RTD civ.* 1997, p. 186, observation NORMAND J.

<sup>1202</sup> Ce pouvoir est consacré dans une série d'arrêts rendus par la 2<sup>ème</sup> chambre civile le même jour : notamment Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 28 juin 1995, *Bull. civ.*, n°221, *JCP* 1995, II, 22504, conclusions SAINTE-ROSE J. ; *RTD civ.* 1996, p. 244, observations NORMAND J.

<sup>1203</sup> Interprétation *a contrario* de la décision 78-98 DC du 22 novembre 1978. Sur de nombreux aspects de l'application de l'article 66 Cf. GUINCHARD S. BUISSON J. *Procédure pénale*, Litec, Paris, 2000, p. 14, n°15 et suiv.

<sup>1204</sup> MARTIN R. Sur l'unité des ordres de juridiction, *op. cit.* p. 123.

*c'est toujours juger* »<sup>1205</sup> pour souligner le mal fondé de l'adage selon lequel « *juger l'administration, c'est encore administrer* ». Un principe qui recule est parfois un principe en déclin, cela n'est pas le cas de la *dualité des ordres de juridiction* mais il semble bien que le principe d'*immutabilité du litige* ait connu un tel sort.

**219. Le déclin d'un principe.** L'*immutabilité du litige* peut être définie comme l'interdiction, lorsqu'une instance est engagée, d'en modifier les éléments au cours de la procédure. Les parties doivent être les mêmes ; l'objet de la demande ne doit pas changer ; il est impossible de présenter une demande nouvelle et la cause doit rester la même<sup>1206</sup>. Ce principe formalisé par l'article 464 de l'ancien Code de procédure civile connaît une origine plus ancienne. Elle remonte à l'ordonnance Villers-Cotterets de 1539 qui imposait d'inscrire dans la sommation de comparaître l'objet et les moyens de la demande. Le droit romain partageait déjà cette conception du litige dont le cadre est déterminé dès le début de l'instance<sup>1207</sup>. L'interdiction de toute modification du litige était compensée par la possibilité de saisir à nouveau le juge de première instance sur le fondement d'une cause nouvelle ou d'un objet nouveau.

Appliqué de façon rigide durant le 19<sup>ème</sup> siècle, le principe devait subir une profonde transformation à la suite du décret-loi du 30 octobre 1935. Ce texte introduisait dans l'article 464 du Code de procédure civile une exception : ne pouvait être considérée comme une demande nouvelle, celle qui tendait aux mêmes fins que la demande originaire mais fondée sur des causes ou des motifs différents. Le changement de cause en appel devenait possible<sup>1208</sup>. En 1971 et 1972 les décrets préliminaires à la codification vont encore favoriser « *l'épanouissement du débat judiciaire au second degré* »<sup>1209</sup>. On trouve désormais dans le nouveau Code un article 4 qui prévoit que « *l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* ». L'*immutabilité* recule encore en laissant l'objet se modifier. Les parties vont enfin pouvoir se dérober au principe avec l'article 555 du nouveau Code de procédure civile. Celui-ci prévoit que les personnes qui n'ont pas été présentes ou représentées en première instance « *peuvent être appelées devant la Cour même aux fins de condamnation quand l'évolution du litige implique leur mise en cause* ». Le litige n'est plus immuable, il peut au contraire connaître une évolution.

Progressivement, on passe d'une conception du procès visant à la satisfaction des intérêts privés à une autre qui s'intéresse surtout à « *l'application du droit, dessein de l'Etat* »<sup>1210</sup>. Le premier argument en faveur de l'évolution est le souci d'efficacité. L'autorisation de modifier le cadre du litige permet de simplifier le procès, de limiter son éternel renouvellement, de favoriser son achèvement<sup>1211</sup>. Le procès n'est plus figé ; il ne doit pas être cantonné au cadre défini par la première instance. Dans cette hypothèse, les juges du second degré ne disposeraient que de peu d'éléments pour réformer la décision de première

<sup>1205</sup> COHEN D. cité par GRIDEL J.P. Les juridictions de l'ordre judiciaire et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, *RRJ* 1985, p. 395.

<sup>1206</sup> MIGUET J. *Immutabilité et évolution du litige*, LGDJ, Paris, 1977, p. 13.

<sup>1207</sup> *Ibid.*, pp. 17-18.

<sup>1208</sup> BENCIMON M., BENABE O., HAROUIN P., NABOUDER-VOGEL P., PASSERA O., Autorité de la chose jugée et immutabilité du litige, *Justices* 1997, n°5, p. 157.

<sup>1209</sup> VINCENT J. Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile, *Dalloz* 1973, chron., p. 179.

<sup>1210</sup> MIGUET J. *Immutabilité et évolution du litige*, *op. cit.* p. 35.

<sup>1211</sup> BLANC E. Les principes généraux de la nouvelle procédure civile, *JCP* 1973, I, 2559.

instance. Qualité et célérité du procès dépendent donc d'une possible évolution du litige<sup>1212</sup>. Le procès n'est plus conçu à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle de la même façon qu'au jour de la première codification. Cette modification des finalités processuelles conduit au déclin de certains principes inadaptés aux nouveaux besoins. L'appel devient une voie d'achèvement et marque le point d'orgue du procès. L'*immutabilité* subit ces changements et il faut constater aujourd'hui qu'elle a disparu, en tant que principe, du droit positif<sup>1213</sup>. La disparition d'un principe inadapté n'est pourtant pas inéluctable, à condition que ce dernier se transforme progressivement.

### C) La transformation d'un principe directeur du procès judiciaire

**220.** La transformation d'un principe se distingue de son renforcement ou de son affaiblissement dans le sens où les éléments qui le composent évoluent en modifiant la physionomie du principe. Il s'agit tout autant de l'affaiblissement progressif d'un aspect du principe et corrélativement du renforcement d'un autre aspect. Tel a été le sens de l'évolution du principe qui gouverne le rôle du juge et des parties dans le procès civil. Les modifications du droit positif du début du siècle jusqu'à la nouvelle codification ont conduit la doctrine à réviser sa façon d'appréhender le principe. L'évolution s'est poursuivie dans le même sens après l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile.

**221. Les modifications du principe dispositif d'une codification à l'autre.** En 1806 - date d'installation du premier Code de procédure civile - régnait le principe *dispositif*<sup>1214</sup>. Le procès était conçu comme la chose des parties ; le juge tenu par les conclusions des parties. Il ne pouvait modifier la qualification juridique des faits ou substituer des moyens de droit à ceux qui étaient invoqués. Le centre nerveux du procès était l'audience et les adversaires restaient maîtres de l'avancement de la procédure. Ils prenaient l'initiative du procès, en contrôlaient le déroulement et disposaient de la maîtrise de la matière litigieuse. Le juge, organe neutre, détenait simplement le pouvoir de *jurisdictio*. Le procès, conçu comme un combat, réduisait la mission de la justice à celle d'arbitrer et de proclamer un vainqueur<sup>1215</sup>.

Dans le courant du 20<sup>ème</sup> siècle, cette philosophie du procès va subir de profondes transformations. Le décret-loi du 30 octobre 1935 (complété par une loi du 15 juillet 1944) divise nettement le déroulement du procès en deux phases : l'instruction du procès et l'audience<sup>1216</sup>. Il crée aussi un « juge chargé de suivre la procédure »<sup>1217</sup>. Dès l'introduction de la demande en justice, le président de la juridiction doit désigner un magistrat qui va s'associer aux parties dans la conduite du procès. Il veille à l'accomplissement des formalités et doit presser le déroulement de la phase préparatoire. Il peut, même d'office, ordonner des mesures d'instruction ou de communication de pièces. Cette première tentative de

<sup>1212</sup> GUINCHARD S. Le second degré de juridiction en matière civile, aujourd'hui et demain, *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 1004.

<sup>1213</sup> Le Professeur MIGUET affirme ainsi : « peut-on toujours parler (...) d'un principe positif ? On ne peut le faire qu'en vidant le mot immutabilité de son véritable sens. (...) trop rigide, le principe d'immutabilité s'avère inapplicable ». MIGUET J. *Immutabilité et évolution du litige*, op. cit. p. 636.

<sup>1214</sup> CATARINI M. Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile, *Gaz. Pal.* 1981, 1, chron., p. 405.

<sup>1215</sup> *Ibid*, p. 406.

<sup>1216</sup> La première est destinée à régler les questions procédurales (exceptions, fins de non-recevoir), la seconde, à examiner le fond de l'affaire. VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 25<sup>ème</sup> éd., 1999, n°539, p. 480.

<sup>1217</sup> SOLUS H. Les réformes de procédure civile, étapes franchies et vues d'avenir, *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, p. 193.

bouleverser l'office du juge fut un échec en pratique<sup>1218</sup>. L'institution du juge chargé de suivre la procédure « ne s'était traduite que par l'accomplissement d'une simple formalité, d'un rite dépourvu de toute efficacité. (...) Les habitudes du Palais conduisaient à abandonner la direction du procès aux plaideurs et à leurs conseils »<sup>1219</sup>.

Sous l'impulsion des processualistes de l'époque, et dans la perspective d'un nouveau Code, une expérience est tentée en 1965<sup>1220</sup> et 1967<sup>1221</sup> dans de nombreuses juridictions françaises. Il s'agit alors d'instituer à titre expérimental un magistrat « de la mise en état des causes ». Le but est à nouveau d'impliquer un peu plus le juge dans la conduite de l'instance ; ceci afin que le dossier arrive à l'audience prêt à être jugé. Le juge dispose de pouvoirs importants, notamment celui de fixer des délais et de rendre une ordonnance de clôture qui met fin à la mise en état. Un autre objectif est de proportionner le rôle du juge au degré de gravité ou de complexité de l'affaire<sup>1222</sup>. La relation entre magistrat et parties n'est plus la même, mais c'est aussi la fonction du juge qui change. Au-delà de la *jurisdictio*, ce dernier semble retrouver un rôle emprunté à la tradition romaine : celui d'*ordinator* qui instruit le procès<sup>1223</sup>.

L'évolution prend son plein effet avec le décret du 9 septembre 1971 qui institue formellement les principes directeurs du procès intégrés au nouveau Code dans les articles 1 à 24. De nombreuses dispositions du décret et du nouveau Code sont consacrées à la répartition des charges et attributions entre juge et parties. Il ne convient pas ici d'en faire une étude détaillée mais simplement de parcourir rapidement les premiers articles du nouveau Code de procédure civile qui sont consacrés à cette question. Les parties introduisent et mettent fin à l'instance ; elles la conduisent mais ont des charges comme celle d'accomplir les actes de procédure dans les délais requis. Le juge quant à lui, veille au bon déroulement de l'instance et peut imposer des délais ou ordonner les mesures nécessaires. La conduite de la procédure incombe donc aux parties qui doivent à ce titre collaborer avec le juge. Quant à la maîtrise de la matière litigieuse, les parties déterminent seules l'objet du litige. Le juge est lié par cet objet et ne peut se prononcer *infra* ou *ultra petita*. Les parties doivent rapporter les faits qui fondent leurs allégations et en démontrer la véracité. Le juge peut aussi contribuer à cette recherche des faits en utilisant ceux qui sont dans le débat ou en provoquant les explications d'une partie sur certains faits importants pour la résolution du litige. Le juge peut encore participer à la recherche des preuves en ordonnant des mesures d'instruction. Les parties doivent alors y apporter leur concours. Elles peuvent donner un fondement juridique à leur prétention<sup>1224</sup>, mais le juge n'est pas tenu de respecter les qualifications qui ont été données. On dit alors que les magistrats disposent de la maîtrise du droit. En réalité, les adversaires peuvent, par un accord exprès et pour les droits dont il ont la libre disposition, lier le juge par les qualifications juridiques et les normes qu'ils ont choisies d'appliquer. Le juge

---

<sup>1218</sup> MOTULSKY H. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *Dalloz* 1972, chron., p. 91.

<sup>1219</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile, op. cit.*, n°539, p. 480.

<sup>1220</sup> Décret du 13 octobre 1965. Sur ce décret, MOTULSKY H. La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, *JCP* 1966, I, 1996.

<sup>1221</sup> Décret du 7 décembre 1967.

<sup>1222</sup> CORNU G., MOTULSKY H. Les modifications apportées à la procédure de la mise en état des causes par le décret du 7 décembre 1967, *JCP* 1968, I, 2150.

<sup>1223</sup> BELLAMY M. Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès, *JCP* 1973, I, 2522.

<sup>1224</sup> Aujourd'hui, elles sont tenues de le faire dans certaines procédures, Cf. *infra*, n°223.

peut enfin solliciter les explications des parties sur les questions de droit si cela est nécessaire à la solution du litige.

Au terme de l'évolution qui vient d'être décrite, il convient de constater que le décret de 1971 qui achève une transformation, « *ruine définitivement la tradition d'une certaine neutralité du juge* »<sup>1225</sup>. Les juridictions civiles n'ont plus de rôle passif et les parties ont perdu la maîtrise exclusive du litige. Peut-on pour autant parler de la disparition du principe *dispositif*? La doctrine s'est divisée sur la question.

**222. L'analyse doctrinale de la transformation.** L'attachement au dogme selon lequel le procès est la chose des parties a conduit une partie de la doctrine à maintenir le terme de principe *dispositif* pour décrire la répartition des rôles entre les acteurs du procès. Pour un auteur, les deux articles qui ouvrent le nouveau Code affirment « *en termes clairs et non équivoques* » le principe *dispositif*<sup>1226</sup>. Il s'agit pourtant d'un principe atténué ou assoupli par la direction que prend la procédure vers un type inquisitoire. Pour un autre, le *dispositif* est un principe qui n'a été formalisé que récemment avec les travaux du Doyen VIZIOZ et ensuite des Professeurs CORNU et FOYER<sup>1227</sup>. Il constate encore à propos du principe *dispositif* que « *nul ne conteste plus que doivent y être attachées les solutions relatives à l'office du juge et au rôle des parties* »<sup>1228</sup>. Les contestations ont au contraire été vives à l'issue du mouvement de codification et l'idée même de la libre *disposition* du litige au bénéfice des parties a fait l'objet d'une remise en cause.

Le procès n'est plus la seule chose des parties car « *la justice civile est aussi un service public* »<sup>1229</sup>. L'un des principaux artisans de la réforme tire les conséquences qui s'imposent : Henri MOTUSLKY distingue ainsi le principe *dispositif* qui confère la maîtrise sur la matière du litige et le principe d'*initiative* qui vise le déroulement du procès<sup>1230</sup>. Le premier de ces principes se décompose en laissant au juge la maîtrise du droit et aux acteurs privés celle des faits. Le second principe se divise à son tour en principe d'*initiative privée* qui vise l'introduction et la fin de l'instance, et le principe d'*initiative judiciaire* qui confie à un magistrat le contrôle du déroulement de l'instance<sup>1231</sup>. Cette conception de la transformation du principe *dispositif* est relayée aujourd'hui dans le manuel des doyens VINCENT et GUINCHARD où sont évoqués d'une part, un principe *accusatoire* ou d'*initiative* sur la maîtrise et la direction du procès et d'autre part un principe *dispositif* concernant la matière litigieuse<sup>1232</sup>.

Le maintien du principe *dispositif* ou sa division en sous-principes montre que le contenu de la norme s'est modifié mais n'a pas fait disparaître le dogme accusatoire qui sous-tend son énoncé. Il semble pourtant que la transformation soit plus profonde et nécessite de trouver une formulation plus adéquate. La distinction des faits et du droit pour répartir le rôle

<sup>1225</sup> BLANC E. Les principes généraux de la nouvelle procédure, *op. cit.*, article 10.

<sup>1226</sup> *Ibid*, articles 1 et 2.

<sup>1227</sup> BOLARD G. Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky. *JCP* 1993, I, 3693.

<sup>1228</sup> *Ibid*, n°3.

<sup>1229</sup> CORNU G. Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, (fragment d'un état des questions), *Mélanges Bellet*, Litec, Paris, 1991, p. 83.

<sup>1230</sup> MOTULSKY H. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile, *op. cit.* p. 97.

<sup>1231</sup> *Ibid*, p. 94. Cette dichotomie est mise en avant par d'autres auteurs. Notamment BOCCARA B. La procédure dans le désordre : le désert du contradictoire, *JCP* 1981, I, 3004.

<sup>1232</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, *op. cit.*, n°535, pp. 477 et suiv.

de chaque acteur a été qualifiée de simpliste<sup>1233</sup>. Le juge est impliqué dans la réunion des faits et les parties participent à la détermination des règles applicables ainsi qu'à la qualification juridique des faits. De même, la distinction entre *initiatives privée* et *judiciaire* n'est pas tranchée puisque les parties participent activement au déroulement de l'instance et le juge, s'il ne peut en général se saisir d'office, a toujours la possibilité de retirer le dossier de son rôle lorsqu'il constate la défaillance des parties<sup>1234</sup>.

Des indices sur la transformation du principe *dispositif* existent dans le dernier écrit de Henri MOTULSKY<sup>1235</sup>. Selon ce processualiste, la réforme de 1971 visait à substituer à l'institution du juge arbitre, « *une collaboration féconde entre juge et conseils des parties en vue de parvenir à une solution aussi juste que possible* ». Cette solution, poursuit l'auteur, « *ne peut être obtenue que grâce à une coopération active de tous les rouages du mécanisme judiciaire* ». Le terme de *coopération* est repris par le Professeur CADIET. Selon cet auteur, la question de savoir si le procès est la chose des parties ou du juge ou en d'autres termes, de connaître la nature inquisitoire ou accusatoire du procès « *est inadaptée à la procédure civile qui, par essence, est tout à la fois la chose des parties et celle du juge* »<sup>1236</sup>. Les dispositions des articles 1<sup>er</sup> à 13 du nouveau Code décrivent en réalité « *un principe de coopération du juge et des parties dans l'élaboration du jugement vers quoi est naturellement tendue la procédure civile* »<sup>1237</sup>.

Si les parties sont opposées sur le fond, si leur intérêt n'est pas celui du juge, il est incontestable que tous les acteurs du procès sont en accord sur le principe même de la résolution judiciaire de leur litige. Cet accord est le fondement même du principe de *coopération*. La décision du juge doit apporter une solution au différend qui oppose des adversaires. Les parties privées sont impliquées tant dans la direction du procès que dans la maîtrise des faits et du droit. Le procès est aussi une mission de service public, protectrice de la justice et de la règle de droit. Le juge doit être impliqué tant sur le fond (faits et droit) que sur le déroulement normal de la procédure. Tous collaborent ou coopèrent vers une même issue : celle de la résolution du conflit. Le principe *dispositif* s'est transformé en *coopération* car le rôle croissant du juge dans le procès a conduit à une nouvelle répartition des charges et prérogatives de chaque acteur. Ce mouvement vers la collaboration se poursuit depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code.

**223. La poursuite de l'évolution. Une coopération renforcée.** La situation ne s'est pas figée avec le nouveau Code. La jurisprudence et les réformes postérieures ont développé encore le principe de *coopération*. Il convient d'abord de remarquer que le Conseil d'Etat, censeur de la procédure civile<sup>1238</sup>, n'est pas un partisan du rôle passif du juge. Dès 1968, dans un arrêt *Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris*<sup>1239</sup>, l'autorité administrative considérait qu'« *il ne résulte d'aucun principe général du droit qu'en matière civile jusqu'au jour où l'affaire est inscrite au rôle d'une audience, le juge ne peut intervenir dans le déroulement de la procédure* ». Le principe *dispositif* est expressément mis de côté dans cette

<sup>1233</sup> HEBRAUD P. La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1978, p. 379.

<sup>1234</sup> Article 381 nouv.C.pr.civ. : « *la radiation sanctionne, dans les conditions de la loi, le défaut de diligence des parties. Elle emporte retrait de l'affaire du rang des affaires en cours* ».

<sup>1235</sup> MOTULSKY H. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile, *op. cit.* p. 92.

<sup>1236</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 2<sup>ème</sup> édition, 1998, n°1100, p. 469.

<sup>1237</sup> *Ibid.*

<sup>1238</sup> Cf. *supra*, n°95 et suiv.

<sup>1239</sup> C.E. 21 février 1968, requ. n°68615, cité par CORNU G., MOTULSKY H. Les modifications apportées à la procédure de la mise en état des causes par le décret du 7 décembre 1967, *op. cit.* n°76.



décision. La Cour de cassation se fait l'écho de cette conception du procès. Sur des aspects techniques de la procédure, la haute juridiction décide que l'accord des parties ne contraint pas le juge à révoquer l'ordonnance de clôture en l'absence de cause grave conformément à l'article 784 du nouveau Code de procédure civile<sup>1240</sup>. Plus solennellement, l'assemblée plénière décidait en 1989 que « *si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable* »<sup>1241</sup>. Le juge dispose ainsi de la faculté discrétionnaire de renvoyer une affaire ou de déterminer la date des plaidoiries. Enfin la Cour de cassation fait aussi évoluer certaines institutions traditionnelles de la procédure dans le sens d'une plus grande coopération. Tel est le cas d'un arrêt de la chambre commerciale du 20 mai 1997 qui écarte l'application du « fait constant »<sup>1242</sup>. Selon cette théorie, le fait allégué par l'une des parties et non contesté par une autre doit être considéré comme établi. En principe, le juge est lié par le fait constant. Pourtant, la Cour de cassation a pu décider qu'une société n'était pas dispensée par le silence de son adversaire de prouver les faits qu'elle alléguait pour fonder sa prétention<sup>1243</sup>. Le juge n'est donc pas systématiquement lié par la volonté ou le silence des parties.

D'un autre côté, ces dernières sont appelées à collaborer de façon plus étroite avec le juge dans un domaine qui leur échappait traditionnellement : celui du droit. Le décret du 28 décembre 1998 qui faisait suite au rapport COULON<sup>1244</sup> a introduit dans la procédure devant le Tribunal de grande instance et la Cour d'appel la pratique des « conclusions qualificatives »<sup>1245</sup>. Les conclusions doivent désormais « *formuler expressément les prétentions des parties ainsi que les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée* »<sup>1246</sup>.

L'évolution de la procédure civile ne s'est donc pas produite simplement dans le sens d'un recul de la place des parties et d'un renforcement des pouvoirs du juge. Il s'est agi au contraire de favoriser la rencontre des acteurs du procès dans le but d'améliorer le déroulement de l'instance et la qualité de la solution finale. Le traditionnel principe *dispositif* a subi une lente transformation pour devenir un principe de *coopération*. Cette mutation s'est faite progressivement de sorte que l'on peut à nouveau conclure à la continuité du principe. Ce caractère ne suffit pourtant pas à définir la catégorie des principes directeurs. Il faut y ajouter un autre trait distinctif : la généralité.

<sup>1240</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 28 octobre 1985, *Dalloz* 1987, juris., p. 534, note FENAUX H. ; *RTD civ.* 1986, p. 417, observations PERROT R.

<sup>1241</sup> Cass. Ass. plen 24 novembre 1989, *JCP* 1990, II, 21407, note CADIET L.

<sup>1242</sup> LE BARS TH. La théorie du fait constant, *JCP* 1999, I, 178.

<sup>1243</sup> Cass. com. 20 mai 1997, arrêt n°1279 cité par LE BARS, *ibid.*, p. 1972.

<sup>1244</sup> COULON J.M. *Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport au garde des sceaux*, La documentation française, Paris, 1997. Cf. notamment PERROT R. Brèves réflexions sur le rapport de J-M COULON, *Procédures* 1997, n°4, p. 4 ; MARTIN R. Une nouvelle perspective sur la procédure civile, après le rapport de Monsieur le président Jean-Marie COULON, *JCP* 1997, actualités, (19/02/97). Cf. aussi, *La réforme de la procédure civile, autour du rapport COULON*, Dalloz, Paris, 1997.

<sup>1245</sup> Cf. notamment, CADIET L. Premières vues sur le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile, *JCP* 1999, Actualités, p. 397 ; CADIET L. Chronique de droit judiciaire privé, *JCP* 1999, I, 130, p. 727 ; BOLARD G. Les écritures qualificatives, *JCP* 2000, I, 214.

<sup>1246</sup> Articles 13 et 29 du décret.

## Section 2 : La généralité des principes directeurs du procès judiciaire (les principes et l'espace juridique)

**224. Un critère ambivalent.** La généralité des principes, comme celle de toutes les règles de droit, est un critère communément admis, mais aussi vigoureusement critiqué. La controverse tient à ce que l'on recherche, dans cette propriété, le critère déterminant pour qualifier un principe.

La première opinion, dite classique, voudrait que toutes les règles de droit soient « réputées générales »<sup>1247</sup>. Cette idée est réfutée par le constat qu'il existe dans le droit des règles qui ont vocation à la généralité alors que d'autres sont conçues pour des cas particuliers. Les actes administratifs individuels, le dispositif des décisions de justice<sup>1248</sup>, ne visent que des situations et des individus particuliers. Tout le droit n'est donc pas général, mais certaines de ses règles le sont. Peut-on compter les principes (directeurs) parmi les normes juridiques générales et ces principes possèdent-ils une généralité qui leur est propre ?

« C'est la généralité des principes généraux du droit qui marque le mieux leur définition et les distingue des simples règles de droit »<sup>1249</sup>. Cette généralité se manifeste notamment dans le fait que les principes généraux ont vocation à s'appliquer dans différentes branches du droit et qu'ils ne sont pas cantonnés à une seule discipline juridique<sup>1250</sup>. Un auteur parle ainsi de « déambulation » des principes d'une discipline vers d'autres<sup>1251</sup>. Cette faculté de connaître des applications diverses est un premier aspect de la généralité. Un autre relève que certains principes procèdent d'une « généralisation des faits expérimentaux ». C'est en ce sens que l'on pourrait parler de principes généraux<sup>1252</sup>. Cette réflexion suscite un renvoi à des considérations relatives à la question de la primauté des principes<sup>1253</sup>. On admet que les principes procèdent soit d'une induction de règles techniques, soit que ces dernières découlent d'une déduction des principes, soit enfin que ces deux phénomènes coexistent. Quelle que soit la réalité du phénomène, il semble que l'on puisse déduire, tant de l'induction que de la déduction, un indice de la généralité des principes vis-à-vis des règles techniques. Soit le principe est issu de la généralisation de plusieurs règles et il est plus général que l'ensemble des règles dont il est issu. Soit les règles techniques constituent diverses applications particulières qui découlent du principe et l'on retrouve encore ce degré de généralité supérieure du principe.

Jean BOULANGER fut l'initiateur d'une distinction fondamentale pour expliquer la différence de nature existant entre les principes généraux du droit et les simples règles juridiques (règles techniques)<sup>1254</sup>. Une règle juridique serait générale « en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits ». Elle est pourtant spéciale « en ce qu'elle ne régit que tels actes ou tels faits ». La généralité des principes signifie par contre

<sup>1247</sup> DE BECHILLON D. *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, Paris, 1997, p. 20.

<sup>1248</sup> *Ibid*, pp. 28 et suiv. Ces actes sont qualifiés par l'auteur de « normes juridiques individuelles ».

<sup>1249</sup> BERGEL J. L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°75, p. 91.

<sup>1250</sup> *Ibid*, p. 92.

<sup>1251</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, pp. 396 et suiv. L'auteur ne retient pourtant pas le critère de la déambulation comme un indice de la généralité des principes.

<sup>1252</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p. 55.

<sup>1253</sup> Cf. *supra*, n°197 et suiv.

<sup>1254</sup> BOULANGER J. Principes généraux du droit et droit positif, *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, t1, 1950, p. 51.

qu'ils comportent « *un nombre indéfini d'applications* ». Conformément à leur définition philosophique, le juriste relève que les principes sont « *un ensemble de propositions directrices* »<sup>1255</sup>. Cette définition signifie qu'un ensemble de propositions juridiques peuvent former un principe de droit. Cet ensemble est constitutif d'une certaine généralité.

Cette « *généralité du deuxième type* » a été vivement critiquée par le Professeur MORVAN pour qui la généralité n'est pas un critère de distinction efficace entre principes et autres règles du droit. Selon cet auteur, la généralité est un attribut de nature unique mais qui se présente de façon « *graduelle et continue* »<sup>1256</sup>. Cette opinion, si elle permet d'écarter la généralité comme critère discriminant, ne parvient pas à contrarier la thèse selon laquelle les principes présentent une généralité plus grande que les règles techniques et que ce caractère peut contribuer à définir et identifier les principes.

La généralité a été reconnue très tôt par la jurisprudence. Parmi d'innombrables décisions, on peut en citer une symptomatique. Sur les réquisitions du Procureur général MERLIN, les chambres réunies affirmaient le 29 octobre 1813 qu'il existe une « *règle générale* » applicable en l'absence de disposition contraire expresse, selon laquelle les décisions judiciaires « *doivent être déferées à des juges supérieurs* » et qu'il en est ainsi des ordonnances d'instruction<sup>1257</sup>. Cette décision n'est pas significative en soi, mais elle apprend tout de même que le principe du *double degré de juridiction* est d'application générale. De quelle généralité s'agit-il ?

Un spécialiste de droit international éclaircit ce point : la généralité d'un principe s'entend du « *caractère abstrait de son contenu ainsi que de la portée très large de son effet* »<sup>1258</sup>. Cette distinction peut être retenue en droit processuel : les principes directeurs sont généraux en ce qu'ils sont formulés dans une règle générale (§1) mais aussi en ce qu'ils possèdent un champ d'application étendu (§2).

### § 1 : La généralité dans la formulation de la règle

**225.** Le Professeur GASSIN établit une distinction entre lois générales et lois spéciales selon le critère suivant. Les premières sont les lois qui déterminent les règles applicables à tous les cas qui composent un genre donné de rapports juridiques alors que les secondes ne donnent qu'une règle particulière à une série de cas déterminés<sup>1259</sup>. De son côté, Henri BUCH confie aux principes généraux la tâche « *d'énoncer les propositions fondamentales de la vie juridique* »<sup>1260</sup>. Les principes gouvernent donc un genre de rapports juridiques. Ils prennent pour cela la forme de propositions fondamentales. La nécessité apparaît alors pour ces principes, d'être formulés d'une façon suffisamment générale pour remplir leur mission. Cette généralité semble à première vue être un critère satisfaisant pour reconnaître un principe ou pour éliminer de cette catégorie certaines règles qui n'y ont pas leur place. Pour autant, ce critère n'est pas suffisant car il subit de nombreuses dérogations.

<sup>1255</sup> *Ibid*, p. 56.

<sup>1256</sup> Sur la critique et ses développements, MORVAN P. *Le principe de droit privé*, op. cit. pp. 280 et suiv.

<sup>1257</sup> Arrêt cité par LARGUIER J. Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 287. Cass. sect. réun. 29 octobre 1813, *Bull. crim.* n°237.

<sup>1258</sup> HERCZEGH G. Le rôle des principes généraux du droit dans le droit international public, *Journées de la société de législation comparée*, 1980, n°2, p. 271.

<sup>1259</sup> GASSIN R. Lois spéciales et droit commun, *Dalloz 1961*, chron., p. 91.

<sup>1260</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC 1962*, p. 55.

**226. La formulation générale, un critère apparemment efficient.** Un grand nombre de principes se présentent sous la forme d'une proposition générale. Cette proposition peut d'ailleurs varier légèrement selon les textes et conserver la même signification.

La *présomption d'innocence* peut fournir une première illustration. Chronologiquement, on trouve ce principe d'abord dans la Déclaration des droits de l'homme. L'article 9 déclare que « *tout homme (est) présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable...* ». La Déclaration universelle des droits de l'homme reprend cette formule dans des termes très proches dans son article 11 : « *toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». L'article 6§2 de la CESDH ne s'éloigne pas de cette formule : « *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». Le Code civil énonce depuis 1993 le principe de façon laconique : « *chacun a droit au respect de la présomption d'innocence* ». En dernier lieu, la loi du 15 juin 2000 qui a inséré un article préliminaire dans le Code de procédure pénale prévoit dans son alinéa 5 que « *toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie* ».

Tous ces libellés sont d'une grande généralité en ce qu'ils sont courts, mais aussi car ils emploient des concepts fondamentaux (présomption, innocence, culpabilité, légalement), qui donnent une signification à la règle, mais ouvrent aussi largement la voie de l'interprétation juridictionnelle. La *présomption d'innocence*, dans son aspect procédural<sup>1261</sup>, renvoie au principe énoncé dans le nouveau Code de procédure civile à l'article 9 : « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». On retrouve dans cet énoncé les concepts généraux constitutifs d'un principe : les parties, la prétention, la preuve, la légalité, sont autant de termes qui vont donner à cette norme toute sa portée.

L'énoncé d'un principe peut ne tenir qu'en quelques mots. On trouve dans ce minimalisme l'indice le plus déterminant de la généralité. L'article 455 al 1 du nouveau Code de procédure civile est ainsi rédigé : « *le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties, il doit être motivé* ». La seconde partie de cet alinéa renferme un principe essentiel de la procédure : celui de la *motivation*. Quatre mots suffisent à l'exprimer : « *il doit être motivé* ». Ce dénuement est l'expression la plus parfaite du principe en ce qu'il n'utilise qu'un seul terme (*motivation*) dont la signification est assez claire pour en déterminer des applications concrètes et assez abstraite pour que ce soit le juge qui, par le jeu de l'interprétation, lui confère une application étendue.

De nombreux principes empruntent les voies de la parcimonie dans leur rédaction. « *Les débats sont publics* » dit encore le nouveau Code de procédure civile<sup>1262</sup>. « *Les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve* », « *le juge décide d'après son intime conviction* »<sup>1263</sup> affirme le Code de procédure pénale. « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci...* »<sup>1264</sup> ou encore « *chacun a droit au respect de sa vie privée* »<sup>1265</sup> indique à son tour le Code civil.

<sup>1261</sup> C'est à dire, considérée en tant que règle de preuve. Sur la distinction entre l'aspect fondamental et procédural du principe, Cf. *infra*, n°278.

<sup>1262</sup> Article 22 nouv.C.pr.civ.

<sup>1263</sup> Article 427 al 1 C.pr.pén.

<sup>1264</sup> Article 16 C.civ.

<sup>1265</sup> Article 9 C.civ.

Autant de locutions qui visent à s'adresser à un nombre indéfini de personnes (chacun, la personne), ou d'éléments du procès (les infractions, les modes de preuve, les débats, le jugement). Il s'agit surtout de permettre aux règles incluses dans les principes de s'épanouir. Les principes poursuivent des finalités, ces dernières sont inscrites explicitement ou non dans la formulation de la règle. La généralité des termes a pour fonction d'empêcher un enfermement du principe dans un cadre trop étroit. Chaque finalité, en ce qu'elle représente un fait social, doit pouvoir être représentée dans le droit. Les termes du principe ne doivent donc pas être trop précis sous peine de contingenter son application.

La généralité des termes permet aussi d'éliminer du champ des principes, certaines règles qui peuvent en posséder l'apparence. La jurisprudence égare parfois le juriste en affublant de l'appellation « principe » une règle qui n'en possède pas les caractères<sup>1266</sup>. C'est le cas de certaines règles techniques qui mettent en œuvre le principe du *double degré de juridiction*.

L'article 509 du Code de procédure pénale aménage l'effet dévolutif de l'appel de la manière suivante : « *l'affaire est dévolue à la Cour d'appel dans la limite fixée par l'acte d'appel et par la qualité de l'appelant ainsi qu'il est dit à l'article 515* ». Cette règle qui interdit aux juges d'appel de statuer au-delà de ce qui a été demandé, est une application particulière qui relève de la combinaison du principe de *coopération* et de celui du *double degré de juridiction*. Formulé en des termes suffisamment précis, cet article utilise d'ailleurs le mécanisme du renvoi, ce qui en souligne encore la technicité. A son propos la chambre criminelle de la Cour de cassation affirmait : « *attendu qu'aux termes de l'article 509 du Code de procédure pénale, l'affaire est dévolue à la Cour d'appel dans les limites fixées par l'acte d'appel et la qualité de l'appelant ; que, si un jugement contient des dispositions distinctes et s'il n'y a appel que de certaines d'entre elles, la Cour d'appel ne peut réformer que celles dont elle est saisie, que ce principe général et absolu s'applique à l'appel du ministère public* »<sup>1267</sup>. Le principe énoncé n'est pas général même s'il s'applique chaque fois que les conditions de l'article 509 sont réunies. Il s'agit là d'un effet logique de toutes règles de droit. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un principe mais bien d'une règle technique qui met en œuvre plusieurs principes. La Cour suprême utilise le terme de principe général pour étendre l'application de l'article 509 au Procureur de la République. Cette méthode n'était pas indispensable car le Code de procédure pénale ne distingue pas dans cette disposition, ni d'ailleurs dans l'article 515 auquel elle renvoie, entre partie privée et ministère public. L'effet dévolutif s'applique bien à toutes les parties, mais les termes de l'article et ceux de la solution jurisprudentielle ne suffisent pas, en raison de leur précision, pour conférer à cette norme le qualificatif de principe. L'utilisation du terme « principe » pour donner plus de force à ses attendus est une pratique courante de la part de la Cour de cassation. La troisième chambre civile en apporte un autre exemple.

Une partie avait formé un appel contre un jugement qui ne lui avait pas accordé les indemnités sollicitées. Faisant preuve d'une certaine négligence, elle s'était contentée d'une simple lettre adressée aux juges d'appel faisant référence à son mémoire de première instance. Le troisième alinéa de l'article 954 du nouveau Code de procédure civile prévoit pourtant que « *la partie qui conclut à l'infirmité du jugement doit expressément énoncer les moyens qu'elle invoque sans pouvoir procéder par référence à ses conclusions de première instance* ». L'attitude de l'appelante était ouvertement contraire au texte. La Cour d'appel devait l'écarter simplement. En cassation, la troisième chambre civile fut plus solennelle évoquant « *le principe général fixé à l'article 954 al 3 du nouveau Code de*

<sup>1266</sup> Sur l'utilisation du terme « principe » comme critère inefficace de distinction des principes directeurs Cf. *supra* n°46 et suiv. et particulièrement n°50.

<sup>1267</sup> Cass. crim. 19 février 1991, pourvoi n°90-82.659.

*procédure civile* »<sup>1268</sup>. Encore une fois les termes mêmes de l'article 954 al 3, qui n'est d'ailleurs qu'une modalité d'application de l'alinéa premier<sup>1269</sup>, ne comportent pas une généralité suffisante pour lui conférer la qualité de principe directeur du procès civil.

Avec la généralité dans la formulation de la règle, on a l'impression de tenir un indice suffisant de l'identification des principes. Ce n'est pourtant pas le cas. D'une part, certains principes ne connaissent pas de formulation générale, d'autre part, certaines règles techniques possèdent cette propriété.

**227. La formulation générale, un critère insuffisant.** Tous les principes ne se présentent pas sous la forme d'une locution courte et générale notamment parce que certains d'entre eux n'ont pas été définis avec clarté. La jurisprudence, lorsqu'elle détermine un nouveau principe, n'est pas liée par la nécessité de lui donner une définition. Elle peut se contenter d'une formulation peu significative. Une représentation en est donnée par cet arrêt de la première chambre civile qui affirme péremptoirement : « *vu le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers* »<sup>1270</sup>. La Cour se satisfait de l'allusion à une norme dont elle ne définit pas le contenu. Elle se donne en fait toute liberté pour lui attribuer la signification qu'elle souhaite. Dans le même arrêt, la Cour poursuit : « *dès lors que les conditions nécessaires pour le jeu de l'immunité de juridiction existant au profit d'un Etat étranger ou d'un organisme agissant sur son ordre ou pour son compte se trouvent remplies, le juge français perd, sauf renonciation à ce privilège, son pouvoir de juger* ». Elle éclaire la signification du principe mais reste silencieuse sur ses conditions d'application qui relèvent encore de son pouvoir prétorien<sup>1271</sup>.

Les principes jurisprudentiels ne sont pas les seuls à être dépourvus d'une formulation générale. Les textes se contentent parfois de ne définir un principe qu'à travers les règles techniques qui le composent.

Le principe du *contradictoire* est un principe directeur du procès civil. Il tient sa place parmi les 24 premiers articles du nouveau Code. Néanmoins, le *contradictoire* n'est pas défini dans ce texte. Quatre articles parmi les dispositions liminaires lui sont consacrés<sup>1272</sup>. Le premier prévoit l'interdiction de juger une personne sans qu'elle ait été entendue ou appelée. Le deuxième évoque la question de la communication des pièces de procédure. Le troisième vise l'obligation pour le juge de respecter le principe. Le dernier prévoit le rétablissement du *contradictoire a posteriori* lorsque les circonstances ont conduit momentanément à son éviction. Toutes ces règles sont des applications particulières du principe, mais aucune ne l'incarne à elle seule. Le *contradictoire* est un principe complexe ; il ne peut se satisfaire d'une définition trop simple et réductrice. On dit par exemple à son propos qu'il vise à ce que « *chaque partie soit en mesure de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire* »<sup>1273</sup>. Cette formule omet l'article 16 du nouveau Code de procédure civile qui soumet le juge au principe. On pourrait tenter d'élargir la

<sup>1268</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 février 1991, pourvoi n°90-70.041.

<sup>1269</sup> Article 954 al 1 : « *Les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions de la partie et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune des ces prétentions est fondée...* »

<sup>1270</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 4 février 1986, *Bull. civ.*, n°7.

<sup>1271</sup> Le principe de l'immunité a pour origine historique une coutume du 14<sup>ème</sup> siècle. Elle visait initialement les personnes physiques et s'est étendue aux Etats souverains dotés de la personnalité internationale sous l'impulsion de la jurisprudence. Cass. civ. 24 octobre 1932, *Daloz Périodique* 1933, 1, p. 196 note GROS A. Cf. sur ce point notamment CORNU G. FOYER J. *Procédure civile*, PUF, Paris, 1996, n°17, pp. 95 et suiv.

<sup>1272</sup> Article 14 à 17 nouv.C.pr.civ.

<sup>1273</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 1999, n°611, p. 511.

définition. Il s'agirait de garantir le droit pour chaque partie de prendre connaissance et de discuter les éléments de fait et de droit qui sont dans le procès.

En matière pénale, la doctrine s'est aussi essayée à définir le principe, alors que le Code est silencieux sur la question<sup>1274</sup>. Il s'agirait du « *droit pour toute partie au procès d'avoir, d'une manière permanente, une parfaite connaissance des prétentions de son adversaire, de son argumentation, des moyens qu'il invoque, des preuves qu'il apporte. Elle doit être à tout moment en mesure de connaître et de discuter librement tous les éléments du débat que fournit l'autre partie* »<sup>1275</sup>. Le principe s'éclaire mais sa formulation manque d'abstraction. Tous les termes employés semblent généraux, mais ne réduisent-ils pas le champ d'application du principe ?

L'idée du *contradictoire* tient dans un premier terme : **la discussion**. Celle-ci n'est possible que sous une condition préalable : **la connaissance**. Ce sont les deux aspects qu'il faut réunir pour définir le principe : le droit d'accéder à la connaissance (les pièces, les prétentions, les argumentations) et le droit de discuter ces éléments dans l'espoir d'emporter la conviction du juge. C'est la définition que semble retenir la CEDH dans son arrêt *Vermeulen*<sup>1276</sup>. La Cour estime que le *contradictoire* « *implique la faculté pour les parties à un procès pénal ou civil de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant en vue d'influencer sa décision et de la discuter* ». La sentence n'est pourtant pas suffisamment générale. Elle n'évoque pas la question des « *observations* » que le juge pourrait émettre lui-même. Par ailleurs, la Cour européenne utilise le terme d'« *implication* ». La règle énoncée dans l'arrêt est impliquée par le principe du *contradictoire*. Peut-on en déduire que le principe prescrit d'autres règles ? La Cour ne répond pas à cette question. Malgré une certaine généralité, l'arrêt *Vermeulen* n'embrasse pas toutes les applications du principe.

D'autres principes résistent à une tentative de définition courte et générale. On peut penser en premier lieu au principe de *coopération*. A l'époque du règne du principe *dispositif*, on pouvait se contenter d'affirmer qu'il existait une règle selon laquelle *le procès est la chose des parties*. Le droit a évolué dans le sens d'un partage des rôles<sup>1277</sup>. Aujourd'hui, les parties et le juge *coopèrent* à la conduite du procès. Ce principe de *coopération* n'est pas susceptible d'être réduit à une expression courte. Il comporte de nombreuses règles qui obligent, interdisent, confèrent des droits. Le juge ne peut pas introduire l'instance<sup>1278</sup> mais il peut relever d'office les moyens de droit<sup>1279</sup>. Les parties ont la charge d'alléguer les moyens propres à fonder leurs prétentions<sup>1280</sup> et d'apporter la preuve de l'existence des faits sur lesquels reposent ces moyens<sup>1281</sup>. Elle peuvent librement décider de mettre fin à l'instance,

<sup>1274</sup> L'article préliminaire indique simplement que « *la procédure doit être (...) contradictoire* ».

<sup>1275</sup> SILVESTRE C. Le principe du contradictoire en procédure pénale, *RRJ* 1993, n°54, p. 913.

<sup>1276</sup> CEDH 20 février 1996, *Vermeulen c/ Belgique*, *RTD civ.* 1996, p. 1028, observations MARGUENAUD J.P. ; *Justices* 1997, n°5, p. 195, observations COHEN-JONATHAN G., FLAUSS J.F. ; *Dalloz* 1997, som. com., p. 208, observations FRICERO N.

<sup>1277</sup> Cf. *supra*, n°221 et suiv.

<sup>1278</sup> Article 1 nouv.C.pr.civ.

<sup>1279</sup> Ancien article 12 al 3 et solution jurisprudentielle actuelle. Par exemple, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 26 avril 1984, *JCP* 1984, IV, p.210. sur la controverse concernant l'obligation pour le juge de relever d'office les moyens de droit, Cf. notamment VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile, op. cit.* n°559, p. 496.

<sup>1280</sup> Article 6 nouv.C.pr.civ.

<sup>1281</sup> Article 9 nouv.C.pr.civ.

mais si elles décident de la poursuivre, elles sont tenues par les délais qui leur sont imposés par le juge<sup>1282</sup>.

Comment donner à cette variété de règles très différentes une définition normative synthétique. Il semble que le principe de *coopération*, aisé dans sa compréhension, ne puisse être exprimé ou contenu dans une seule règle de droit. On peut suggérer la synthèse suivante : *les parties et le juge coopèrent au bon déroulement de l'instance introduite devant lui dans le respect des droits et obligations qui leur incombent*. L'essai n'est pas satisfaisant en ce que la proposition très générale ne possède pas une signification suffisamment intelligible pour constituer un instrument efficace dans les mains du juge et des plaideurs.

Il faut alors reconnaître la résistance de certains principes à la formulation générale et significative. D'autres principes rencontrent cette difficulté. C'est le cas des *droits de la défense*, notion si vague que ses contours sont indéterminables<sup>1283</sup>. Certaines règles qui émanent de ce principe semblent posséder le caractère de la formulation générale. Par exemple, l'adage selon lequel *il n'y a pas de nullité sans grief* est reconnu par les deux Codes procéduraux<sup>1284</sup> qui n'admettent la nullité qu'à charge pour la partie qui l'invoque de démontrer qu'elle lui cause un grief, ou quelle porte atteinte à ses intérêts. Cette règle se présente sous la forme d'une proposition courte, générale et intelligible. S'agit-il pour autant d'un véritable principe directeur du régime des nullités ou d'une simple application *in concreto* des *droits de la défense*<sup>1285</sup> ? Cette question met en évidence le fait qu'il existe des règles techniques dont l'expression est générale.

L'article 537 du nouveau Code de procédure civile dispose de façon péremptoire que « *les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours* »<sup>1286</sup>. Doit-on considérer qu'il s'agit d'un principe à part entière ou d'une exception au principe du *droit au recours* ? La proposition est courte ; elle porte sur une catégorie d'actes assez générale (les mesures d'administration judiciaire) ; elle formule une règle simple (l'interdiction de tout recours). Il ne s'agit pourtant pas d'une règle formulant un principe au sens où nous l'entendons. Il lui manque notamment l'expression d'une certaine flexibilité<sup>1287</sup>. La même remarque est valable pour de très nombreuses dispositions inscrites dans les textes ou consacrées en jurisprudence.

**228. Conclusion.** Le critère de la formulation générale est donc lacunaire. Il faut aller plus loin. Non seulement la formulation générale n'est pas indispensable, mais c'est tout simplement l'énoncé du principe par une source du droit positif qui n'est pas nécessaire. La réunion d'un ensemble de règles techniques cohérentes révèle inévitablement l'existence d'un principe en l'absence même d'expression formelle. Certains principes essentiels ne connaissent aucune expression positive générique. La jurisprudence reconnaît l'existence de ces normes sans les définir. D'autres encore sont extraites par la doctrine de la masse des dispositions techniques. Ce procédé peut être source de controverses sur la dénomination du

<sup>1282</sup> Articles 1<sup>er</sup> et 3 nouv.C.pr.civ.

<sup>1283</sup> Sur l'ambiguïté de la notion conjointe à sa double qualification de *droits de la défense* et de *procès équitable* ; Cf. *supra*, n°106 et suiv.

<sup>1284</sup> Articles 171 et 802 du Code de procédure pénale et article 114 du nouveau Code de procédure civile.

<sup>1285</sup> Sur la relation entre le grief et les *droits de la défense*, Cf. *infra*, n°412 et suiv.

<sup>1286</sup> Sans être prévue dans Code de procédure pénale, cette règle est reprise par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Cf. par exemple, Cass. crim. 29 février 1996, *JCP* 1996, II, 22700, note CHAMBON P. La Cour rejette ainsi le pourvoi formé contre une décision par laquelle une juridiction d'instruction estimant l'information terminée, ordonne la communication de la procédure au ministère public aux fins de réquisitions.

<sup>1287</sup> Cf. *infra* n°241 et suiv.



principe. C'est le cas de la *coopération*. Il faut dégager un critère qui puisse compléter celui de la formulation : la généralité dans le domaine d'application de la règle.

## § 2 : La généralité dans le domaine d'application de la règle

**229.** La généralité dans le domaine d'application n'est pas sans lien avec celle dans la formulation de la règle. Plus les termes utilisés pour définir la règle sont généraux et plus cette dernière a vocation à s'appliquer à un grand nombre de cas. La chambre criminelle utilise ainsi une expression très générale pour étendre le champ d'application du droit au recours devant la Cour de cassation : « *la voie du pourvoi en cassation est ouverte contre toutes les décisions sur le fond, définitives et en dernier ressort émanant d'une juridiction française* »<sup>1288</sup>.

Ce critère de généralité dans le domaine d'application se compose de différents éléments qui permettent d'en définir les contours (A). Cette définition de la généralité ne permet pas d'en faire un critère unique de reconnaissance. Il faut donc en apprécier la juste valeur (B).

### A) Les éléments de la généralité

**230.** On ne dispose pas d'instrument de mesure qui permette d'évaluer la généralité, mais ce critère se décompose en différents éléments qui, ajoutés les uns aux autres, contribuent à affiner l'analyse de la généralité d'un principe. Cette propriété des principes peut s'exprimer dans le temps et donc sur les étapes du procès. Elle peut s'intéresser à ceux qui font le procès (les acteurs) et aux moyens qu'ils utilisent (les actes ou les pièces de procédure). On trouve encore des indices de généralité lorsqu'une norme déborde le cadre du droit processuel pour s'étendre à d'autres disciplines ; ou encore lorsque le juge l'applique en l'absence de texte.

**231. La généralité et les étapes du procès.** Certains principes interviennent à tous les stades de la procédure. C'est le cas particulièrement des principes qui garantissent les droits ou aménagent les obligations des acteurs du procès. Les *droits de la défense* naissent ainsi avec le litige et ne prennent fin qu'à l'issue de la dernière audience. D'un autre côté, *l'impartialité des juges* s'impose dès qu'un magistrat du siège intervient dans le procès (juge d'instruction, de la mise en état) et jusqu'au jugement définitif. *La liberté de la preuve*, produit ses effets dès qu'il s'agit de rechercher la première preuve afin de la produire en justice et jusqu'à ce que les magistrats apprécient définitivement sa valeur probante (au cours des délibérés). A l'inverse, certains principes ne concernent qu'un stade de la procédure. *La publicité* n'est applicable en général, qu'à l'issue de la mise en état. Le procès devient public avec l'audience<sup>1289</sup>. De même, le *double degré de juridiction* ne produit son plein effet, par définition, qu'à la suite d'une première instance contradictoire et s'efface devant un pourvoi en cassation.

**232. La généralité et les acteurs du procès.** Un principe a une portée générale si la règle qu'il contient s'impose à un grand nombre de personnes. En ce sens, les discriminations

<sup>1288</sup> Cass. crim. 13 mars 1951, *Bull. crim.*, n°84.

<sup>1289</sup> Sauf à admettre les diverses exceptions au principe du *secret de la mise en état*. Par exemple, l'article 77-2 C.pr.pén. dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000 prévoit que « *si la personne intéressée en fait la demande, le débat contradictoire* (devant le juge des libertés et de la détention) *se déroule en audience publique, sauf si la publicité est de nature à entraver les investigations nécessitées par l'enquête, à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts des tiers* » (article 73 de la loi).

doivent être limitées dans la mesure du possible. Chaque personne a par exemple droit au respect de la *présomption d'innocence*. Les dérogations à ce principe que sont les présomptions de culpabilité sont strictement définies. L'article 225-6 3° nouveau du Code pénal prévoit par exemple que « *doit être assimilé au proxénétisme (...) le fait par quiconque : de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution* ». La précision et la multiplicité des termes réduisent la portée de cette disposition. Un contraste évident s'établit entre la généralité du principe de la *présomption d'innocence* et le particularisme de l'exception que constitue la présomption de proxénétisme.

D'autres principes visent au contraire des personnes déterminées. C'est le cas du *secret de l'instruction*. L'article 11 du Code de procédure pénale prévoit dans un premier alinéa de façon générale que « *la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète* ». Cependant, le second alinéa limite la portée du principe en prévoyant que « *toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal* ». Une interprétation littérale de cet article conduit à l'analyse suivante : dans un premier temps, le *secret de l'instruction* s'applique à tous ; dans un second temps, il est renforcé par le *secret professionnel* qui concerne seulement les personnes « *qui concourent* » à la procédure.

La jurisprudence ne s'en est pas tenue à cette interprétation. Si elle condamne la violation du *secret de la mise en état* par le juge d'instruction<sup>1290</sup> ou encore la violation du *secret professionnel* par des agents de police<sup>1291</sup>, elle a estimé que « *la victime d'un crime ou d'un délit qui a porté plainte et s'est constituée partie civile devant le juge d'instruction (...) ne concourt pas à la procédure d'instruction au sens de l'article 11* »<sup>1292</sup>. La jurisprudence européenne estime dans le même sens que la condamnation d'un journaliste pour violation du *secret de l'instruction* est contraire à l'exercice de sa liberté d'expression. La CEDH conclut alors à la violation de l'article 10 de la Convention européenne<sup>1293</sup>.

Afin de se protéger contre une éventuelle divulgation des pièces de la procédure durant la phase de mise en état, la loi et la jurisprudence prévoyaient initialement que les parties privées pouvaient consulter leur dossier avec leur avocat mais ne pouvaient se voir remettre des pièces ou copies de pièces de la procédure<sup>1294</sup>. La situation a changé depuis une loi n°96-1235 du 30 décembre 1996 qui modifie l'article 114 du Code de procédure pénale. Désormais, une reproduction des pièces peut être transmise par l'avocat à son client. Il pèse sur ce dernier une interdiction de diffuser ces pièces auprès de tiers<sup>1295</sup>.

Les personnes concernées par le *secret de la mise en état* sont donc en nombre réduit<sup>1296</sup>. Les tiers au procès sont protégés par leur liberté d'expression et les parties privées

<sup>1290</sup> Notamment, CA Rennes 7 mai 1979, *JCP* 1980, II, 19333, note CHAMBON P.

<sup>1291</sup> Cass. crim. 14 mars 1961, *Bull. crim.* n°134.

<sup>1292</sup> Cass. crim. 9 octobre 1978, *Dalloz* 1979, juris., p. 185, note CHAMBON P. ; *RSC* 1979, p. 560, observations LEVASSEUR G ; *RSC* 1979, p. 821, observation LARGUIER J.

<sup>1293</sup> CEDH 22 mai 1990, *Weber c/ Suisse*, série A, n°177.

<sup>1294</sup> Cass. ass. plén. 30 juin 1995 (1<sup>er</sup> arrêt) *Dalloz* 1995, juris., p. 417, note PRADEL J. ; *JCP* 1995, II, 22479, note CHAMBON P.

<sup>1295</sup> Article 114-1 C.pr.pén. qui prévoit une peine de 25 000 F. d'amende en cas de diffusion.

<sup>1296</sup> Ce constat est d'autant plus vrai si l'on prend en considération la loi du 15 juin 2000 qui a ajouté un alinéa à l'article 11 C.pr.pén. Ce dernier autorise le Procureur de la République à rendre public des éléments objectifs de la procédure à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties en vue

peuvent, sauf à diffuser les pièces de la procédure, divulguer largement les informations contenues dans le dossier. Ce manque de généralité est de nature à introduire un doute sur l'assimilation de cette norme à un principe de procédure.

**233. La généralité et les actes ou pièces du procès.** Certains principes portent sur des actes ou des pièces de procédure. Ici encore, la vocation de ces normes est de s'étendre à un grand nombre d'actes ou de pièces. Le principe de la *motivation* en est un exemple. En matière civile, il transcende les catégories et rayonne sur les jugements en premier et dernier ressort, les jugements contradictoires et par défaut, les jugements définitifs, provisoires ou avant dire droit, les ordonnances en référé<sup>1297</sup>. En matière pénale, encourent la cassation pour défaut de motifs, les arrêts et jugements rendus en dernier ressort et les arrêts de chambre de l'instruction<sup>1298</sup> ; de même, les ordonnances de règlement rendues par le juge d'instruction<sup>1299</sup> ou celles qui décident un placement en détention provisoire<sup>1300</sup>. Si l'une des parties au procès formule une demande au cours de l'instruction, le magistrat qui n'y fait pas droit doit encore rendre une ordonnance motivée.

Sans évoquer toutes les hypothèses dans lesquelles l'obligation de *motivation* s'impose, on doit constater qu'un très grand nombre d'actes sont concernés par le principe. Cela constitue un signe de généralité manifeste. En l'état du droit positif, certains principes échappent à cette forme de généralité. On peut penser à la *loyauté dans la recherche de la preuve*. Ce principe s'applique avec une certaine rigueur à l'égard des actes produits par les organes publics chargés de l'enquête, des poursuites ou de l'instruction. Le défaut de *loyauté* a permis d'écarter un acte accompli par un juge d'instruction<sup>1301</sup>, ou par un officier de police judiciaire<sup>1302</sup>. Par contre, le principe ne peut servir de fondement pour déclarer irrecevable une preuve rapportée, en violation de l'*intimité de la vie privée*, par une partie privée. La Cour de cassation est assez précise sur ce point en décidant que : « *les juges répressifs ne peuvent écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils n'auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale* »<sup>1303</sup>. La discrimination opérée en jurisprudence est fondée sur le critère des personnes, mais elle porte en fait sur les pièces rapportées par ces personnes dans le procès. Certaines seront annulées ou déclarées irrecevables, alors que d'autres pourront être librement produites devant les juridictions répressives<sup>1304</sup>.

**234. La généralité et les disciplines juridiques.** Un grand nombre de principes trouvent à s'appliquer en procédure civile et en procédure pénale<sup>1305</sup>. Il en est ainsi notamment de ceux qui composent la notion de *procès équitable*. L'article 6§1 porte sur les

---

d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou un trouble à l'ordre public (article 96 de la loi).

<sup>1297</sup> GIUDICELLI-DELAGE G. *La motivation des décisions de justice*, thèse, Poitiers, 1979, p. 91.

<sup>1298</sup> Article 593 C.pr.pén.

<sup>1299</sup> Article 184 C.pr.pén.

<sup>1300</sup> Article 137-1 C.pr.pén. issu de la loi du 15 juin 2000 pour le juge des libertés et de la détention. Article 146 pour l'ordonnance du juge d'instruction qui saisit le juge des libertés en vue d'un maintien en détention.

<sup>1301</sup> Ch. réun. 31 janvier 1988, *Sirey 1889*, 1, p. 241. Note L. J-E.

<sup>1302</sup> Cass. crim. 12 juin 1952, *JCP 1952*, II, 7241, note BROUCHOT J.

<sup>1303</sup> Notamment Cass. crim. 23 juillet 1992, *Dalloz 1993*, som. com., observations PRADEL J. ; Cass. crim. 6 avril 1993, *JCP 1993*, I, 22144, note RASSAT M.L. ; Cass. crim. 30 mars 1999, *Bull. crim.* n°59, *Dalloz 2000*, juris., p. 391, note GARE TH.

<sup>1304</sup> Sur le refus par la Cour de cassation de qualifier d'actes les éléments de preuve rapportés par les parties et l'incidence de ce refus sur la sanction de la nullité, Cf. *infra*, n°399.

<sup>1305</sup> Cf. sur l'action d'unification des principes *infra* n°380 et suiv.

contestations qui mettent en jeu des « *droits et obligations à caractère civil* » ou encore « *le bien fondé de toute accusation en matière pénale* ». On doit considérer que les principes d'*impartialité*, d'*indépendance*, de *publicité* ou encore de *célérité* s'imposent à l'ensemble des procédures judiciaires. Le principe est général en ce qu'il n'est pas cantonné à une matière déterminée. Le Professeur MORVAN parle à ce titre d'une « *déambulation* » des principes dans d'autres ordres juridiques. Pour autant, cet auteur rejette l'hypothèse de la généralité du principe<sup>1306</sup>. Il semble au contraire que le fait qu'un principe s'émancipe de la matière dans laquelle il évolue et trouve une existence dans d'autres disciplines est un signe évident de généralité. Les règles émanant du *procès équitable* sont définies pour le procès judiciaire dans son entier. Certaines débordent même le cadre du droit processuel.

Le principe de *dignité* inscrit à l'article 16 du Code civil concerne la procédure mais aussi la protection du corps humain, ou régleme encore le droit des empreintes génétiques. Son application ne se réduit pas à l'interdiction des tortures, traitements inhumains ou dégradants au cours d'une procédure. Le principe d'*égalité devant la justice*, n'est que l'aspect procédural d'un autre dont l'application est illimitée : le principe de l'*égalité* énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme. Il n'est pas besoin d'aller plus loin dans la démonstration. On peut trouver un élément de la généralité des principes non seulement dans leur double existence en procédure civile et pénale, mais aussi, pour certains, dans le fait qu'ils constituent l'aspect processuel d'un principe plus vaste.

**235. La généralité et l'application en l'absence de texte.** Lorsqu'une règle trouve son fondement positif dans un texte, on trouvera un indice de sa généralité si les juges consentent à l'appliquer dans des hypothèses où le texte est lacunaire.

En matière de *double degré de juridiction*, même si le principe n'est pas formulé expressément dans un des Codes, il trouve son fondement dans les multiples dispositions qui lui sont consacrées. Par exemple, l'article 496 du Code de procédure pénale dispose solennellement que « *les jugements rendus en matière correctionnelle peuvent être attaqués par la voie de l'appel* ». Un individu avait été condamné à une peine de prison pour recel. Il obtint par la suite du tribunal correctionnel que cette peine soit assortie d'un sursis de trois mois. Le condamné, ainsi que le Procureur de la République formèrent un appel contre cette décision mais la Cour devait décider que s'agissant d'une décision à caractère gracieux, aucun recours n'était recevable. L'arrêt fut cassé au motif que les jugements rendus en matière correctionnelle peuvent toujours être attaqués par la voie de l'appel, sauf s'il est dérogé à cette règle de portée générale par une disposition expresse de la loi<sup>1307</sup>. La formule est traditionnelle et les chambres civiles l'utilisent régulièrement en décidant encore que « *l'appel est de droit dans tous les cas qui ne sont pas formellement exceptés par la loi* »<sup>1308</sup>.

Parfois, le texte qui consacre le principe, règle la question de la lacune juridique. L'article 22 du nouveau Code de procédure civile est rédigé ainsi : « *les débats sont publics sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil* ». Cette expression a notamment permis d'imposer la *publicité* dans les procédures disciplinaires<sup>1309</sup>. Lorsque la règle est applicable en l'absence d'un texte la prévoyant littéralement, il faut

<sup>1306</sup> Cf. *supra* n°224.

<sup>1307</sup> Cass. crim. 17 mars 1977, *Bull. crim.* n°102 ; *RSC* 1978, p. 118, observations ROBERT J.

<sup>1308</sup> Cass. civ. 14 mars 1911, *Sirey* 1911, 1, p. 185.

<sup>1309</sup> Par exemple, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 janvier 1984, *JCP* 1984, II, 20210, conclusions GULPHE ; *Dalloz* 1985, IR, p. 105, observations BRUNOIS A ; *RTD civ.* 1984, p. 771, observations PERROT R. Cet arrêt qui se réfère à l'article 6§1 de la CESDH soumet cependant la *publicité* de l'audience disciplinaire à la condition que ce droit ait été invoqué devant la juridiction.

reconnaître qu'elle détient une certaine forme de généralité. Pour autant, cette généralité est-elle susceptible de conférer à la règle la valeur d'un principe ?

### B) La valeur de la généralité.

**236.** Une application étendue constitue-t-elle pour une norme, l'attribut suffisant pour recevoir la qualification de principe juridique ? Il faut pour cela envisager les rapports de généralité qu'entretiennent les principes et les règles techniques. On peut encore compléter la réflexion en étudiant les rapports de généralité que les principes entretiennent entre eux. Dès lors, s'impose la thèse selon laquelle la généralité constitue une piste vers l'identification des principes mais que ce caractère demeure insuffisant.

**237. Les relations de généralité entre principes directeurs et règles techniques.** Si l'on postule qu'un principe regroupe ou engendre une pluralité de règles techniques qui en sont les modalités de mise en œuvre ou d'application<sup>1310</sup>, on doit admettre raisonnablement que ce principe présente une plus grande généralité que les règles qui en sont inspirées.

En ce sens, la jurisprudence constitutionnelle décide qu'une dérogation à un principe directeur ne peut être prévue par une loi en des termes généraux. Dans sa décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules par les OPJ et APJ<sup>1311</sup>, le Conseil constitutionnel censure une loi qui autorise une atteinte au principe de la *liberté individuelle* de façon générale. Le dernier considérant de la décision est clair à ce sujet : « *en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ils seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle* »<sup>1312</sup>. Le principe est général, son exception ne saurait être que particulière affirme le Conseil.

Inversement, la règle technique peut prendre de l'ampleur grâce au principe. Le principe de *séparation des fonctions* comporte plusieurs volets (poursuite, instruction, jugement, exécution des décisions) et diverses applications techniques<sup>1313</sup>. L'une des dispositions textuelles techniques qui met en œuvre ce principe est contenue dans l'article 253 du Code de procédure pénale relatif à la procédure devant la Cour d'assises : « *ne peuvent faire partie de la Cour en qualité de président ou d'assesseur les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la Cour d'assises ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation, ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé* ». Par l'intermédiaire du principe, la disposition textuelle a vu son champ d'application s'étendre à toutes les juridictions. La Cour de cassation relève ainsi l'existence d'un « *principe absolu et de portée générale selon lequel les fonctions du*

---

<sup>1310</sup> Ces modalités peuvent être des règles techniques qui garantissent la mise en œuvre du principe ou des dérogations qui en limitent ou en aménagent les effets.

<sup>1311</sup> CC 12 janvier 1977, 76-75 DC, *Dalloz* 1978, juris., p. 173, note HAMON L. LEAUTE J. ; *RDP* 1978, p. 821, observations FAVOREU L.

<sup>1312</sup> Cf. aussi sur cet arrêt KAYSER P. Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois, *Mélanges Raynaud*, Dalloz- Sirey, 1985, Paris, p. 329.

<sup>1313</sup> Un auteur distingue notamment la *règle de la spécialisation* qui interdit à un membre du ministère public d'être présent dans une juridiction de jugement ou encore à un juge d'instruction de mettre lui-même en mouvement l'action publique ; et la *règle de la composition* qui interdit à un même magistrat d'exercer successivement plusieurs fonctions dans une même affaire. ROETS D. *Impartialité et justice pénale*, Cujas, Paris, 1997, pp. 41 et suiv.

*ministère public sont par essence incompatibles avec celles de juge* »<sup>1314</sup> pour condamner la présence dans la chambre d'accusation d'un magistrat ayant connu de l'affaire en tant que représentant du ministère public. Les magistrats de la juridiction suprême ont de même refusé le droit de siéger dans une Cour d'assises au « *magistrat qui a été antérieurement conduit à porter une appréciation sur les faits de viols et agressions sexuelles aggravés reprochés à l'accusé, à l'occasion d'une instance en divorce opposant ce dernier à son épouse et au cours de laquelle étaient invoqués les faits poursuivis* »<sup>1315</sup>.

L'article 253 du Code de procédure pénale est conforme au principe de *séparation des fonctions*, sa portée est étendue par la jurisprudence. Le principe confère donc une certaine généralité à la règle. Pour autant, dans l'exemple cité, la Cour de cassation prend appui sur le texte<sup>1316</sup> ; elle remonte au principe et déduit alors de nouvelles règles techniques. L'article 253 n'est pas général en lui-même. Il est à l'origine d'extensions techniques qui transitent par le principe séparatiste. Si les principes semblent être plus généraux que les règles techniques, ce caractère n'est pas identique pour tous les principes.

**238. Les relations de généralité des principes entre eux.** La généralité diffère selon les principes. Certains ont un domaine d'application tellement étendu, qu'ils englobent d'autres principes. On observe ainsi que se forment des chaînes de principes qui entretiennent entre eux des relations d'inclusion<sup>1317</sup>. Un auteur parle de « *principes affiliés* » ou « *principes gigognes* »<sup>1318</sup>, un autre reconnaît l'existence de « *principes matriciels* » qui « *engendrent d'autres droits de portée et de valeur différente* »<sup>1319</sup>.

Ce phénomène se retrouve dans le domaine procédural. Le principe d'*impartialité* peut se décomposer en principe d'*indépendance*, de *collégialité*, de *séparation des fonctions*, de *motivation*, de *publicité* et d'*oralité des audiences*, du *contradictoire*. Chacun de ces principes affiliés protège à sa manière l'exigence d'*impartialité* de la justice. Un même principe peut d'ailleurs être affilié à plusieurs autres ou encore former des chaînes continues d'implication. Le *double degré de juridiction* est inclus dans le principe du *droit au recours*, lui-même compris dans l'exigence d'un *droit au juge*, qui n'est finalement qu'une illustration particulière des *droits de la défense*.

Sur toute l'étendue du système juridique, certains principes procéduraux ne sont que les illustrations de principes plus généraux qui dominent toutes les matières. Il y a là un indice de généralité. Le principe de la *liberté individuelle* ne possède que peu d'applications procédurales, surtout si l'on considère, à l'encontre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que les fouilles, perquisitions, saisies ou contrôles d'identité tiennent plus d'une atteinte à l'*intimité de la vie privée* qu'à la *liberté individuelle*. Il reste une application majeure de la *liberté* : celle de la limitation des détentions provisoires. La généralité du principe de la *liberté individuelle* découle plus de sa faculté de « *déambuler* » parmi les disciplines juridiques que de la multiplicité de ses applications procédurales.

La généralité semble être un critère qui distingue les principes des règles techniques, mais aussi les principes entre eux. Une certaine confusion est alors introduite. Tous les

<sup>1314</sup> Cass. crim. 15 mars 1960, *Bull. crim.* n°148.

<sup>1315</sup> Cass. crim. 21 février 1996, *Bull. crim.* n°82.

<sup>1316</sup> Aujourd'hui, elle se réfère aussi au principe d'*impartialité* visé à l'article 6§1 de la CESDH. Par exemple, Cass. crim. 13 juin 1991, *Bull. crim.*, n°252.

<sup>1317</sup> Sur l'inclusion d'un principe dans un autre, Cf. *infra*, n°287 et suiv.

<sup>1318</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, op. cit. p. 283.

<sup>1319</sup> MATHIEU B. Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *Dalloz* 1995, chron., p. 211.

principes sont généraux, mais tous ne connaissent pas la même généralité. La confusion est renforcée lorsque l'on constate que des règles techniques sont elles mêmes d'application générale. Ce qui conduit à mettre en doute la validité du critère.

**239. La relativité du critère de la généralité.** On trouve des règles techniques qui n'ont pas de généralité intrinsèque. L'article 447 du Code de procédure pénale dispense les mineurs n'ayant pas atteint l'âge de seize ans de prêter serment lorsqu'ils sont entendus comme témoins. Cette règle purement technique, n'est dotée d'aucune généralité propre. Elle apparaît même comme une exception à une autre règle : l'obligation de prêter serment. Si l'on y regarde de plus près on s'aperçoit que le Code en réitère l'énoncé à tous les stades de la procédure et devant toutes les juridictions dès lors que le serment s'impose aux témoins. Pendant l'instruction, la dispense de serment est visée à l'article 108 du Code de procédure pénale ; devant la Cour d'assises, c'est l'article 336 (7° qui la prévoit, et devant le tribunal de police, l'article 536 renvoie aux règles applicables à l'article 447. En définitive, la dispense de serment du mineur de seize ans s'applique tout au long de la procédure et devant toutes les juridictions. N'est-ce pas là un signe évident de généralité ? Il faut cependant écarter l'idée d'intégrer la règle au sein des principes directeurs sous peine de vider la catégorie de son contenu.

La difficulté est renforcée du fait de la jurisprudence qui étend le champ d'application d'une règle technique et utilise corrélativement le terme de principe pour la désigner. Dans un arrêt du 8 mars 1995<sup>1320</sup> la Cour de cassation affirme qu'« *il résulte des principes généraux de la procédure pénale que le demandeur qui se dérobe à l'exécution d'un mandat de justice n'est pas en droit de se faire représenter pour se pourvoir en cassation, sauf à justifier de circonstances l'ayant mis dans l'impossibilité absolue de se soumettre en temps utile à l'action de la justice* ». Cette règle, purement jurisprudentielle, déroge au principe du *droit au recours*, ne possède pas l'ensemble des caractères de généralité suffisants pour constituer un principe. Pourtant, la Cour de cassation a longtemps décidé de rejeter de nombreux recours formés devant une juridiction répressive dans le cas où la personne condamnée se dérobait à un mandat de justice<sup>1321</sup>. La règle fait-elle partie de la catégorie des principes directeurs ? Aucune réponse définitive ne semble satisfaisante au regard du critère de la généralité. On peut néanmoins l'écarter au regard d'autres critères<sup>1322</sup>. La chambre criminelle a tranché la question en supprimant purement et simplement la règle de l'ordre positif<sup>1323</sup>.

**240. Conclusion.** La confusion autour de la généralité semble induire l'idée selon laquelle le critère ne serait pas opportun. Le Professeur MORVAN<sup>1324</sup> fait remarquer à ce sujet qu'il n'y a pas de généralité de genre comme semblait l'affirmer Jean BOULANGER. La généralité varie entre règles et principes mais aussi entre les principes eux-mêmes. Elle est encore différente selon les règles techniques. Dès lors, cette généralité doit être regardée comme « *graduée et continue* ». Il n'existe pas de frontière établie entre celle des principes et celle des autres règles de droit.

Cette opinion est tout à fait convaincante. Pour autant il faut restituer à ce caractère son exacte valeur. On lit à propos de la généralité qu'elle « *ne rend pas compte de la prééminence*

<sup>1320</sup> Cass. crim. 8 mars 1995, *Dalloz* 1996, som. com. p. 256, observations PRADEL J.

<sup>1321</sup> Sur la diversité des extensions de la règle notamment en matière d'appel et d'opposition, MARON A. chronique de procédure pénale, *JCP* 2000, I, 207.

<sup>1322</sup> Cf. notamment le manque de continuité de la règle, *supra*, n°211.

<sup>1323</sup> Notamment Cass. crim. 30 juin 1999, *JCP* 2000, I, 207., observations MARON A.

<sup>1324</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, op. cit. p. 283.

éventuelle du principe sur la règle de droit »<sup>1325</sup>. La fonction de ce caractère n'est pourtant pas d'induire une quelconque prééminence des principes. Généralité et prééminence n'entretiennent aucune relation et ne poursuivent pas les mêmes fins. La prééminence du principe est issue du rapport étroit qu'il entretient avec les finalités sociales. Le principe se place ainsi à un niveau élevé dans la hiérarchie des normes. La généralité du principe lui confère une application étendue. S'il n'existe pas de généralité d'un premier et d'un second type, on peut admettre la présence d'une pluralité d'éléments qui permettent d'établir une généralité plus ou moins considérable. Néanmoins, ces différents indices de généralité ne suffisent pas à caractériser un principe. Dans la recherche d'une dissemblance entre principes et règles techniques, il ne suffit pas de constater que les règles se regroupent au sein d'un principe pour affirmer qu'elles ne sont pas générales. Cette relation d'inclusion existe aussi dans les relations entre principes. Elle n'est donc pas discriminante.

La généralité n'est donc pas le critère qui permet de déceler avec assurance un principe directeur parmi d'autres normes de procédure. On doit lui adjoindre une dernière propriété : la flexibilité.

### *Section 3 : La flexibilité des principes directeurs du procès judiciaire (les principes et la raison)*

**241. Flexibilité et logique du flou.** L'autorité d'une règle de droit est *a priori* d'être applicable selon une logique du « tout ou rien ». La norme interdit, contraint, permet, si ses conditions d'applications sont réunies. Elle s'impose alors de façon impérative et sanctionne le comportement contraire. L'article 538 du nouveau Code de procédure civile prévoit ainsi que « le délai de recours pour une voie ordinaire est d'un mois en matière contentieuse ; il est de quinze jours en matière gracieuse ». La mise en oeuvre de cette règle technique est assez simple. Soit le recours ordinaire est exercé dans le délai ; il est alors recevable. Soit le recours est exercé hors délai ; la disposition est alors violée et sa violation entraîne la sanction qui consiste dans la déchéance du recours.

La logique binaire peut être exprimée ainsi : dans un premier temps, la règle technique est applicable (si les conditions d'application sont réunies) ou elle ne l'est pas (une ou plusieurs conditions font défaut) ; dans un second temps, si la règle est applicable, elle s'impose de façon rigide de sorte qu'elle est, soit respectée, soit violée. Le principe ne reçoit pas une application binaire.

Un auteur indique que le principe suit une « *logique du flou, c'est à dire d'un système de gradation où l'appréciation se fonde non pas sur appartenance / non-appartenance, mais sur le degré d'appartenance* »<sup>1326</sup>. Selon cette logique le principe ne se contente pas d'énoncer les conséquences juridiques qui en découlent automatiquement<sup>1327</sup>, mais prévoit un cadre dans lequel évoluent d'autres règles ou comportements. Le principe favorise une direction à prendre, une voie à suivre. Il fournit une « *raison* » en faveur d'un type de solution sans que cette solution soit absolument contraignante<sup>1328</sup>.

---

<sup>1325</sup> *Ibid*, p. 283.

<sup>1326</sup> DELMAS-MARTY M. Rapport introductif du cinquantenaire de la RSC, RSC 1987, p. 25.

<sup>1327</sup> Sur la distinction principe-règle, DWORKIN R. cité in GOYARD-FABRE S., SEVE R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, Paris, 1993, p. 143.

<sup>1328</sup> GERARD PH, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, *Déviance et Société*, 1988, vol 12, p. 75.



On peut reprendre l'exemple du délai pour exercer une voie de recours ordinaire. L'une de ces voies, l'appel, dépend du principe du *double degré de juridiction*. Ce principe existe dans la procédure française mais il ne s'impose pas systématiquement. Depuis le début du 19<sup>ème</sup> siècle, la Cour de cassation ne donne pas une valeur absolue ou indérogeable au *double degré de juridiction*. Dans un arrêt de 1813 les magistrats de la haute juridiction décidaient qu'en matière civile ou pénale, les décisions doivent « *en cas de réclamation ou d'appel, être déferées à des juges supérieurs* »<sup>1329</sup>. Il est encore prévu que ce principe est effectif « *lorsqu'il n'y a pas de disposition contraire et expresse* »<sup>1330</sup>. L'article 543 du nouveau Code de procédure civile poursuit cette idée. Il prévoit que « *la voie d'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuse, contre les jugements de première instance, s'il n'en est autrement disposé* ».

Principes directeurs et règles techniques se distinguent encore une fois par le biais de ce critère de la flexibilité. Un auteur illustre partiellement cette distinction en opposant la *hard-law* traditionnelle « *toujours obligatoire* » et « *s'imposant systématiquement* » et un nouveau type de règle qui se développe sous la forme d'une *soft-law* « *adoucie, plus compréhensive* »<sup>1331</sup>. Il faut s'entendre sur ces termes. Les principes ne se contentent pas de formuler des vœux. Ils sont au contraire de véritables normes qui s'imposent, mais selon un mode de contrainte évolué. Ils sont flexibles en ce sens qu'une règle technique ou un comportement peut y déroger sans être machinalement sanctionné. Le principe est souple, malléable ; il s'adapte aux situations particulières.

Une trop grande rigidité du principe présenterait des effets pervers. De par sa généralité, le principe à vocation à régir un grand nombre de situations juridiques. On ne peut l'imposer dans la totalité de ces situations. On se doit plutôt d'examiner si chacune de ces situations correspond à la logique, à la finalité du principe, pour décider de son application ou de sa dérogation. Le principe demeure mais coexiste avec la dérogation qui en est l'une des modalités de mise en œuvre. Cette flexibilité est particulièrement adaptée aux situations juridiques plures. La Convention européenne des droits de l'homme stipule l'existence d'un certain nombre de principes qui doivent être respectés par les Etats membres du Conseil de l'Europe. Le texte commun doit pour autant s'adapter aux particularismes locaux, aux conflits des systèmes de droit. Les principes reçoivent ainsi une application et une interprétation souple qui tient compte de la « *marge nationale d'appréciation* »<sup>1332</sup>.

La notion de flexibilité doit d'abord être précisée (§1) avant d'envisager quels sont les facteurs qui produisent cette flexibilité et font ainsi varier l'autorité normative des principes (§2).

## § 1 : La notion de flexibilité

**242.** Le Professeur FRISON-ROCHE dit à propos du nouveau Code de procédure civile, en ce qu'il aménage l'office du juge, qu'il « *brise les couples infernaux de la cohérence et du dogmatisme, d'une part, et du pragmatisme et des contradictions d'autre*

<sup>1329</sup> Cass. sections réunies 29 octobre 1813, *Bull. crim.*, n°237.

<sup>1330</sup> Cass. crim, 24 octobre 1929, *Bull. crim.*, n°237, cité par LARGUIER J, Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 287.

<sup>1331</sup> DE BECHILLON D. *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997, p. 193.

<sup>1332</sup> DELMAS-MARTY M. Rapport introductif du cinquantenaire de la RSC, *op. cit.* p. 30.

part, car (II) est construit sur la mise en cohérence de principes flexibles »<sup>1333</sup>. Le dogmatisme est effectivement celui des principes prônant une règle conçue comme juste ou utile. Le pragmatisme est celui de la nécessaire adaptation de cette règle aux particularismes, aux conflits d'intérêts, de finalités. La méthode pour parvenir à cette flexibilité est d'introduire dans le principe un concept flou, un standard, susceptible d'applications multiples (A). Le principe préserve son caractère contraignant, mais il tolère la présence d'exceptions. Celles-ci vont produire des variations de l'autorité normative des principes directeurs (B).

#### A) La flexibilité des principes directeurs empruntée à un standard ou une notion floue

**243.** Au sein de la littérature abondante qui a été consacrée au concept de standard, certaines définitions ont fait autorité<sup>1334</sup>. Celle du Professeur RIALS vise « une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en terme de neutralité »<sup>1335</sup>. Pour le Professeur PETEV, les standards constituent des « formules générales, par lesquelles le législateur exprime une idée normative et ouverte, qui est nécessaire à l'application d'une règle ou d'un principe de droit »<sup>1336</sup>. Les deux définitions sont complémentaires. Les standards sont des formules juridiques qui proviennent d'un texte ou d'une décision juridictionnelle. Ces formules sont utilisées par les normes juridiques dans le but de déterminer des repères d'application ou d'interprétation en posant une référence générale de normalité. Le critère de normalité présenté par le standard lui permet de jouer le rôle d'un instrument de mesure.

On peut viser le concept plus vaste de notion floue ou encore de notion à contenu variable. Il s'agit de la « dénomination globalisante (...) qui invite le juge à émettre un jugement de valeur portant directement sur des comportements sociaux par référence à un système normatif, juridique ou non, existant ou en formation, afin de rendre une décision ou de poser une norme »<sup>1337</sup>. La notion floue sert tout autant à l'interprétation du droit qu'à la création d'une nouvelle règle. Il faut ajouter à cette définition la possibilité pour le juge, grâce à la notion floue, de porter un jugement « sur des comportements sociaux » mais aussi sur des normes juridiques.

En résumé, le standard, instrument de mesure, permet d'évaluer un comportement (ou une norme) en rapport à un modèle<sup>1338</sup> donné définissant une certaine normalité. La notion floue détermine plus généralement un cadre d'appréciation, sur la base d'un concept préétabli, permettant d'évaluer si une norme ou un comportement entre ou non dans ce

<sup>1333</sup> FRISON-ROCHE M.A. Les offices du juge, *Mélanges Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 463.

<sup>1334</sup> Le colloque sur « Les standards dans les divers systèmes juridiques » organisé à Aix-en-Provence en 1988 par l'Association internationale de méthodologie juridique s'ouvrait ainsi : « Le terme de "standard" a été l'objet de tellement de définitions différentes qu'il paraît difficile de le définir de manière indiscutable ». BERGEL J.L. Avant propos du colloque « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *RRJ* 1988, n°35, p. 805.

<sup>1335</sup> RIALS S., *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 120.

<sup>1336</sup> PETEV V. Standards et principes généraux du droit, *RRJ* 1988, n°35, p. 826.

<sup>1337</sup> FORTIER V. La fonction normative des notions floues, *RRJ* 1991, n°46, p. 769.

<sup>1338</sup> Pris dans le sens d'un spécimen, ou d'un étalon.

cadre<sup>1339</sup>. Parmi les principes directeurs du procès judiciaire, certains peuvent être rangés dans la catégorie des standards. Tel est le cas du principe d'*impartialité*<sup>1340</sup>. D'autres principes semblent relever plutôt de notions floues ou à contenu variable. Ce peut être le cas des concepts plus techniques de *double degré de juridiction*, d'*autorité de la chose jugée*, de *motivation des décisions de justice*<sup>1341</sup>.

Si les principes directeurs présentent des similitudes certaines avec les standards et les notions floues (a), l'assimilation ne peut être faite entre les différents concepts. Les standards et notions floues transmettent aux principes leur flexibilité par le biais d'une relation d'appartenance ou d'inclusion (b).

#### a) Les similitudes entre les principes et les standards

**244. La dimension socio-axiologique des standards.** Les standards se réfèrent aux idées de prudence, de sagesse du jugement ou de l'esprit<sup>1342</sup>. Il s'agit de thèmes récurrents du discours moral ou politique. Les standards sont encore issus des valeurs empruntées à la réalité sociale<sup>1343</sup>. Les notions floues possèdent une dimension axiologique incontestable dans la mesure où « *elles véhiculent une idéologie juridique* »<sup>1344</sup>. Ces valeurs confèrent à chaque notion floue une idée directrice qui permet de porter sur les normes ou sur les comportements un jugement de valeur<sup>1345</sup>.

Dans leur rôle de définition d'un concept ou d'un cadre de référence, les standards doivent être proches des faits sociaux, directement inspirés par eux. Les références sociales sont définies par les valeurs ou les utilités. Ceci est vrai pour les standards, ça l'est aussi pour les principes directeurs. Standards et principes présentent cette similitude d'être proches et d'exprimer directement une nécessité ou une référence sociale. La ressemblance est plus nette encore en ce qui concerne la fonction de ces deux formes normatives.

<sup>1339</sup> La distinction standard et notion floue existe mais la fonctionnalité des ces deux concepts est la même. Chacune transmet aux principes directeurs une certaine flexibilité. Les standards doivent être considérés comme compris dans la catégorie plus générale des notions floues. Par commodité, nous utiliserons indistinctement les deux termes.

<sup>1340</sup> Le cocontractant est obligé de « *veiller à la conservation de la chose (...) et d'y apporter tous les soins d'un bon père de famille* » selon l'article 1137 du Code civil de la même façon que le juge est tenu de juger en toute *impartialité*. On constate que le magistrat *impartial* rejoint, d'un point de vue purement conceptuel, le *bon père de famille*. Il s'agit d'un étalon dont on peut mesurer et sanctionner le non respect en fonction de critères déterminés. Cette mesure se fait en raison des apparences. Le juge est ainsi impartial s'il apparaît comme tel. (« *L'auteur impartial de la décision est d'abord "aveugle" (...) il est aussi sourd aux réactions à l'instance (...) et aux sirènes des relations familiales ou amicales* ». JOSSERAND S. *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, Paris, 1998, pp. 592 et suiv.)

<sup>1341</sup> Ces notions n'apparaissent pas comme des prototypes, à l'instar du juge impartial. Il s'agit plutôt de concepts flous à définir. En ce sens, la flexibilité des principes directeurs dépend de leur généralité et de leur abstraction. Plus la notion est générale et abstraite, plus son contenu est susceptible de varier, d'être modifié.

<sup>1342</sup> PATTARO E. Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique, *RRJ* 1988, n°35, p. 814.

<sup>1343</sup> L'approche sociologique montre que la souplesse des standards permet au créateur de la norme de répondre aux nécessités de l'évolution sociale. En utilisant des « *notions ouvertes* », ce dernier « *ouvre la réglementation à une réalité sociale abondante et complexe d'où il puise certains critères* » PETEV V. Standards et principes généraux du droit, *op. cit.* p. 827.

<sup>1344</sup> FORTIER V. La fonction normative des notions floues, *op. cit.* p. 782.

<sup>1345</sup> Ils « *correspondent aux idées, convictions et conceptions socio-éthiques et politiques qui, à une certaine époque, dominant en société* ». PETEV V. *op. cit.*, p. 828.

**245. La fonction de définir un modèle susceptible d'interprétation.** La notion floue ne permet pas de déterminer de façon précise la frontière entre le permis et l'interdit. Elle ne constitue qu'une « *directive générale* » qui indique un but qui guide le juge dans son travail d'appréciation<sup>1346</sup>. Elle produit plutôt des idées ou des directives que des normes rigides. C'est en ce sens que l'on peut parler de souplesse ou de flexibilité dans son application. La norme qui en résulte est équivoque ; elle ouvre la voie de l'interprétation juridictionnelle. Les pouvoirs du juge s'en trouvent accrus. Les standards servent de fondement pour créer de nouvelles règles jurisprudentielles, véritables « *microsystèmes normatifs* »<sup>1347</sup>. L'indétermination de ces concepts donne au juge le pouvoir d'accomplir une œuvre personnelle au cours de laquelle il va préciser la norme initiale<sup>1348</sup>. Sur tous ces aspects, les standards et notions floues rejoignent les principes directeurs. Ces derniers fixent des objectifs à atteindre laissant le soin au juge ou au législateur de définir les critères d'appréciation et les méthodes pour y parvenir<sup>1349</sup>.

Le propre des standards et des principes directeurs est donc de définir des modèles de conduite, qui vont servir de repères à tous les organes qui sont chargés de les mettre en œuvre et de les interpréter. Il peut s'agir des juges, mais aussi du législateur ou du pouvoir réglementaire qui ont la charge de déterminer des règles techniques visant à l'application des principes ou des standards.

Les deux catégories présentent des similitudes mais elles ne se confondent pas pour autant. En fait, les principes utilisent les standards ou les notions floues auxquelles ils empruntent leur flexibilité. Dès lors, certains principes peuvent s'identifier à des notions floues car ils intègrent une de ces notions dans leur contenu.

#### b) Les standards transmettent aux principes leur flexibilité

**246. Les standards sont intégrés dans les principes directeurs.** Le standard est une « *technique de formulation de la règle de droit* »<sup>1350</sup>. Il se réduit donc à une simple formule qui ne présente de juridicité que si elle est incluse dans une norme juridique. Le principe directeur peut donc servir de support à un standard. Le Professeur PATTARO estime ainsi qu'« *un standard (...) est normalement lui-même l'objet d'une règle de droit qui prescrit de l'appliquer, d'y avoir recours* »<sup>1351</sup>. L'*intime conviction* n'est pas une norme en tant que telle. Il s'agirait plutôt d'un mode intellectuel de raisonnement et d'appréciation de faits qui doit conduire à une certitude. L'article 427 al 1 du Code de procédure pénale qui dispose

<sup>1346</sup> ROUBIER cité par BERGEL J.L. Avants propos du colloque « les standards dans les divers systèmes juridiques », *op. cit.* p. 807.

<sup>1347</sup> FORTIER V., *op. cit.* p. 779.

<sup>1348</sup> ORIANNE P. Les standards et les pouvoirs du juge, *RRJ 1988*, n°35, p. 1038. L'équivoque permet aussi de faire évoluer les règles de droit, de les adapter aux nouvelles réalités car les standards ne donnent pas de méthode, simplement un but à atteindre. Le juge est libre de choisir si une règle ou un comportement porte atteinte à la finalité préétablie ou si elle y est conforme. Le contenu d'un standard peut évoluer.

<sup>1349</sup> Par exemple, le principe d'*impartialité* détermine un but. Les magistrats doivent être impartiaux et rendre une décision qui n'a pas été influencée par d'autres considérations que celles qui sont dans le litige. Autour de ce principe, s'agencent des règles et des principes destinés à atteindre l'objectif de la décision impartiale.

<sup>1350</sup> RIALS S. *op. cit.*

<sup>1351</sup> PATTARO E. *op. cit.* p. 818.

notamment que « *le juge décide d'après son intime conviction* » contient une règle de droit fondée sur le standard ou la notion à contenu variable<sup>1352</sup> que représente l'*intime conviction*.

Les standards sont inclus dans les principes directeurs. Ils constituent l'élément essentiel de leur définition. L'intérêt pour un principe, de recourir au standard est notamment d'emprunter sa dimension axiologique ou téléologique. L'intégration d'un standard dans une règle de droit « *n'a pour fonction que de formuler l'inclusion substantielle d'une donnée axiologique* »<sup>1353</sup>. De façon plus générale, les standards font office de « *médiateur(s) entre une réalité sociale complexe qui doit être saisie de manière institutionnelle et le principe de droit* »<sup>1354</sup>. C'est donc notamment par les standards et notions floues que les principes intègrent les faits sociaux. Les principes proviennent des faits sociaux, des valeurs et utilités sociales. Certaines de ces valeurs (impartialité, loyauté, équité) peuvent être assimilées aux notions floues ou aux standards. D'autres concepts équivoques ou notions à contenu variable (*double degré de juridiction, intime conviction*) sont liés à des valeurs et utilités.

Les standards pourraient donc constituer la formulation téléologique des règles de droit institutionnalisées par les principes. Cette équivoque, est créatrice de flexibilité, de graduation dans l'application des concepts. On l'observe nettement à travers certaines illustrations.

**247. Illustrations.** Certains principes peuvent être constitués de notions floues dont l'expression se subdivise encore en standards. Tel est le cas du principe de *célérité*. Ce principe n'est énoncé en tant que tel par aucun texte. Il relève avant tout d'une conceptualisation doctrinale sur la base de règles diverses. L'article 6§1 de la CESDH prévoit que le procès doit se dérouler dans un « *délai raisonnable* ». Ce même « *délai raisonnable* » est prévu à l'article 5§3 de la Convention en ce qui concerne le jugement de la personne qui a été arrêtée ou placée en détention en raison des charges qui pèsent sur elle. Le recours contre la décision d'arrestation ou de détention relève d'une appréciation différente de la *célérité*. Selon l'article 5§4 la juridiction compétente en matière d'arrestation ou de détention doit statuer « *à bref délai* ». Selon l'article 5§2, la personne qui vient d'être arrêtée a le droit d'être informée des charges qui pèsent contre elle « *dans le plus court délai* ». Si l'on se tourne vers le Code de procédure pénale, l'article préliminaire exige qu'il soit définitivement statué sur l'accusation dont une personne fait l'objet dans un « *délai raisonnable* ». L'article 144-1 du même Code prévoit que la détention provisoire « *ne peut excéder une durée raisonnable* ».

Le principe de *célérité* connaît des acceptions multiples. Il est de ce fait une notion floue ou à contenu variable. Selon que sont en cause la question du jugement, de la durée de la détention provisoire, ou du recours contre une atteinte à la liberté, l'appréciation de la *célérité* est différente. Ce qui est remarquable, c'est que cette appréciation dépend encore de standards, comme le *délai raisonnable*, la *durée raisonnable*, ou encore le *bref délai*. Il s'agit, toujours dans le souci d'une certaine flexibilité de poser des systèmes de référence de la *célérité* adaptés à la diversité des situations.

La distinction entre les normes techniques et les principes directeurs se précise. L'article 538 du nouveau Code de procédure civile relatif aux délais d'appel est une simple disposition technique. Cette règle s'applique de façon rigide dans le respect de délais déterminés en jours ou en mois. La marge d'interprétation de ce texte existe mais elle est

<sup>1352</sup> Peut-on véritablement opter pour l'un ou l'autre des qualificatifs ? L'*intime conviction* est avec certitude un concept flou qui n'a pas été défini par le Code. Détermine-t-il pour autant un modèle de normalité que doit adopter le juge ?

<sup>1353</sup> NAVARO J.S. Standards et règles de droit, *RRJ 1988*, n°35, p. 834.

<sup>1354</sup> PETEV V. *op. cit.* p. 830.

restreinte. On pourra se demander notamment, quel est le point de départ du délai. Cette question est tranchée par d'autres dispositions techniques que sont les articles 640 à 642-1 du même Code. En ce qui concerne le principe de *célérité*, le processus est inverse. Aucun délai n'est prévu. Les juges ont la charge de donner un contenu au principe en application des lignes directrices qui sont indiquées dans les textes. Les juridictions ont été amenées à donner un sens précis à la notion de *délai raisonnable* prévue à l'article 6§1. Il est nécessaire de tenir compte des circonstances de la cause pour en mesurer le respect. L'appréciation du caractère raisonnable va donc se faire *in concreto*<sup>1355</sup>. La complexité de l'affaire, le nombre de parties, les difficultés dans la recherche des preuves, le comportement du requérant ou celui des institutions chargées de conduire le procès, seront autant d'éléments qui permettront de dire si le principe de *célérité* a ou non été respecté<sup>1356</sup>.

L'utilisation de la logique du flou pour déterminer la portée normative des principes directeurs et l'emprunt aux standards ainsi qu'aux notions floues du droit conduit à constater que les principes sont des normes malléables. Leur contenu est rendu plus précis ou explicite par le jeu des règles techniques que les textes et la jurisprudence prévoient pour leur mise en œuvre. Les juridictions ont ainsi un large champ d'interprétation qui permet d'adapter l'application des principes aux situations concrètes. L'autre volet de la flexibilité consiste dans le fait que les principes supportent des exceptions. Celles-ci constituent de véritables modalités de mise en œuvre du principe. Pour cette raison, le principe n'est pas atteint dans sa substance. Au contraire, les dérogations sont nécessaires pour que le principe ne fasse pas l'objet d'une application systématique, aveugle et parfois absurde. Si le principe n'est pas touché dans son existence, il subit par contre une atteinte à son autorité normative.

#### B) La flexibilité entraîne une atteinte à l'autorité normative du principe

**248.** La flexibilité signifie que les principes directeurs ne répondent pas à la logique du tout ou rien, mais au contraire à celle de la gradualité. Les principes ne s'imposent pas à tous les faits et à toutes les normes. Ils n'ont pas de caractère absolu. Leur normativité peut s'en trouver réduite sans que le principe ne disparaisse pour autant. La logique du flou permet de raisonner en terme de conformité relative. Telle pratique ou telle règle technique est plus ou moins conforme à la prescription édictée par le principe<sup>1357</sup>. Au-delà d'un certain seuil, la non-conformité devient transgression et la violation du principe doit être sanctionnée. Le principe tolère donc la désobéissance, mais uniquement celle qui ne dépasse par le seuil de tolérance ou seuil de flexibilité (a). La variation du seuil de flexibilité détermine l'autorité normative du principe (b).

##### a) L'existence du seuil de flexibilité

**249.** Le seuil de flexibilité peut être défini comme un degré de tolérance, une frontière normative au-delà de laquelle il n'est plus possible d'adopter un comportement, de produire un acte, ou d'utiliser une norme qui contrevient au principe.

Un auteur constate que la flexibilité peut s'observer à propos de toutes les normes juridiques. Le droit, affirme-t-il « *comporte par nature une marge d'ineffectivité. Il ne peut*

<sup>1355</sup> CEDH 24 octobre 1989 *H c/ France*, série A, n°162-A.

<sup>1356</sup> Sur ces différents éléments, Cf. notamment, SILVESTRE C. Le principe de célérité en procédure pénale française, *RRJ 1996*, n°64, p. 145 ; ou encore BUISSON J., GUINCHARD S. *Procédure pénale*, Litec, Paris, 2000, pp. 262 et suiv., n°375 et suiv.

<sup>1357</sup> DELMAS-MARTY M. Rapport introductif du cinquantenaire de la RSC, *RSC 1987*, p. 25.

*pas s'imposer à 100% »*<sup>1358</sup>. Cette transgression plus ou moins marginale ne peut justifier une remise en cause systématique de la règle de droit sauf s'il existe un « *seuil d'ineffectivité intolérable* ».

On ne doit pas confondre seuil de flexibilité et seuil d'effectivité. Le premier relève des atteintes que le juge ou les textes tolèrent sans que cela puisse remettre en cause l'existence et le bien fondé du principe. Le second est la conséquence des atteintes factuelles et non sanctionnées aux règles de droit. L'absence de sanction ne résulte alors pas de la tolérance du juge mais du fait que le comportement illicite ne lui est pas soumis.

**250. La détermination du seuil.** Le seuil de flexibilité peut être fixé précisément par un texte. Dans certains cas, le juge doit dégager un critère qui définisse ce seuil.

Le droit de faire appel, élément du *double degré de juridiction* est réglé par des dispositions textuelles. En matière pénale, ce droit est limité notamment en ce qui concerne les jugements du Tribunal de police. L'article 546 prévoit que l'appel n'est possible que « *lorsque l'amende encourue est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe, lorsqu'a été prononcée la peine prévue par le 1<sup>o</sup> de l'article 131-16 du Code pénal, ou lorsque la peine d'amende prononcée est supérieure au maximum de l'amende encourue pour les contraventions de la deuxième classe* ». En matière civile, une série de dispositions relatives à la compétence d'attribution du Tribunal d'instance<sup>1359</sup> détermine si cette juridiction juge « *à charge d'appel* » ou « *en dernier ressort* » les affaires qui lui sont soumises. A titre d'exemple, l'article R-321-1 prévoit que le Tribunal d'instance « *connaît en dernier ressort jusqu'à la valeur de 25000 F.* » de toutes les actions personnelles ou mobilières.

D'autres dérogations peuvent être prévues par la loi visant à restreindre l'application du principe du *double degré de juridiction* conçu comme un double examen au fond d'un dossier. L'article 568 du nouveau Code de procédure civile dispose que « *lorsque la Cour d'appel est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou d'un jugement qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive* ». Le mécanisme de l'évocation peut s'analyser comme une atteinte au *double degré de juridiction* dans la mesure où le fond de l'affaire ne sera examiné que par une seule juridiction : la Cour d'appel saisie sur une question de forme et qui étend sa compétence à l'examen du fond. Cette dérogation étant prévue par la loi, elle permet de déterminer précisément l'un des aspects du seuil de flexibilité. On doit admettre le droit au *double degré de juridiction* sous la réserve de l'évocation.

Ces deux exemples montrent à quel point il est délicat non pas de connaître, mais de définir le seuil de flexibilité. Le *double degré de juridiction* peut être limité par l'enjeu financier du litige, mais aussi par le mécanisme de l'évocation. Ces deux règles sont dérogoires au principe ; elles en limitent l'autorité, mais n'ont aucun lien entre elles. La représentation du seuil de flexibilité ne peut être conçue sur un axe qui ne comporterait qu'une seule référence ou encore en fonction d'un critère unique. Chaque principe développe de nombreuses applications autour de lui. Chacune d'entre elles possède un degré de développement plus ou moins avancé. Il n'existe donc pas un seul critère de flexibilité mais une pluralité, voire une multitude de critères. Parfois ces derniers sont explicites, d'autres fois c'est au juge que revient la charge de les déterminer.

---

<sup>1358</sup> ATIAS CH. Observations sur la notion de droit positif, *RRJ 1980*, p.44.

<sup>1359</sup> Articles R-321-1 et suiv. C. org. jud.

Le principe de *loyauté* est dégagé par la jurisprudence notamment pour sanctionner les provocations policières. Ces provocations ne portent pas automatiquement atteinte au principe. Un auteur souligne la difficulté qui existe lorsqu'il s'agit de définir un « *seuil de loyauté au-delà duquel les poursuites engagées sont irrégulières* »<sup>1360</sup>. Pour connaître ce seuil, il faut poser un critère de licéité des provocations. La doctrine proposait que le seuil de loyauté repose sur une adéquation entre la méthode utilisée par les policiers et le but recherché. Le même comportement pourrait être qualifié de loyal ou déloyal en raison du but poursuivi par la manœuvre. La jurisprudence utilise ce critère en recherchant si la provocation a « *déterminé* » la commission de l'infraction ou si elle s'est contentée d'en « *arrêter la continuation* »<sup>1361</sup> ou de « *constater le délit* »<sup>1362</sup>.

La délimitation du seuil de flexibilité est une tâche qui revient aussi à la CEDH. La Cour peut être plus ou moins précise dans cette opération. La doctrine relève de façon générale quels sont les critères de conformité à la Convention, relatifs aux mesures prises par les Etats membres<sup>1363</sup>. La Cour évalue si la mesure dérogatoire à un principe est simplement « *opportune* », ou si elle est « *absolument nécessaire* » ou encore « *strictement nécessaire* ». Elle pourra encore estimer l'atteinte au principe comme « *proportionnée* » ou non au but poursuivi.

Une illustration peut être trouvée dans l'arrêt *Brannican et Mc Bride c/Royaume uni*<sup>1364</sup> qui porte sur une législation dérogatoire à l'article 5§3 de la Convention. Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, une loi de 1984 avait été votée en Irlande du nord qui permettait l'arrestation sans mandat d'une personne sur laquelle pesaient des soupçons d'être ou d'avoir été impliquée dans un acte terroriste. Deux personnes qui avaient été arrêtées respectivement pendant plus de six et quatre jours formèrent un recours devant la CEDH pour violation de l'article 5§3 qui ouvre l'accès à un juge pour toute personne arrêtée ou détenue. La Cour européenne avait donc à juger si la dérogation instituée par la loi de 1984 était compatible avec les principes énoncés par la Convention. Le Royaume uni se prévalait de l'article 15§1 qui ouvre le droit de dérogation « *en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation* ». Cette stipulation limite les dérogations « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* ». La Cour devait apprécier selon ce critère de « *stricte mesure* » si la situation de crise provoquée par le terrorisme justifiait la mise à l'écart des principes de *liberté* et du *droit au recours*, visés à l'article 5§3. Elle constatait que les difficultés inhérentes aux enquêtes et poursuites dans le domaine du terrorisme commandent d'étendre la période de garde à vue soustraite à tout contrôle judiciaire. On retrouve cette idée à l'article 145-1<sup>1365</sup> du Code de procédure pénale. Ce texte limite la détention provisoire en matière correctionnelle à une période d'un an. Toutefois, il admet que cette durée soit portée à deux ans lorsque l'infraction

<sup>1360</sup> MAISTRE DU CHAMBON P. La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence, *JCP* 1989, I, 3422.

<sup>1361</sup> Cass. crim. 2 mars 1971, *Bull. crim.*, n°71 ; Cass. crim. 2 octobre 1979 ; *Bull. crim.* n°266.

<sup>1362</sup> Cass. crim. 27 février 1996, *Dalloz* 1996, juris, p. 346, note GUERY CH. ; *JCP* 1996, II, 22629, note RASSAT M.L.

<sup>1363</sup> Cf. notamment DELMAS-MARTY M. Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 151 ; PETTITI L.E. Les principes généraux du droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme, *RSC* 1987, p. 167.

<sup>1364</sup> CEDH 28 mai 1993 *Brannican et Mc Bride c/Royaume uni*, série A n°258-B, *RSC* 1994, p. 362, observations KOERING-JOULIN R. ; *Dalloz* 1995, som. com., p. 106, observations RENUCCI J.F.

<sup>1365</sup> Dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000.



a été commise à l'étranger ou qu'elle relève d'actes de criminalité organisée<sup>1366</sup>. Les difficultés rencontrées dans la lutte contre certains modes de criminalité justifient l'assouplissement du principe.

Le seuil de flexibilité permet aux principes de s'adapter aux espèces. Le principe de la *motivation* découle de l'article 6§1 de la CESDH<sup>1367</sup>. Une étude doctrinale<sup>1368</sup> montre que la Cour européenne n'admet pas les motivations lapidaires. Des motifs brefs peuvent suffire, mais lorsqu'une juridiction du second degré se contente de renvoyer aux motifs du jugement attaqué, elle doit avoir réellement examiné les questions qui lui ont été soumises sans se contenter d'entériner la solution des premiers juges. Une motivation implicite semble ne pas être suffisante<sup>1369</sup>. On s'aperçoit ici que la Cour européenne ne détermine pas réellement de critère permettant d'établir ou de définir précisément le niveau du seuil de flexibilité. Elle apprécie au cas par cas et dégage progressivement des situations conformes ou contraires à la Convention. Cette attitude souligne encore la difficulté de représenter le seuil de flexibilité.

**251. La visibilité du seuil.** Il faut admettre que le seuil de flexibilité des principes directeurs ne peut faire l'objet d'une représentation concrète. Il est conçu comme une limite supposée de tolérance. On déduit son existence de la distinction entre les dérogations admises et celles qui sont sanctionnées. En ce sens, ce seuil n'est pas visible, ni même prévisible dans sa globalité. Si le nombre d'exceptions au principe augmente, que ce soit dans les textes ou dans la jurisprudence, on doit pouvoir en déduire que le seuil de flexibilité croît et que l'autorité du principe diminue. A l'inverse, si l'application de principe tend à s'étendre, le seuil s'abaisse en conséquence. Il est difficile de dégager une courbe de croissance ou de décroissance du seuil dans la mesure où les deux phénomènes peuvent se produire simultanément. Par exemple, en matière de *double degré de juridiction*, une première analyse pourrait amener à conclure à un léger recul du principe dans les textes récents. D'une part, un réajustement du taux de ressort du Tribunal d'instance a été effectué par le décret n°98-1231 du 18 décembre 1998. Le taux de ressort du Tribunal d'instance anciennement de 13 000 F. a été porté à 25 000 F. Ce réajustement écarte la possibilité d'un appel pour des litiges compris entre les deux taux. D'autre part, suite aux condamnations de la Cour de cassation sur le fondement de *l'égalité des armes*<sup>1370</sup>, la loi n°99-515 du 23 juin 1999 a supprimé l'alinéa 4 de l'article 546 du Code de procédure pénale qui prévoyait un droit d'appel du Procureur général pour tous les jugements du Tribunal de police. On peut dire de ces deux réformes d'ajustement qu'elles consacrent un certain recul du *double degré de juridiction*. A l'inverse, la loi du 15 juin 2000 institue un appel contre les arrêts de la Cour d'assises<sup>1371</sup>. Il s'agit là d'une avancée plus nette du droit au double examen au fond<sup>1372</sup>.

<sup>1366</sup> Sont visées, les infractions commises en bandes organisées, l'association de malfaiteurs, le trafic de stupéfiant, le proxénétisme, l'extorsion de fonds et le terrorisme.

<sup>1367</sup> Notamment CEDH 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c/Suisse*, série A n°263, *JCP* 1996, I, 3910, observations SUDRE F.

<sup>1368</sup> FLAUSS J.F., Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme, *RGDP* 1998, p. 219.

<sup>1369</sup> BORE L., La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP* 2002, I, 104.

<sup>1370</sup> Cass. crim. 6 mai 1997, *Dalloz* 1998, juris., p. 223, note CERF A. ; *JCP* 1998, II, 10056, note LASSALLE J.Y. ; Cass. crim. 21 mai 1997, *jurisdata*, n°2823.

<sup>1371</sup> Articles 79 et suiv. de la loi qui intègrent un huitième chapitre au titre concernant la procédure devant la Cour d'assises. Ce chapitre est intitulé : « *De l'appel des décisions rendues par la Cour d'assises en premier ressort* ».

<sup>1372</sup> Ce principe s'est encore étendu avec la loi du 4 mars 2002 qui prévoit que le Procureur général peut également faire appel des arrêts d'acquiescement. Loi n°2002-307 du 4 mars 2002, *J.O.* 5 mars 2002, p. 4169.

Le principe du *double degré de juridiction* se déploie tout autant qu'il cède du terrain à de nouvelles transgressions. Cette double évolution se produit devant des juridictions différentes. Le seuil de flexibilité du principe est protéiforme. Sa visibilité est réduite, abstraite. Le seuil existe, on en observe les manifestations, mais on ne peut ni le représenter ni l'apercevoir. Si son existence est supposée, il faut aussi admettre qu'il ne peut disparaître totalement.

**252. La disparition du seuil.** La question se pose de savoir s'il existe des principes indérogeables ; des principes absolus qui ne supportent pas de transgression. L'hypothèse semble se présenter avec le principe de *dignité* qui comporte notamment l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants. On peut encore l'étendre à *l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel* prévue par l'article 4 du protocole additionnel n°7 de la CESDH ou encore au principe d'*impartialité*. Ces différents principes permettent de dégager un nouvel aspect du seuil de flexibilité.

Concernant le principe de *l'autorité de la chose jugée*, expression de la règle *non bis in idem* en matière pénale, le caractère absolu découle de l'article 4§3 du protocole n°7 qui prévoit qu'aucune dérogation au titre de l'article 15 de la CESDH n'autorise à porter atteinte au principe. Est-ce à dire que le principe jouit d'une protection absolue ? La réponse négative découle de l'article 4§2 qui admet la réouverture du procès en cas de faits nouveaux ou nouvellement révélés, ou en cas de vice fondamental de la procédure de nature à vicier le jugement. Dès lors, le principe énoncé à l'article 4§1<sup>1373</sup> n'est pas absolu, mais il ne peut subir de dérogation en vertu de l'article 15 de la Convention.

Concernant le principe d'*impartialité*, aucun texte ne prévoit son caractère absolu. On peut même dire que les hypothèses de l'article 15 devraient permettre d'y porter atteinte. Pour autant, peut-on imaginer la CEDH ou même la Cour de cassation confirmer une décision de justice après avoir reconnu *l'impartialité* des juges ? Cette perspective paraît bien improbable.

Certains principes sont donc explicitement susceptibles de dérogations. C'est le cas du *double degré de juridiction*, ou de la *motivation* qui ne concernent pas toutes les décisions rendues par des magistrats. Pour d'autres principes, il ne devrait pas être possible d'y porter une atteinte manifeste. On peut ranger dans cette catégorie le principe d'*impartialité*, ou encore de la *dignité*. La flexibilité de ces principes existe dans les faits à travers l'interprétation qu'en donnent les juges.

En droit constitutionnel, certains auteurs déduisent le caractère absolu du principe de *dignité* du fait que le Conseil constitutionnel considère que ce principe n'a pas à être concilié avec d'autres<sup>1374</sup>. La CEDH dans l'affaire *Aydin c/Turquie* du 25 septembre 1997<sup>1375</sup>, rappelle que l'article 3 de la Convention qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants est un droit inconditionnel qui ne saurait subir d'exceptions. Ce caractère indérogeable est encore mentionné à l'article 15§2. L'article 3 est d'ailleurs rattaché au principe de *dignité* dans un arrêt *Ribitsch c/Autriche* du 4 décembre 1995<sup>1376</sup>. Dans cette

---

<sup>1373</sup> « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat ».

<sup>1374</sup> MATHIEU B. La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? *Dalloz* 1996, chron., p. 282. L'auteur interprète ainsi la décision 94-343-344 DC du 27 juillet 1994.

<sup>1375</sup> CEDH 25 septembre 1997, *Aydin c/Turquie*, *Dalloz* 1998, som. com. P. 205, observations RENUCCI J.F. ; *JCP* 1998, I, 107, observations SUDRE F.

<sup>1376</sup> CEDH 4 décembre 1995, *Ribitsch c/Autriche* série A n°336, *Dalloz* 1997, som. com., p. 202, observations RENUCCI J.F.

décision la Cour européenne décide que l'usage de la force peut être constitutif d'une atteinte à la *dignité humaine* et en principe d'une violation de l'article 3 de la Convention.

Il est possible de contredire cet argument. Dans l'affaire *Ribitsch c/Autriche*, la Cour juge que porte atteinte à l'article 3, l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de la personne contre qui elle est exercée. L'utilisation de l'article 3 est soumise, concernant les violences, à des conditions restrictives. Les mêmes violences, pourraient, si elles étaient justifiées par le comportement de l'individu, ne pas constituer des traitements inhumains et dégradants portant atteinte à la *dignité de la personne humaine*. La Cour admet que le principe de *dignité* puisse être restreint en raison de certaines circonstances qu'elle définit. On peut parler à ce propos d'interprétation restrictive du principe en question. Tout principe est sujet à interprétation. Cette opération induit nécessairement une certaine flexibilité, même s'il faut admettre qu'elle peut être très mince. Le seuil de flexibilité varie en fonction des principes et cette variation peut avoir des conséquences sur l'autorité des principes.

#### b) La variation du seuil de flexibilité

**253.** Le seuil de flexibilité a pour fonction de déterminer l'autorité normative du principe. Plus le principe tolère d'exceptions, plus il voit son autorité diminuer. On se rend compte alors que la flexibilité, caractère indispensable du principe, peut aussi conduire à son déclin. Le niveau élevé du seuil de flexibilité peut entraîner une disqualification d'un principe directeur en simple « règle de principe » (1), ou encore expulser le principe du champ du droit positif (2).

##### 1) Seuil de flexibilité et nature de la norme

**254. Principes juridiques et règles de principe.** Cette distinction repose sur l'idée suivante : le principe juridique supporte des applications dérogatoires pour éviter un dogmatisme trop important. L'intervention systématique et irréfléchie du principe conduirait à la domination arbitraire d'une norme qui pourrait aboutir à des conséquences absurdes, voire injustes. Toutefois, le **principe** incarne une finalité sociale qui doit être mise en œuvre et respectée. Les dérogations au principe doivent être justifiées et présenter un caractère exceptionnel. À l'inverse, la **règle de principe** est celle qui est posée comme subsidiaire, applicable en l'absence de dispositions contraires. Elle a vocation à régir les situations juridiques par défaut, c'est à dire, lorsqu'aucune autre norme n'intervient. Les dérogations à la règle de principe sont *a priori* légitimes. Elles ne portent pas atteinte à cette règle dont la présence ne s'explique que par la nécessité de combler un vide juridique.

Cette distinction entre principes juridiques et règles de principe est présente chez différents auteurs sous des appellations diverses et selon des critères différents. La doctrine publiciste évoque l'existence d'une catégorie de « *principes généraux simples* » dont la valeur est supplétive<sup>1377</sup>. Contrairement aux principes généraux du droit traditionnels, ces normes ne s'appliquent qu'à défaut de règle contraire. Le pouvoir réglementaire peut y déroger alors qu'il demeure soumis au respect des principes généraux du droit.

En droit privé, le Professeur MORVAN dévalorise le concept de règle de principe. Pour lui, la règle de principe « *est d'une banalité totale* » et ne présente pas « *la moindre spécificité* ». Elle doit donc se distinguer nettement du principe<sup>1378</sup>. D'où vient cette

<sup>1377</sup> Cité par BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°91, p. 103.

<sup>1378</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, n°335, p. 295.

« banalité » de la règle de principe ? Selon l'auteur la règle de principe n'existe pas indépendamment de son ou de ses exceptions. Toute règle de droit subit une exception. C'est cette relation principe / exception qui donne à l'une des deux règles le qualificatif de règle de principe. Cette relation est tout à fait quelconque et n'illustre pas le phénomène des principes juridiques.

En droit processuel, le professeur ROUHETTE établit une distinction entre les principes généraux de la procédure et les « règles générales de procédure »<sup>1379</sup>. Les principes généraux de la procédure, ayant valeur supra-règlementaire, les exceptions à ces principes sont possibles mais demeurent réservées à la compétence législative. Les « règles générales de procédure » ne bénéficient pas de ce statut privilégié et peuvent plier sous l'effet de dispositions réglementaires dérogatoires.

La distinction principe / règle de principe emprunte à chacune de ces présentations. S'il existe une divergence entre principes directeurs et règles de principe, elle réside dans le fait que les premiers s'imposent par nature sur les règles techniques, alors que la vocation des secondes est de céder devant toutes les règles techniques. Face à ces deux types de normes, le juge ne peut avoir la même attitude.

**255. Une application jurisprudentielle ambivalente.** Les magistrats, lorsqu'ils se trouvent dans la situation d'appliquer une règle de principe, doivent se demander s'il existe une règle technique applicable à l'espèce. Dans l'affirmative, ils écartent la règle de principe et appliquent l'exception. Si les mêmes juges se trouvent face à un principe directeur et à une règle qui le contredit, leur attitude doit être différente. De façon théorique, les juges doivent se demander si l'exception est en deçà ou au-delà du seuil de flexibilité du principe. Dans la première hypothèse, ils vont faire prévaloir l'exception sur le principe. Dans le second cas, l'exception devra être écartée pour avoir dépassé le seuil de flexibilité.

Si le principe prévaut sur l'exception dans la décision des juges, on peut en déduire que le seuil de flexibilité interdit ce type d'exception. A titre d'exemple, en matière d'atteinte à la *liberté d'aller et de venir*, on doit considérer que la garde à vue est une exception tolérée par les textes du Code de procédure pénale<sup>1380</sup>. Par contre, la chambre criminelle a décidé que la police ne peut retenir en garde à vue une personne qui n'a commis aucune infraction et qui n'est pas soupçonnée d'en avoir commise<sup>1381</sup>. En matière de garde à vue, le seuil de flexibilité du principe de *liberté* est donc défini par les soupçons qui pèsent sur la personne retenue. S'il existe des indices laissant croire à la commission de l'infraction, l'atteinte à la *liberté* est possible. Au-delà de ce seuil, elle devient prohibée<sup>1382</sup>. La juridiction ne fait pas allusion au seuil de flexibilité mais elle le définit implicitement.

En ce qui concerne la règle de principe, ce seuil est indéfinissable. Toute exception est susceptible de le faire reculer. La flexibilité de la règle de principe est telle qu'il n'existe aucune limite à la croissance des exceptions. On peut prendre l'exemple de la règle de

<sup>1379</sup> ROUHETTE G. L'ordre juridique processuel, réflexions sur le droit du procès, *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 687.

<sup>1380</sup> Articles 63 et suiv. C.pr.pén.

<sup>1381</sup> Cass. crim. 5 janvier 1973, *Dalloz* 1973, juris., p. 541, note ROUJOU DE BOUBEE G. La solution a été reprise depuis la loi du 24 août 1993 qui a modifié l'article 63 al 2 C.pr.pén. ainsi : « les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucun indice faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps nécessaire à leur déposition ». La loi du 15 juin 2000 a généralisé cette solution en modifiant dans le même sens l'article 62 C.pr.pén.

<sup>1382</sup> Avec la loi du 4 mars 2002, le critère du placement en garde à vue a changé. Il s'agit désormais de « raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis une infraction ». Loi n°2002-307 du 4 mars 2002, article 2 modifiant les articles 66, 77 et 154 du Code de procédure pénale.

principe qui détermine la compétence *ratione loci* des juridictions françaises. Cette règle est exprimée dans le nouveau Code de procédure civile en tête du chapitre relatif à la compétence territoriale à l'article 42 al 1 : « *la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur* ». La nature de règle de principe ne tient pas à la locution « *sauf disposition contraire* ». Certains principes possèdent dans leur définition une telle expression. Les dispositions qui suivent l'article 42 al 1 sont autant de dérogations à cette règle, en matière immobilière, de succession, de responsabilité délictuelle, d'obligation alimentaire ou de contribution aux charges du mariage... Il est même possible, entre commerçants, de prévoir des clauses attributives de compétence dans un contrat<sup>1383</sup>. L'article 42 al 1 est un exemple topique de règle de principe. Un texte, même de nature contractuelle, peut conduire à en écarter l'application. De même, une disposition extérieure au nouveau Code de procédure civile peut encore déroger au principe. C'est le cas en matière de droit du travail : l'article R-517-1 du Code du travail prévoit un certain nombre de règles de compétence propres à la matière. L'alinéa 1 indique ainsi que : « *le Conseil de prud'hommes territorialement compétent pour connaître d'un litige est celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est effectué le travail* ».

La distinction principes directeurs et règles de principe semble assez nette. Encore une fois, sa mise en œuvre n'est pas de la plus grande évidence et elle ne déborde pas le cadre de la réflexion doctrinale. En effet, la jurisprudence ne la reprend pas à son compte et nomme « principe » des normes qui ne sont que des règles de principe, parfois même de simples exceptions à ces règles. Par exemple la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu envisager que l'article 46 al 2<sup>1384</sup> dérogeait « *au principe général de compétence édicté par l'article 42* »<sup>1385</sup>. Selon cet arrêt, on devrait considérer que la compétence du tribunal du défendeur relève d'un « *principe général* ». Existerait-il alors un seul principe de compétence et un ensemble d'exceptions ? La jurisprudence n'est pas aussi précise. Dans un autre arrêt la première chambre civile vise « *les principes régissant la compétence territoriale des juridictions de l'ordre judiciaire* »<sup>1386</sup>. Il y aurait donc plusieurs principes de compétence. Devrait-on considérer que toute règle de compétence définit un principe ? Une telle attitude conduirait à vider la notion de principe de son sens. On peut d'ailleurs ajouter qu'en matière de compétence territoriale, les règles internes doivent encore se concilier avec « *les principes qui régissent la compétence juridictionnelle internationale* ». Cette solution ressort d'une décision de la première chambre civile<sup>1387</sup> qui considère que « *toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux* ». Les multiples règles de compétence du droit interne se conjuguent avec celles du droit international privé pour former un ensemble de règles purement techniques adaptées à chaque cas particulier et au sein desquelles il paraît bien délicat de dégager un principe directeur.

---

<sup>1383</sup> Article 48 nouv.C.pr.civ.

<sup>1384</sup> Cette disposition prévoit qu'« *en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service* » peut être saisie par le demandeur.

<sup>1385</sup> Cass. com. 6 décembre 1988, pourvoi n°86-19.670.

<sup>1386</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 24 février 1993, *Bull. civ.*, n°83. Sont visés dans les motifs de l'arrêt, la compétence du juge des tutelles de l'article 1211 nouv.C.pr.civ. et le principe selon lequel la juridiction compétente pour examiner un appel ou un recours est celle dans le ressort duquel se trouve la juridiction qui a rendu le jugement ou l'ordonnance attaquée.

<sup>1387</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 6 février 1985, *Bull. civ.*, n°55.

La distinction entre principes et règles de principe nécessite donc de se libérer dans un premier temps des appellations jurisprudentielles pour adopter un critère théorique et doctrinal. Le seuil de flexibilité peut contribuer à la définition de ce critère. Il permet aussi d'évaluer la positivité d'un principe.

## 2) *Seuil de flexibilité et positivité du principe*

**256. Les principes latents.** Un phénomène peut se produire sous l'effet du recul du seuil de flexibilité. Il s'agit de la perte de la positivité d'un principe. Il faut admettre, pour comprendre cette conséquence de la flexibilité, que tous les principes directeurs ne sont pas dans le droit positif. Il existe des normes qui gouvernent, influencent, dirigent les règles juridiques du procès tout en étant extérieures au monde du droit positif. Le principe existe, mais il n'est pas consacré positivement. Il a perdu cette consécration ou il ne l'a pas encore acquise. Il s'agit du « principe latent » du droit processuel.

L'identification de ces principes latents peut être faite sur la base de deux critères. Le premier relève de l'absence de consécration du principe dans une formule générale et abstraite. Le principe n'est pas inscrit dans un texte et la jurisprudence se refuse à le reconnaître. Le second critère réside dans le fait que le principe, tout en trouvant un certain nombre d'applications concrètes en droit processuel, subit aussi de nombreuses atteintes. Il présente ainsi une telle flexibilité que sa positivité ne peut être clairement affirmée.

**257. La collégialité, principe latent.** Pourquoi alors parler de principe à propos de normes n'appartenant pas au système juridique ? Le plus souvent, c'est la doctrine qui adopte cette appellation. L'exemple le plus illustratif est celui du principe de *collégialité* dans la composition des juridictions. Le principe n'est pas énoncé en tant que tel en jurisprudence. Certains arrêts font référence à la *collégialité* de l'organe juridictionnel comme une garantie d'*impartialité*. On prendra l'exemple d'un arrêt de la chambre criminelle rendu en 1993 à propos du cumul des fonctions de juge d'instruction et de jugement du juge des enfants. Dans cette décision, la Cour de cassation décide que « *le risque objectif de partialité qui pourrait résulter (du cumul des fonctions) est compensé par la présence de deux assesseurs délibérant collégalement en première instance...* »<sup>1388</sup>. La jurisprudence n'ignore pas la *collégialité* en tant que règle de droit applicable en l'espèce devant le Tribunal pour enfants ; néanmoins, elle n'élève par cette règle au rang des principes généraux ou principes directeurs. Les textes n'éprouvent pas plus de considération à son égard. On ne trouve aucune formule générale dans les Codes de procédures civile et pénale. Dans le Code de l'organisation judiciaire, l'article L 311-6 prévoit tout de même que « *le Tribunal de grande instance statue en formation collégiale. / Toutefois, sous réserve des règles fixées par le Code de procédure pénale, il statue à juge unique dans les cas et conditions définis aux articles L 311-10 à L 311-12 ci-dessous* ». L'article 311-6 n'a pas la dimension d'un principe. Son application est cantonnée à la composition du Tribunal de grande instance et la jurisprudence n'a procédé à aucune induction amplificatrice comme elle a pu le faire pour la *séparation des fonctions*<sup>1389</sup>. Le recours aux dispositions relatives à la composition de la Cour d'appel ne sont, encore une fois, d'aucun secours. L'article L 212-2 ne fait même pas allusion à la notion de *collégialité*. Il dispose qu'« *en toute matière, les arrêts sont rendus par trois magistrats au moins, président compris* ». De son côté, le Code de procédure pénale prévoit à l'article 510 que « *la chambre des appels correctionnels est composée d'un président et de deux conseillers* ».

<sup>1388</sup> Cass. crim. 7 avril 1993, *Bull. crim.*, n°152 ; *JCP* 1993, II, 22151, note ALLAIX M ; *Droit pénal* 1993, n°6, commentaire n°148, note MARON A.

<sup>1389</sup> Cf. sur le mécanisme d'induction *supra* n°201 et suiv.

Peut-on, à partir de ces dispositions éparses, évoquer l'existence d'un principe de *collégialité* ? La réponse semble équivoque. Cependant, une grande partie de la doctrine fait allusion à ce principe. Pour M. VILLACEQUE « *le principe de la collégialité (est) posé par l'alinéa première de l'article 311-6 C. org. jud.* »<sup>1390</sup>. Le rapport COULON sur la réforme de la procédure civile parle, à propos de la collégialité des juridictions d'appel d'un « *principe réaffirmé* »<sup>1391</sup>. Mais la *collégialité* subit des atteintes de plus en plus importantes ; certains auteurs se plaignent de la « *disparition du principe de la collégialité* »<sup>1392</sup> alors même que dans une thèse récente, un autre affirme que les exceptions n'ont pas encore suffi à ce que le principe de *collégialité* soit supplanté par celui du *juge unique*<sup>1393</sup>. Une petite partie de la doctrine reste prudente, voire dubitative. Si certains évoquent simplement la « *collégialité* » sans la qualifier de règle ou de principe<sup>1394</sup>, d'autres parlent de « *système de la collégialité* »<sup>1395</sup> ou encore de « *la règle de la collégialité* »<sup>1396</sup>. Il est inutile d'aller plus loin dans cet exposé pour constater que si les auteurs sont partagés, nombre d'entre eux acceptent de ranger la *collégialité* dans la catégorie des principes. Cet engouement en faveur de la *collégialité* contraste avec une autorité décroissante de cette forme de composition des juridictions en droit positif.

Jusque dans les années 1970, on peut affirmer que la *collégialité* dominait la composition des juridictions de jugement. Cela n'était certes pas le cas au stade de la mise en état. En revanche, Tribunal de grande instance, Cour d'appel, Cour de cassation, juridictions spécialisées (prud'hommes, tribunaux de commerce) siégeaient et délibéraient collectivement. La première brèche dans le système *collégial* date d'une loi du 10 juillet 1970 qui a introduit la possibilité pour le président du Tribunal de grande instance de décider, en matière civile, qu'une affaire sera jugée à juge unique. Cette initiative fut suivie, en matière pénale par une loi du 29 décembre 1972. Il s'agissait de laisser au président du Tribunal de grande instance la possibilité de renvoyer l'affaire devant un juge unique pour certaines infractions spécifiques<sup>1397</sup>. La formule connut un certain succès au point que le législateur tenta de la généraliser à toutes les infractions (sauf en matière de presse) en 1975. Dans sa

<sup>1390</sup> VILLACEQUE J., Le Tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques, *Dalloz* 1995, chron., p. 317.

<sup>1391</sup> COULON J.M. *Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport au garde des sceaux*, La documentation française, Paris, 1997, p. 39. Certains auteurs vont plus loin, ainsi le Professeur CADIET affirme que « *la collégialité des juridictions est le principe : la décision ne peut être rendue que si un certain nombre de juges, trois en général, a assisté aux débats et participé au délibéré* ». CADIET L, *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 1998, p. 80, n°151.

<sup>1392</sup> CROCQ P. Le droit à un tribunal impartial, in, *Libertés et droit fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 397.

<sup>1393</sup> DOST C. *Collégialité et juge unique dans le droit judiciaire français*, thèse, Bordeaux, 1999, citée par PUTMAN E., *RTD civ.* 2000, p. 216.

<sup>1394</sup> BAILLY P. La collégialité est-elle morte ? *Gaz. Pal.* 1996, 1, doct, p. 209 ; BAUDOUIN J.M. La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ? *Réflexions sur un exercice d'école*, *RTD civ.*, 1992, p. 532.

<sup>1395</sup> NERAC PH. Les garanties d'impartialité du juge répressif, *JCP* 1978, I, 2890.

<sup>1396</sup> STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B. *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 17<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 19, n°22.

<sup>1397</sup> Il s'agissait des délits en matière de chèque, de ceux commis à l'occasion de la circulation routière et en matière de coordination des transports, des délits prévus par le Code rural en matière de chasse et de pêche. (ancien article 398-1 C.pr.pén.).

décision *juge unique*, du 23 juillet 1975<sup>1398</sup>, le Conseil constitutionnel devait censurer ce processus au nom du principe d'*égalité devant la justice*. Le juge unique n'était pas en lui-même l'objet de la censure et le Conseil ne fit aucune allusion à un principe de *collégialité*. Après vingt ans d'attente, le juge unique est réapparu dans un nouvel article 398-1 du Code de procédure pénale modifié par la loi du 8 février 1995<sup>1399</sup>. Désormais, la compétence du juge unique en matière correctionnelle ne relève plus de l'appréciation discrétionnaire du président du Tribunal mais dépend de la loi. Le Code prévoit qu'un certain nombre de délits mentionnés dans le Code, seront jugés à juge unique. Cette fois, la loi est sortie indemne du contrôle de constitutionnalité.

Par ailleurs, tout au long de ces années, se sont multipliés les juges uniques possédant une compétence spécialisée. Il s'agit du juge aux affaires familiales, qui remplace depuis 1993 le juge aux affaires matrimoniales créé par la loi du 11 juillet 1975. Ce juge est désormais compétent pour statuer seul sur tous les cas de divorce. Le juge civil compétent en matière d'accidents de la circulation est encore un juge unique, de même que celui qui accorde l'*exequatur* des décisions judiciaires rendues à l'étranger, ou encore qui se prononce sur la vente de biens appartenant à des mineurs<sup>1400</sup>. Au-delà de la décision sur le fond, la fonction de juge de l'exécution instituée par la loi du 9 juillet 1991 est exercée par le président du Tribunal de grande instance ou l'un de ses délégués. La *collégialité* subit encore des atteintes dissimulées par l'institution d'un juge rapporteur devant les juridictions de droit commun<sup>1401</sup>. Ce juge peut officier en toutes matières devant le Tribunal de grande instance et seulement pour les procédures sans représentation obligatoire devant la Cour d'appel. Le magistrat chargé d'instruire l'affaire peut, à condition de ne pas rencontrer l'opposition des parties, « *tenir seul l'audience pour entendre les plaidoiries. Il en rend compte à la Cour dans son délibéré* ». Le juge ou le conseiller rapporteur instruit donc seul l'affaire, l'audience se déroule encore à juge unique, et ce n'est que lors de la phase des délibérés que la *collégialité* retrouve ses droits<sup>1402</sup>.

L'ensemble de l'évolution légale va dans le sens d'un retrait progressif de la composition collégiale. Tout juste, pourra-t-on apercevoir un léger retour en arrière opéré par la loi du 23 juin 1999 qui limite la compétence du Tribunal correctionnel statuant à juge unique lorsqu'un délinquant récidiviste encourt, du fait de la récidive, une peine supérieure à cinq années d'emprisonnement. Cette loi autorise aussi le juge unique à se dessaisir d'un dossier au profit d'une formation collégiale en raison de la complexité des faits. Les derniers remparts de la complexité des faits et de la gravité des peines encourues maintiennent encore la *collégialité* dans un cadre restreint. Par ailleurs, la pluralité de magistrats est d'application quasi-généralisée devant les Cours d'appel.

---

<sup>1398</sup> Décision du 23 juillet 1975 75-56 DC, *Rec.* p. 22 ; *JCP* 1975, II, 18200, note FRANCK C. ; *Dalloz* 1977, *juris.*, p. 629, note HAMON L. LEVASSEUR G.. *RDP* 1975, p. 1313, observations FAVOREU L.

<sup>1399</sup> Sur cette loi, notamment : LE GUNEHÉC F. Commentaire des dispositions pénales de la loi du 8 février 1995 : réformatives, réformes d'ampleur et occasions manquées, *JCP* 1995, I, 3864 ; MENABE J.P. Premières réflexions sur les dispositions de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation judiciaire, *ALD* 1995, p. 41.

<sup>1400</sup> Articles 311-11 et 311-12 C. org. jud.

<sup>1401</sup> Article 786 nouv.C.pr.civ. pour le Tribunal de grande instance et article 945-1 nouv.C.pr.civ. pour la Cour d'appel.

<sup>1402</sup> M COULON estime à ce titre que la technique du juge rapporteur relève d'une instauration détournée de juges uniques spécialisés. COULON J.M. Les évolutions possibles de la procédure civile, *Gaz. Pal.* 1996, 2, doct., p. 1000.



La question qu'il faut résoudre est celle de savoir si la *collégialité* constitue un principe directeur du procès judiciaire. En droit positif, un grand nombre de juridictions continuent à siéger collégalement. Le principe présente donc une certaine généralité dans le domaine d'application. De même, la continuité caractérise cette norme même si elle perd peu à peu de son autorité. Toute la difficulté réside dans la trop grande flexibilité de la règle. Ce caractère est nécessaire à l'identification d'un principe mais, d'un autre côté, il peut entraîner son déclin. Si les exceptions se multiplient, le principe peut être conduit à se retirer du droit positif dans sa qualification de principe. La norme demeure simplement à travers quelques règles techniques. Est-ce le cas du principe de *collégialité* dont les applications sont de plus en plus réduites ?

L'indice le plus marquant de l'inexistence du principe de *collégialité* au sein du droit positif tient au fait qu'il n'est pas consacré explicitement, en tant que principe, dans un texte ou dans une décision jurisprudentielle. Seule une partie de la doctrine accepte de lui reconnaître le qualificatif de principe. Toutefois, cette situation est partagée par d'autres principes. On peut évoquer à ce titre le principe de *coopération* qui n'est pas formellement visé dans le nouveau Code de procédure civile. Ce principe inspire pourtant largement le Code et notamment les treize premiers articles des « *dispositions liminaires* ». Il ne faut donc pas pêcher par excès de formalisme et refuser de reconnaître la qualité de principe à une norme qui en présente les caractères. Le principe de *collégialité* a pu exister en droit positif jusqu'aux premières réformes qui l'ont mis en péril. Aujourd'hui, il semble que la flexibilité de la composition collégiale des juridictions ait pour effet de reléguer cette norme au rang des principes latents du droit processuel.

**258. Les principes latents, des normes non juridiques.** On retrouve dans le concept de principe latent la division qui a été exposée plus haut entre normes juridiques et normes sociales<sup>1403</sup>. KELSEN, dans son ouvrage posthume<sup>1404</sup>, consentait à dire que les principes de la morale et de la politique sont incarnés par des normes positives en ce sens que les normes positives sont conformes au contenu de ces principes. Ce constat n'entraîne pas automatiquement la positivité du principe moral ou politique. ESSER développait dans ce sens une « théorie de la transformation » selon laquelle certaines normes positives ne seraient que des principes moraux ou politiques transformés<sup>1405</sup>.

Cette transformation se retrouve dans le monde des principes directeurs. La valeur d'*impartialité*, norme sociale, se transforme logiquement en principe d'*impartialité*, norme juridique. Le phénomène peut se produire dans l'autre sens. Un principe juridique peut retrouver, sous le coup de réformes successives, sa place parmi les normes sociales. Ce phénomène se produit notamment lorsque le principe subit un recul important de ses applications positives. On le constate avec le principe de *collégialité*. La flexibilité de ce principe semble prendre une ampleur telle qu'il en est réduit à disparaître du champ juridique sans perdre pour autant sa normativité. Ce principe rejoint les normes sociales et présente désormais un état latent. Il n'est pas visible en tant que tel dans le droit positif mais y possède tout de même des applications concrètes. La croissance du seuil de flexibilité peut donc avoir une incidence sur la positivité d'un principe. Ce processus peut alors laisser apparaître un nouveau principe : celui du *juge unique*.

**259. Collégialité et juge unique, deux principes latents.** Si l'on consent à reconnaître à la *collégialité* la qualité de principe directeur à l'état de latence, on doit aussi consentir à conférer cette propriété au principe du *juge unique*. Le projet COULON de réforme de la

---

<sup>1403</sup> Cf. *supra*, n°42.

<sup>1404</sup> KELSEN H. *Théorie générale de la norme*, Paris, PUF, 1996, p. 154.

<sup>1405</sup> Cité par KELSEN, *ibid*, p. 157.

procédure civile<sup>1406</sup> affirme son objectif de « *poser clairement le principe du juge unique en première instance dans la partie législative du Code de l'organisation judiciaire* »<sup>1407</sup>. La proposition n'a pas encore été mise en œuvre et il semble que l'on devra attendre encore, avant de « *saluer l'apparition d'un principe nouveau d'unicité* »<sup>1408</sup>.

Cette réflexion est empreinte d'une vérité partielle. S'il est vrai que le principe d'*unicité du juge* n'est pas formalisé en droit positif, il faut au moins lui reconnaître le même statut qu'à celui de la *collégialité* : c'est à dire celui de principe latent du droit. Le mouvement opéré par ces deux principes est inverse. L'un tend à disparaître du droit positif alors que l'autre y fait son apparition. A l'heure actuelle, les deux normes ne vivent qu'à travers leurs applications techniques. La proposition de M. COULON est intéressante en ce qu'elle envisage de leur conférer une reconnaissance équivalente. La *collégialité* pourrait devenir officiellement le principe applicable et sanctionné devant les juridictions du second degré ; le *juge unique* se verrait réserver une compétence étendue devant les tribunaux. Les deux principes reconnus comme tels dans le droit positif seraient chacun susceptible de recevoir des exceptions : *collégialité* du tribunal de grande instance pour les affaires présentant une certaine complexité ou encourant des sanctions d'une certaine gravité ; *unicité* du conseiller rapporteur qui dispense la Cour d'appel de siéger collectivement dans certaines matières. La définition d'un nouveau champ d'application pour ces deux principes permettrait de faire reculer leur seuil de flexibilité de sorte qu'ils pourraient, l'un et l'autre, trouver une place en tant que principe, dans l'ordre du droit positif.

**260. Latence et pénétration dans le champ juridique.** L'état de latence n'est qu'un stade intermédiaire postérieur à l'expulsion d'un principe du champ du droit ou antérieur à la pénétration dans ce champ. Devant les juges du premier degré, la *collégialité* a été progressivement expulsée, en tant que principe, du droit positif. De son côté, le principe du *juge unique* n'est pas encore entré dans le champ juridique.

Si l'on veut trouver un exemple significatif de la pénétration d'un principe dans le droit positif, il faut se référer au principe de *dignité*. Sa pénétration, en tant que principe s'est opérée récemment même si nombre de ses aspects techniques existaient déjà. En droit processuel, la règle la plus apparente relative au principe de *dignité* est l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Cette interdiction, en tant que règle technique, existait avant la reconnaissance positive du principe. On date sa consécration de l'entrée en vigueur de la CESDH (1974) mais elle existe depuis l'abolition par Louis XVI de la *question préparatoire* par une ordonnance du 24 août 1780, et de la *question préalable* par un édit de 1788<sup>1409</sup>. On peut dire que le principe de *dignité* existait déjà à cette époque dans un état latent. De son côté, la jurisprudence européenne utilisait le terme de *dignité* pour déclarer non conformes à la Convention certaines sanctions pénales<sup>1410</sup>. En droit interne, le principe apparaît dans le Code civil en 1994. Il est repris par le Conseil constitutionnel lors

<sup>1406</sup> COULON J.M. *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, op. cit. p. 37. Cf.

<sup>1407</sup> Sur cette question, Cf. notamment, PERROT R. Brèves réflexions sur le rapport de M. J.M. COULON, *Procédures* 1997, n°4, p. 4 ; GARAPON A. Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des sceaux par J.M. COULON sur la réforme de la procédure civile, *Dalloz* 1997, chron., p. 69.

<sup>1408</sup> PUTMAN E. à propos de la thèse précitée de Mme DOST : Collégialité et juge unique dans le droit judiciaire français, *RTD civ.* 2000, p. 216.

<sup>1409</sup> STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B. *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 17<sup>ème</sup> éd., 2000, n°73, p. 57.

<sup>1410</sup> CEDH 25 avril 1978, *Tyner*, Série A, n°26. La Cour condamne l'île de Man pour l'utilisation de la peine de fustigation sous le visa de l'article 3 de la CESDH et considère que la protection de la *dignité* est l'un des buts principaux de cette stipulation avec la protection de l'*intégrité*.

de l'examen de la loi du 29 juillet 1994 sur le respect du corps humain. La *dignité* est alors qualifiée de « *principe à valeur constitutionnelle* »<sup>1411</sup>. Le Conseil d'Etat s'est prononcé en faveur de la reconnaissance peu de temps après<sup>1412</sup>. Tous les aspects de la *dignité* ne relèvent pas de la procédure mais il est surprenant de constater que, dans tous les domaines du droit, le principe a fait son apparition dans le même temps. Ce phénomène illustre surtout l'idée selon laquelle un principe peut ne pas exister d'un point de vue juridique tout en exerçant une influence sur les règles de droit jusqu'au jour où le système juridique l'intègre officiellement. Cette intégration peut aussi avoir lieu de façon implicite comme c'est le cas avec le principe de *coopération*. Même si aucun texte ne le consacre, ce principe a progressivement pénétré le droit interne sous l'effet d'une transformation du principe *dispositif*<sup>1413</sup>.

La flexibilité est donc essentielle pour caractériser un principe mais elle est aussi dangereuse car elle l'affaiblit. Un seuil trop élevé de flexibilité peut conduire à l'éviction du principe juridique. La flexibilité d'un principe doit donc être mesurée. Si la règle est trop rigide, elle n'est pas un principe, si elle est trop souple, elle n'est plus un principe. Cette réflexion souligne encore la difficulté qu'il y a à reconnaître l'existence d'un principe directeur au milieu des autres normes. La notion de flexibilité dépend d'ailleurs de très nombreux éléments. Ce sont les facteurs de flexibilité.

## § 2 : Les facteurs de flexibilité

**261.** L'origine téléologique des principes est le premier facteur de la flexibilité des principes directeurs. Plus la valeur ou l'utilité incarnée dans la norme est importante sur un plan social, plus l'autorité du principe est grande. Le principe en sera d'autant moins flexible. Plus précisément, il recevra d'autant moins d'applications dérogatoires. Cette analyse peut être affinée et l'on trouvera parmi des circonstances de droit (A) ou de fait (B) des raisons d'atténuer la portée normative d'un principe directeur.

### A) Les circonstances de droit et la flexibilité des principes directeurs du procès judiciaire

**262.** Les règles de droit ne poursuivent pas toutes des finalités identiques ou compatibles. Il est inévitable que certaines normes entrent en contradiction. Il est alors nécessaire de les concilier au besoin en jouant sur leur flexibilité. Dans cet ordre d'idées, les principes directeurs peuvent être conduits à céder devant des normes qui leur sont opposées (a). Une relation plus équivoque s'établit entre les principes directeurs et l'ordre public. Cette notion juridique peut tout autant diminuer l'autorité d'un principe qui lui est opposé et renforcer un autre qui en assure la protection (b).

<sup>1411</sup> CC 27 juillet 1994 343-344 DC, *Dalloz* 1995, juris., p. 237, note MATHIEU B, *Dalloz* 1995, som. com., p. 299, observations FAVOREU L.

<sup>1412</sup> C.E. ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-orge* et *Ville d'Aix-en-Provence*, *RFDA* 1995, p. 1204, conclusions FRYDMAN P. ; *AJDA* 1995, p. 878, observations STAHL J.H., CHAUVAUX D. ; *Dalloz* 1996, juris., note LEBRETON G. ; *RDP* 1996, p. 536, observations GROS M. et FROMENT J.C.

<sup>1413</sup> Cf. sur cette transformation, *supra* n°220 et suiv.

## a) L'opposition d'un principe directeur à une autre norme juridique

**263.** Le premier élément juridique qui peut venir troubler l'application d'un principe réside dans l'existence d'un autre principe qui lui est opposé. On trouve de même, dans le particularisme de certaines procédures, des raisons de se dérober à un principe directeur.

**264. La confrontation entre un principe directeur et un autre principe juridique.** Les principes directeurs peuvent être amenés à s'opposer entre eux dans la mesure où les finalités qui leur ont donné naissance se confrontent elles mêmes. Il faut alors les concilier. Cet effort nécessite des assouplissements inévitables dans la mise en œuvre de l'un des principes. Cette relation d'opposition sera développée plus loin<sup>1414</sup>. Un exemple suffira à l'évoquer.

Le principe du *double degré de juridiction* est une garantie d'*impartialité* et de qualité des décisions de justice. Mais le double examen au fond d'une affaire provoque un ralentissement de la procédure et impose de nouveaux délais aux parties. La résolution du litige s'en trouve retardée. L'existence même du *double degré de juridiction* limite l'autorité du principe de *célérité*. Pour autant, le droit processuel tente de concilier l'application de ces deux principes par des règles qui vont rétablir un certain équilibre. Tel est le cas de l'évocation<sup>1415</sup>. L'article 568 du nouveau Code de procédure civile permet à la Cour d'appel, lorsqu'elle est saisie « d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction ou d'un jugement qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance » d'étendre sa compétence et de se saisir aussi du fond de l'affaire pour lui donner une solution définitive. Ce mécanisme existe encore lorsque la Cour doit se prononcer sur une question de compétence. Si les juges s'estiment compétents relativement à la juridiction à laquelle doit être confiée l'affaire, ils peuvent se dispenser de la renvoyer devant les premiers juges et statuer sur le fond du litige. Facultative en matière civile, l'évocation devient obligatoire en matière pénale<sup>1416</sup>. *A priori*, l'évocation en matière pénale semble connaître un domaine limité : celui de la violation des formes prescrites par la loi. En réalité, la jurisprudence a étendu ce domaine<sup>1417</sup>. Le mécanisme de l'évocation permet à la Cour d'appel de juger un litige sur le fond en premier et dernier ressort. Il s'agit donc bien d'une dérogation au *double degré de juridiction*. L'intérêt de ce processus est gouverné par le souci d'accélérer l'issue du litige<sup>1418</sup>. C'est donc le principe de *célérité* qui inspire l'évocation et diminue ainsi la portée du *double degré de juridiction*.

Parfois, ce sont des principes extérieurs au droit processuel qui vont entrer en contradiction avec un principe directeur. Une première illustration est fournie avec le principe du *secret professionnel*. Ce principe traverse de nombreuses disciplines juridiques et s'impose à toutes les professions. La Cour de cassation en a fait une règle d'application « générale et absolue »<sup>1419</sup>. Le *secret professionnel* s'immisce dans la procédure et soumet certains principes directeurs à ses exigences. Il dispense la personne protégée par le *secret* de

<sup>1414</sup> Cf. *infra* n°310 et suiv.

<sup>1415</sup> MEURISSE R. Réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation, *Gaz. Pal.* 1964, 2, doct, p. 102.

<sup>1416</sup> Article 520 C.pr.pén. « Si le jugement est annulé pour violation ou omission non réparée de formes prescrites par la loi à peine de nullité, la Cour évoque et statue sur le fond ».

<sup>1417</sup> Sur le caractère illimité de l'évocation, Cf. Cass. crim. 16 février 1972, *Bull. crim.*, n°60. Cf. aussi pour des exemples d'évocation, CLEMENT G. L'appel voie de nullité en procédure pénale, *RSC* 1990, p. 260.

<sup>1418</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 1998, n°1619, p. 689.

<sup>1419</sup> Cass. crim. 8 mai 1947, *Dalloz* 1948, juris., p. 109, note GULPHE P.

contribuer à la manifestation de la vérité. En tant que tel, il permet de passer outre l'article 10 du Code civil<sup>1420</sup>. Il est aussi une entrave au principe de *coopération*. Les lettres échangées entre un avocat et son client n'ont pas à être produites en justice, à moins qu'elles ne constatent un accord entre les parties<sup>1421</sup>. Si l'une des parties veut produire une pièce qui porte atteinte au secret médical, cette pièce sera logiquement écartée des débats<sup>1422</sup>. Dans le même état d'esprit, la deuxième chambre a décidé de rejeter le témoignage d'un prêtre au cours d'une procédure de divorce au motif que les éléments qu'il apportait avaient été recueillis dans le secret de la confession<sup>1423</sup>. Le *secret professionnel* limite donc le principe de *coopération* en ce qu'il peut dispenser l'une des parties de produire en justice une pièce susceptible de porter atteinte au *secret*. Il constitue tout autant une transgression du principe du *contradictoire* en ce qu'il empêche l'une des parties de se prévaloir d'un document protégé par le *secret*. L'intrusion de ce principe juridique dans le procès n'est pas sans limite. Il ne résiste pas à l'exercice des *droits de la défense*. Un médecin poursuivi devant les juridictions répressives pour des faits commis à l'occasion d'un acte médical peut être autorisé à violer son secret pour se disculper<sup>1424</sup>.

Un autre principe extérieur au droit processuel peut intervenir dans le déroulement d'un procès. Il s'agit de celui de la *liberté de la presse*<sup>1425</sup>. Le *secret de la mise en état des affaires pénales* ne vise que les personnes qui concourent à la procédure notamment quand au respect de leur *secret professionnel*. Les journalistes ne sont donc pas, en principe, tenus par le secret et demeurent libres de diffuser toute information dont ils ont connaissance sur une enquête ou une instruction en cours. La *liberté de la presse* permet ainsi à des personnes extérieures à la procédure de porter atteinte au *secret de l'instruction*. Cette situation n'est pas inévitable car ce dernier principe est protégé notamment par l'infraction de recel de violation du secret de l'instruction. Cette infraction - qui entre dans la qualification générale de recel<sup>1426</sup> - permet de poursuivre un journaliste qui détient des documents couverts par le secret. Cette détention provient nécessairement d'une violation du *secret de l'instruction* par l'une des personnes qui y est tenue. Le journaliste possède donc logiquement une pièce qui provient d'un délit. Le recel de violation du secret de l'instruction rencontre de très vives critiques dans le monde du journalisme. Certains font remarquer que tous les journalistes recèlent chaque jour des documents, ou encore que « *receler des documents couverts par le secret est nécessaire au droit d'informer et d'être informé, sauf à cantonner la presse dans la reproduction de communiqués officiels et d'informations autorisées* »<sup>1427</sup>. Le conflit entre *liberté de la presse* et *secret de l'instruction* n'a pas connu, jusqu'à un récent arrêt de la chambre criminelle de la

<sup>1420</sup> Par exemple, la protection du secret professionnel au profit d'un établissement de crédit : Cass. com. 13 juin 1995, *Bull. civ.*, n°172, *RTD civ.* 1996, p. 166, observations MESTRE J.

<sup>1421</sup> CA Douai 15 juin 1956, *Dalloz* 1957, juris., p. 97, note CREMIEU L ; *JCP* 1956, II, 9512, note G.M.

<sup>1422</sup> CA Nancy 14 février 1952, *JCP* 1952, II, 7030, note COLOMBINI A. ; CA Grenoble 29 mai 1952, *Dalloz* 1952, juris., p. 729, note GIVORD F.

<sup>1423</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 23 avril 1966, *Dalloz* 1966, som. com., p. 113, *Bull. civ.*, n°476. Pour d'autres exemples, Cf. DAGOT M. La publicité de la justice et l'application des règles de fond accessoires au litige : diffamation et secrets, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1968, t. 16, fasc. 1, p. 309.

<sup>1424</sup> CA Douai 20 octobre 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 2, juris., p. 425 ; Cass. crim. 20 décembre 1967, *Bull. crim.*, n°338.

<sup>1425</sup> Ou encore « *liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées* » au sens de l'article 10 de la CESDH.

<sup>1426</sup> Article 321-1 al 1 C.pén. : « *Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit* ».

<sup>1427</sup> *Le monde* 4 juillet 1998, « Le juge et le journaliste », p. 14.

Cour de cassation, de solution uniforme tant les deux principes semblent légitimes. Aussi, dans le cadre de poursuites pour recel de violation du secret de l'instruction, les juridictions ne sont pas systématiquement entrées en voie de condamnation. Pour exemple, on citera deux décisions rendues par le Tribunal correctionnel de Paris. La première, en date du 10 septembre 1998 a condamné deux journalistes pour la publication d'un livre qui reproduisait le contenu de pièces relatives à une instruction en cours<sup>1428</sup>. La seconde, le mois suivant, visait des poursuites à l'encontre d'un journaliste qui avait fait état d'accusations portées contre le Ministère de la culture. Poursuivi pour diffamation, le journaliste produisait en justice des pièces extraites du dossier d'instruction qui établissaient la véracité de ces accusations. Fatalement, le chroniqueur fut poursuivi pour recel de violation du secret de l'instruction. C'est sur cette dernière qualification que le Tribunal de grande instance de Paris relaxait, le 2 octobre 1998, le journaliste, se fondant sur les *droits de la défense* et sur la *liberté d'expression* de l'article 10 de la CESDH. Ce dernier principe « exige également de permettre au journaliste, d'accomplir pleinement sa mission, et de pouvoir en répondre, le cas échéant, devant un tribunal, sans s'exposer à une poursuite du seul fait de l'exercice de sa défense »<sup>1429</sup>. Encore une fois, il semble que ce soit avant tout les *droits de la défense*, plus que la *liberté d'expression* qui soient à l'origine de cette décision. Le 13 février 1999, la même juridiction condamnait un journaliste pour recel de violation du secret de l'instruction, alors que celui-ci avait été interpellé en possession de nombreuses pages de procès-verbaux de police photocopiés. Ce dernier expliquait qu'il avait obtenu ces documents de plusieurs informateurs liés de près ou de loin à l'instruction et il ne pouvait bénéficier de l'excuse tirée des *droits de la défense*<sup>1430</sup>. Le conflit entre *secret de l'instruction* et *liberté de la presse* a été résolu par un arrêt du 19 juin 2001<sup>1431</sup> en ce qui concerne l'infraction de recel de violation du secret de l'instruction. Condamnés pour avoir divulgué des informations provenant d'un dossier d'instruction, deux journalistes se prévalaient de l'article 10 de la CESDH comme fait justificatif<sup>1432</sup> pour écarter leur responsabilité pénale. La Cour de cassation a rejeté cet argument en décidant que « les impératifs de protection des droits d'autrui, au nombre desquels figure la présomption d'innocence par la préservation d'informations confidentielles, ainsi que par la garantie de l'autorité de l'impartialité du pouvoir judiciaire » justifiaient la condamnation des journalistes pour violation du secret de l'instruction au regard de l'article 10 de la CESDH.

Il n'est pas certain que cette attitude répressive visant à protéger le *secret de l'instruction* au détriment de la *liberté de la presse* soit conforme à la jurisprudence de la CEDH. Dans l'arrêt *Sunday Times c/ Royaume uni*<sup>1433</sup>, la Cour avait à se prononcer sur l'interdiction faite à un journal de publier des pièces couvertes par le secret d'un procès civil en cours. Elle décidait que les restrictions à la *liberté d'expression* ne se justifiaient pas en l'espèce et concluait à la violation de l'article 10 de la CESDH. De même, en 1990, dans un arrêt *Weber c/ Suisse*, elle décidait que la condamnation d'un journaliste pour violation du *secret de l'instruction* était contraire à l'article 10 de la CESDH<sup>1434</sup>. En 2000, la CEDH

<sup>1428</sup> TGI Paris 17<sup>ème</sup> chambre, 10 septembre 1998, *Droit pénal 1998*, n°11, com. n°144, p. 9, observations VERON M.

<sup>1429</sup> TGI Paris 17<sup>ème</sup> chambre, 2 octobre 1998, *JCP 1998*, II, 10189, note DERIEUX E.

<sup>1430</sup> TGI Paris 17<sup>ème</sup> chambre, 13 février 1999, cité par *Le monde*, « Le journaliste Philippe Palat a été condamné pour recel de violation du secret de l'instruction », 16 février 1999, p. 11.

<sup>1431</sup> Cass. crim. 19 juin 2001, *Dalloz 2001*, juris., p. 2538, note BEIGNIER B., DE LAMY B.

<sup>1432</sup> Il s'agirait ici de l'autorisation de la loi.

<sup>1433</sup> CEDH 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume Uni*, série A, n°30.

<sup>1434</sup> CEDH 22 mai 1990, *Weber c/ Suisse*, série A, n°177.

adoptait une solution plus nuancée dans un arrêt *Du Roy et Malaurie c/France*<sup>1435</sup>, à propos de l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 qui interdit de publier, avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de partie civile. Dans cette affaire, la Cour a d'abord rappelé sa jurisprudence selon laquelle « *les journalistes qui rédigent des articles sur des procédures pénales en cours doivent ne pas franchir les bornes fixées aux fins de la bonne administration de la justice et respecter le droit de la personne mise en cause d'être présumée innocente* »<sup>1436</sup>. Elle observe ensuite que l'atteinte à l'article 10 de la CESDH constituée par l'interdiction de publication des constitutions de parties civiles est générale et absolue ; que des mécanismes protecteurs des droits des personnes résultent notamment des articles 9-1 du Code civil et 11 du Code de procédure pénale. En conclusion, elle estime que l'interdiction édictée par la loi du 2 juillet 1931 viole l'article 10 de la Convention. La portée de cet arrêt est donc celle d'une conciliation nécessaire entre *secret de l'instruction* et *liberté de la presse*. Si les journalistes ne peuvent franchir certaines limites dans l'exercice de leur liberté, le *secret de l'instruction* ne peut, quant à lui, recevoir une protection absolue. Dans certaines hypothèses, ce principe directeur doit faire preuve de flexibilité et concéder du terrain à un principe extérieur au procès. Cette flexibilité se retrouve en présence de procédures particulières.

**265. Le principe directeur se trouve confronté à une norme technique particulière.**

Les principes directeurs ont pour vocation première de trouver application dans les procès qui se déroulent devant les juridictions de droit commun. Il peut s'agir de l'ensemble des juridictions pénales ou civiles. Qu'en est-il, dès lors, des procédures conduites dans des disciplines particulières comme le droit de la concurrence ou le droit fiscal ? Le jugement des litiges afférents à ces disciplines dépend d'autorités distinctes des juridictions civile et pénale.

Le contentieux de la concurrence relève tout autant du droit judiciaire, puisqu'il s'agit de poursuivre les pratiques anticoncurrentielles, que du contentieux administratif, dans la mesure où les entreprises se trouvent confrontées à une administration<sup>1437</sup>. Une autorité administrative indépendante juge en premier ressort de ces litiges - le Conseil de la concurrence - dont l'appel des décisions est confié à la Cour d'appel de Paris. Certains principes, tel le *double degré de juridiction*, peuvent être partiellement ignorés dans la procédure. Les agents chargés de la poursuite des infractions au droit de la concurrence peuvent être amenés à solliciter du juge judiciaire l'autorisation de procéder à des visites domiciliaires ou saisies de documents. Logiquement, une autorisation de la part des juges devrait conduire à l'ouverture d'un recours au fond en application du principe du *double degré de juridiction*. Tel n'est pas le cas puisque l'article 48 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 prévoit que cette décision « *n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le Code de procédure pénale* ». Jacques HERON critiquait ce particularisme procédural non seulement au regard du contournement du droit d'appel, mais surtout en raison de la négation du *contradictoire*. L'effet de surprise commande que la décision d'autorisation des mesures attentatoires à l'*intimité de la vie privée* soit prise en l'absence de la personne poursuivie. Cette dernière n'a pas été entendue en première instance, elle se voit refusée la voie d'appel, il ne lui reste plus que le pourvoi en cassation. En conclusion, la personne poursuivie n'a pas accès, dans ces circonstances, à un examen au fond de sa prétention. Il s'agit bien d'une atteinte au principe du *contradictoire* et à celui des *droits de la défense*.

<sup>1435</sup> CEDH 3 octobre 2000, *Du Roy et Malaurie c/France*, 3<sup>ème</sup> section, requ. n°34000/96.

<sup>1436</sup> *Ibid.*, §34.

<sup>1437</sup> HERON J. Le particularisme procédural du contentieux de la concurrence, *Justices* 1997, n°6, p. 199.

La dérogation à un principe directeur fait parfois l'objet d'une reconnaissance explicite par la Cour de cassation. En matière d'audiovisuel, l'article 53 de la loi du 3 juillet 1985 exige que la preuve de la matérialité des infractions visées par la loi résulte de procès verbaux dressés par les officiers ou agents de police judiciaire ou des constatations d'agents assermentés désignés par le Centre national de la cinématographie. La Cour de cassation considère que « *cette disposition spéciale déroge au principe général énoncé par l'article 427 du Code de procédure pénale selon lequel les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve* »<sup>1438</sup>. En l'espèce, il s'agissait de poursuites à l'encontre d'une télévision pirate qui avait diffusé des films sans l'autorisation des titulaires des droits. Dans le cadre de cette procédure, le principe de la *liberté de la preuve* a été évincé au profit d'une disposition particulière limitant les éléments de preuve qui peuvent être rapportés.

La jurisprudence admet encore que le particularisme de la répression fiscale soit un facteur de flexibilité des principes procéduraux. Un huissier de justice avait été condamné par le juge judiciaire pour fraude fiscale. Pour n'avoir pas souscrit ses déclarations de revenu dans les délais légaux, l'administration fiscale avait aussi prononcé une pénalité à son encontre. L'huissier se fondait sur l'*autorité de la chose jugée* incarnée par la règle *non bis in idem* et consacrée par le protocole n°7 additionnel à la CESDH qui interdit qu'une personne soit jugée deux fois pour les mêmes faits. En raison de l'indépendance des procédures pénale et fiscale, la Cour de cassation rejetait le pourvoi et affirmait que le principe directeur « *n'interdit pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux sanctions infligées par le juge répressif* »<sup>1439</sup>. A travers l'indépendance des procédures, c'est bien le particularisme de l'action fiscale qui est souligné. Les Professeurs MERLE et VITU expliquent ainsi que « *le juge fiscal est le juge de l'imposition fiscale, tandis que le juge pénal est le juge de la fraude fiscale* »<sup>1440</sup>. Les deux types de sanctions n'ont pas la même nature et le principe de l'*autorité de la chose jugée* ne trouve pas à s'appliquer.

La flexibilité des principes peut donc dépendre des textes ou de la jurisprudence. L'opposition peut s'établir entre deux principes mais aussi entre un principe et une règle technique dont le particularisme justifie la dérogation. La relation de flexibilité présente une plus grande complexité lorsqu'elle résulte de la confrontation d'un principe directeur avec l'ordre public.

#### b) La relation entre un principe directeur et l'ordre public

**266. Ordre public substantiel et ordre public processuel.** L'ordre public est une notion insaisissable<sup>1441</sup> qu'il faut assurément classer parmi les notions juridiques. Il apparaît dans tous les domaines du droit et sous des aspects différents.

L'ordre public substantiel établit un lien entre un principe et la finalité incarnée par ce principe. Un auteur désigne ainsi sous le terme d'ordre public « *l'ensemble des règles perçues comme fondamentales* » par une communauté donnée<sup>1442</sup>. En conséquence, l'ordre

<sup>1438</sup> Cass. crim. 5 septembre 1989, pourvoi n°89-18.340.

<sup>1439</sup> Cass. crim. 20 juin 1996, *Dalloz* 1997, juris., p. 249, note TIXIER G. LAMULLE TH.

<sup>1440</sup> MERLE R. VITU A. *Traité de droit criminel, droit pénal spécial*, t. 2, 4<sup>ème</sup> Cujas, Paris, 1989, n°653, p. 511.

<sup>1441</sup> Sur l'ordre public en général, cf. notamment : REVET TH (sous la coordination de), *L'ordre public à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, Paris, 1996 ; POLIN R. (sous la direction de), *L'ordre public*, PUF, Paris, 1996 ; CATALA P. A propos de l'ordre public, in *Mélanges Draï*, Dalloz, Paris, 2000, p. 510.

<sup>1442</sup> VAN DER MEERSCH G. cité par SUDRE F. Existe-t-il un ordre public européen ? in *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous la direction de Tavernier P. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39.



public peut être conçu comme une « *notion fonctionnelle* » qui confère aux normes auquel il est attaché la « *particulière intensité de leur force obligatoire* »<sup>1443</sup>. La difficulté consiste dans la définition de son contenu. A première vue, l'ordre public n'a pas vocation à protéger des intérêts purement individuels. On devrait alors concevoir que les principes qui protègent les droits individuels ne sont pas d'ordre public. Ici encore, l'affirmation est trop rapide. « *Encadrement de la société, l'ordre public traduit le primat du collectif* » écrit un auteur<sup>1444</sup>. Telle est la première conception, celle d'une notion qui s'intéresse avant tout à la collectivité et délaisse les libertés ou les droits individuels. Toutefois le concept a évolué dans le sens d'une extension des intérêts publics vers les intérêts individuels. On voit apparaître dans l'ordre public le respect de l'intégrité physique ou de la *dignité* de la personne humaine<sup>1445</sup>. De même, la CEDH a eu l'occasion d'affirmer que la Convention européenne des droits de l'homme constituait un « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »<sup>1446</sup>. Dès lors, il apparaît qu'au niveau européen, les droits de l'homme, individuels s'il en est, doivent être considérés comme des normes intégrées dans l'ordre public.

L'ordre public processuel incarne lui aussi des valeurs fondamentales mais sa fonctionnalité diffère sensiblement. Jean VINCENT évoquait l'existence d'un « *ordre public procédural* »<sup>1447</sup> qui touche les règles de la procédure civile et leur confère une autorité telle que les parties ou le juge ne peuvent s'en éloigner. L'ordre public que l'auteur décrit est diffus. Lorsqu'il est attaché à l'action, il interdit aux parties de renoncer à leur droit d'action, ou au contraire enferme leur recours dans des délais rigoureux. Les règles de composition des juridictions ou de compétence sont d'ordre public en ce qu'elles s'imposent aux magistrats<sup>1448</sup>. L'ordre public possède aussi, en droit processuel, des fonctions tout à fait remarquables. Lorsque la règle de droit est d'ordre public, le juge peut soulever d'office le moyen tiré de sa violation<sup>1449</sup>. Cette prérogative est laissée au juge, que la règle visée soit de fond ou de forme<sup>1450</sup>. L'autre originalité processuelle concerne les nullités. En procédure pénale, l'article 802 du Code prévoit que la violation d'une règle textuelle ou substantielle ne peut entraîner la nullité de l'acte produit en justice qu'à condition de prouver l'atteinte « *aux*

<sup>1443</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, n°215, p. 190.

<sup>1444</sup> PLANTEY A. Définition et principes de l'ordre public, *in, L'ordre public*, PUF, Paris, 1996, p. 27.

<sup>1445</sup> *Ibid*, p. 37. Cette individualisation de l'ordre public s'observe dans de nombreux domaines juridiques. Cf. notamment, BENABENT A. L'ordre public en droit de la famille, *in, L'ordre public à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, Paris, 1996, p. 27.

<sup>1446</sup> CEDH 23 mars 1995 *Loizidou c/ Turquie*, série A n°310, SUDRE F. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP 1996*, I, 3910.

<sup>1447</sup> VINCENT J. La procédure civile et l'ordre public, *Mélanges Roubier*, t. 2, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, p. 303.

<sup>1448</sup> *Ibid*, pp. 305 et suiv.

<sup>1449</sup> En ce qui concerne les fins de non-recevoir, la Cour de cassation va plus loin en faisant obligation au juge de relever d'office une fin de non-recevoir lorsqu'elle a un caractère d'ordre public. En ce sens, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 septembre 2000, *Procédures 2001*, n°1, com. n°10, p. 13, observations PERROT R. ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 octobre 2000, *Procédures 2001*, n°3, com. 65, p. 13, observations PERROT R.

<sup>1450</sup> VINCENT J. La procédure civile et l'ordre public, *op. cit.*, p. 335. Tous les principes directeurs ne possèdent pas ce caractère. On constate ainsi que certains principes ne sont pas d'ordre public, mais d'intérêt privé. Tel est le cas par exemple de l'*autorité de la chose jugée au criminel sur le civil* (Cass. civ. 14 mars 1894, *Dalloz Périodique 1894*, 1, p. 305 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 janvier 1971, *JCP 1971*, I, 16712).

*intérêts de la partie qu'elle concerne* ». Si la règle violée est d'ordre public la partie qui s'en prévaut est dispensée d'avoir à démontrer l'existence du grief<sup>1451</sup>.

Les deux notions d'ordre public substantiel et processuel entretiennent des rapports avec les principes directeurs. Ces relations prennent plusieurs formes dans la mesure où l'ordre public protège ou renforce le principe qui lui est conforme alors qu'il affaiblit le principe qui lui est contraire. L'ordre public est donc un facteur de flexibilité à tous les sens du terme.

**267. Les principes directeurs protégés par l'ordre public.** Les principes directeurs assurent la protection de valeurs essentielles de la procédure. Certains d'entre eux trouvent légitimement leur place parmi les règles d'ordre public. Tel est le cas du principe de la *publicité des débats*. A son égard, une Cour d'appel affirme que « *la publicité des débats dans la société démocratique française relève de l'ordre public processuel, de nature à permettre d'éviter la suspicion sur l'impartialité des juges qui se prononcent au nom du peuple français et sous son contrôle* »<sup>1452</sup>. La *publicité des débats* est d'ordre public en ce qu'elle est de nature à apporter une certaine crédibilité à la justice. Le principe permet d'évacuer le doute sur la partialité des magistrats et confère à la décision rendue une certaine légitimité. La *publicité* limite le champ de la contestation. Pour cette raison, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation fait référence à « *la règle d'ordre public de la publicité des débats* »<sup>1453</sup>. En matière pénale, la chambre criminelle précise encore que la *publicité* est « *une règle d'ordre public qui ne souffre d'exception que dans les cas limitativement déterminés par la loi* »<sup>1454</sup>. Le caractère d'ordre public de la *publicité des débats* a une portée avant tout symbolique. D'une part, le principe souffre des exceptions dans les contentieux civil et répressif<sup>1455</sup> ; d'autre part, le nouveau Code de procédure civile prévoit dans son article 437 un mécanisme de rétablissement de la *publicité* au cours des débats qui permet de faire échec à une action en nullité. Enfin, en matière pénale, le doute a été introduit par un arrêt de la chambre criminelle du 15 juin 1999 selon lequel une audience débattue à tort en chambre du conseil ne peut être annulée que s'il est rapporté que l'irrégularité a porté atteinte aux intérêts du demandeur<sup>1456</sup>. Cet arrêt isolé est délicat à interpréter, mais il semble introduire l'idée selon laquelle la nullité tirée de la violation du principe de *publicité*, ne serait pas d'ordre public. Ce doute semble pourtant avoir été dissipé par un arrêt de la chambre criminelle en date du 27 septembre 2000 dans lequel la juridiction affirme clairement que « *la publicité des débats est une règle d'ordre public* »<sup>1457</sup>.

Un autre principe bénéficie pleinement d'une double protection par l'ordre public : celui du *double degré de juridiction*. D'un point de vue processuel, la Cour de cassation vise « *la règle d'ordre public du double degré de juridiction* »<sup>1458</sup>. Les exceptions aux principes vont être limitées. Par exemple, il n'appartient pas aux parties de renoncer au bénéfice de ce

<sup>1451</sup> Par exemple, Cass. crim. 4 novembre 1997, *Bull. crim.* n°365. Cet arrêt affirme que l'article 802 ne peut trouver application lorsqu'il s'agit d'appliquer une disposition d'ordre public. Plus généralement sur cette question, Cf. *infra*, n°417 et suiv.

<sup>1452</sup> CA Douai 2 octobre 1997, *Dalloz* 1997, n°37, actualités, p. 1 ; *Dalloz* 1997, IR, p. 230.

<sup>1453</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 novembre 1991, *Bull. civ.*, n°310.

<sup>1454</sup> Cass. crim. 17 mars 1970, *Dalloz* 1970, juris., p. 406.

<sup>1455</sup> Cf. *infra*, n°294.

<sup>1456</sup> Cass. crim. 15 juin 1999, *Bull. crim.*, n°136, *Dalloz* 1999, juris., p. 680, note MAYER D. CHASSAING J.F. ; *Droit pénal* 1991, n°12, com. n°157, observations MARON A.

<sup>1457</sup> Cass. crim. 27 septembre 2000, n°00-82-229.

<sup>1458</sup> Cass. crim. 19 mai 1971, *Bull. crim.* n°166.

droit<sup>1459</sup>. D'un point de vue substantiel, l'ordre public permet d'étendre le droit d'appel. C'est le cas de l'intervention du Procureur de la République comme partie jointe à l'instance. Une loi du 20 avril 1810 relative à l'organisation judiciaire et à l'administration de la justice permettait au ministère public d'agir d'office dans une instance pour surveiller l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public. Aujourd'hui encore, plusieurs dispositions ouvrent la voie d'une action du ministère public dans les matières qui mettent en jeu l'ordre public. L'article 1054 du nouveau Code de procédure civile ouvre toutes les voies de recours au parquet en matière de rectification des actes de l'état civil. De même, dans le cadre des procédures collectives, la loi du 25 janvier 1985 a permis au ministère public d'exercer l'appel ou le recours en cassation même s'il n'a pas agi comme partie principale<sup>1460</sup>. Cette extension du *droit au recours* a été justifiée par « *le souci d'un certain ordre public économique* »<sup>1461</sup>. De façon plus générale, c'est toute l'action du ministère public qui peut être justifiée par l'ordre public. L'article 423 du nouveau Code de procédure civile prévoit qu'il peut agir comme partie principale « *pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* ». Le *droit au recours* et le *double degré de juridiction* s'en trouvent nécessairement renforcés.

Une relation s'établit en droit international privé entre l'ordre public et les *droits de la défense*. Dans le cadre de son contrôle sur les décisions rendues à l'étranger, le juge français utilise l'ordre public pour vérifier que certains droits fondamentaux n'ont pas été ignorés<sup>1462</sup>. Depuis un arrêt de 1967<sup>1463</sup>, la Cour de cassation décide que la procédure qui s'est déroulée à l'étranger doit être contrôlée au regard de l'ordre public international français et du principe des *droits de la défense*. La doctrine interprète cet arrêt comme intégrant les *droits de la défense* dans l'ordre public international français<sup>1464</sup>. D'un point de vue procédural, ce rapprochement permet notamment de refuser l'*exequatur* à une décision étrangère rendue en violation des *droits de la défense*. Ce principe assure donc la protection de l'ordre public. D'une autre côté, l'ordre public renforce le principe en ce qu'il lui permet d'étendre son action sur les décisions de justice étrangères. Cette relation de protection mutuelle n'est pas systématique. Sous certaines formes, l'ordre public peut affaiblir les principes directeurs.

**268. Les principes directeurs affaiblis par l'ordre public.** L'ordre public peut s'affirmer comme un facteur d'impulsion pour les principes en accord avec son contenu. Il se trouve des situations dans lesquelles l'ordre public poursuit un tout autre objectif. Il vise alors la protection des personnes et des biens. L'ordre public intervient sous cette forme en matière pénale<sup>1465</sup>. La transgression d'un interdit pénal est de nature à causer un trouble à l'ordre public. La poursuite et la répression des infractions sont donc un moyen de réparer cette atteinte. Le procès pénal doit néanmoins se dérouler dans le respect de principes qui protègent les droits individuels. Dans sa décision *sécurité et liberté* des 19 et 20 janvier

<sup>1459</sup> Cass. civ. 12 mars 1889, *Sirey 1891*, 1, p. 513, note TISSIER A. Cf. aussi Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 27 décembre 1960, *Bull. civ.*, n°571.

<sup>1460</sup> Les articles 171 et suivants de la loi relatifs aux voies de recours ont été intégrés dans le Code de commerce par l'ordonnance du 18 septembre 2000 aux articles 623-1 et suivants.

<sup>1461</sup> PASTUREL M. rapport sous, Cass. com. 20 janvier 1998, *Dalloz 1998*, juris., p. 125.

<sup>1462</sup> HAMMJE P. Droits fondamentaux et ordre public, *Rev. Crit. DIP 1997*, p. 1.

<sup>1463</sup> Cass. civ. 4 octobre 1967, *Dalloz 1968*, juris., p. 95, note MEZGER E, *JCP 1968*, I, 15634, observations SIALELLI J.B.

<sup>1464</sup> HAMMJE P. Droits fondamentaux et ordre public, *op. cit.*, p. 27.

<sup>1465</sup> CIMAMONTI S. L'ordre public et le droit pénal, in, *L'ordre public à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, Paris, 1996, p. 89.

1981<sup>1466</sup>, le Conseil constitutionnel affirme que « *la recherche des auteurs d'infraction et la prévention d'atteintes à l'ordre public (...) sont nécessaires à la mise en œuvre des principes et des droits ayant valeur constitutionnelle* » et qu'une conciliation doit être opérée « *entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public* ». L'idée est reprise en doctrine, selon laquelle la *liberté individuelle* doit céder devant les nécessités de l'ordre public<sup>1467</sup>. C'est dans ce contexte que les principes directeurs peuvent être confrontés et affaiblis par l'ordre public.

Le principe de l'*intimité de la vie privée* est atteint par la pratique des contrôles et vérifications d'identités. Ces mesures trouvent le fondement de leur existence dans l'ordre public. Le Conseil constitutionnel a adopté une telle solution dans sa décision relative à la loi de 1986 régissant les contrôles et vérification d'identités<sup>1468</sup>. La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 novembre 1992, a rappelé à propos de l'article 78-2 al 3 qui autorise les contrôles préventifs, que l'application de cette disposition « *est subordonnée à la prévention d'une atteinte à l'ordre public qui soit directement rattachable au comportement de la personne dont l'identité est contrôlée* »<sup>1469</sup>. La loi du 10 août 1993 a repris cette exigence de la prévention des atteintes à l'ordre public et « *notamment à la sécurité des personnes et des biens* ». L'ordre public justifie le recours à un contrôle d'identité. Il permet en conséquence de diminuer, dans une certaine mesure, la portée du principe de l'*intimité de la vie privée*.

L'ordre public agit de la même façon à propos des limites procédurales à la *liberté d'aller et venir*. On l'observe en matière de détention provisoire. Depuis la loi du 17 juillet 1970, le recours à la détention provisoire doit être motivé par références à des hypothèses énumérées à l'article 144 du Code de procédure pénale. Parmi ces hypothèses, se trouve la préservation de l'ordre public vis-à-vis du trouble causé par l'infraction. La formule n'est pas anodine, elle permet au juge de porter atteinte à la *liberté d'aller et de venir* alors même qu'aucune condition objective de l'article 144 ne l'autoriserait. Toute infraction est, en tant que telle, susceptible d'engendrer un trouble à l'ordre public. Ce motif peut alors servir, en pratique, à transformer le placement en détention provisoire en préjugement sur la culpabilité. Le motif tiré de l'ordre public « *correspond à la conviction des magistrats que la détention est non seulement plus exemplaire mais aussi plus humaine, quand elle intervient aussitôt que possible après l'infraction* » confie un auteur<sup>1470</sup>. Un tel objectif est peu avouable et le critère tiré du trouble à l'ordre public a subi depuis un encadrement plus précis. Avec la loi du 30 décembre 1996<sup>1471</sup>, les conditions de l'article 144. ont été définies strictement. Il faut que l'infraction ait provoqué un « *trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public, auquel la détention est l'unique moyen de mettre fin* ». Les décisions juridictionnelles ont illustré cette protection plus grande de la *liberté d'aller et venir*. Dans un arrêt du 17 juin 1997, la chambre d'accusation de Douai avait à juger si un viol incestueux ayant provoqué d'importants traumatismes pour les victimes pouvait, dix sept ans plus tard, constituer un

<sup>1466</sup> CC 19-20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, 127 DC, *Rec.* p. 15, DEKEUWER A. *Dalloz* 1982, juris., p. 441 ; *JCP* 1981, II, 19701, note FRANCK C. ; *AJDA* 1981, n°6, p. 278, observations GOURNAY CH. ; *RDP* 1981, p. 651, observations PHILIP L. ; *Dalloz* 1981, juris., p. 101, note PRADEL J.

<sup>1467</sup> WACHSMANN P. La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RSC* 1988, p. 1.

<sup>1468</sup> CC 26 août 1986, 86-211 DC, *Rec.*, p. 120 ; *RDP* 1989, p. 399, observations FAVOREU L. ; *RSC* 1989, p. 566, note LOLOUM E. NGUYEN HUU P.

<sup>1469</sup> Cass. crim. 10 novembre 1992, *Bull. crim.*, n°370.

<sup>1470</sup> ROMNICIANU M. Détention provisoire et ordre public, *JCP* 1975, I, 2744.

<sup>1471</sup> LE GUNEHEC F. Aperçu rapide de la loi du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, *JCP* 1997, actualités, 22/01/97.

trouble à l'ordre public au sens de l'article 144. La juridiction d'instruction répond par la négative en considérant que « *l'actualité de la souffrance de la victime ne (peut) laisser présumer que le trouble (...) a persisté pendant plus de dix sept ans au point de ne pouvoir y mettre fin que par la détention provisoire* »<sup>1472</sup>. La loi du 15 juin 2000 poursuit le mouvement dans le sens d'une limitation textuelle du recours à la détention par référence au trouble à l'ordre public<sup>1473</sup>. L'article 144 3° admet que la détention provisoire puisse être ordonnée « *si elle est l'unique moyen de mettre fin à un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé* ». De façon plus radicale, la loi du 15 juin 2000 limite le recours à l'ordre public lorsqu'il s'agit de prolonger la détention provisoire. Elle prévoit que « *ce motif ne peut justifier la prolongation de la détention provisoire, sauf en matière criminelle ou lorsque la peine correctionnelle encourue est supérieure ou égale à dix ans d'emprisonnement* ». Plus que les critères posés pour apprécier l'atteinte à l'ordre public, l'article 144 3° tend à réserver ce motif de recours à la détention provisoire pour les infractions les plus graves. C'est en cela que la loi du 15 juin 2000 s'inscrit dans un mouvement qui vise à diminuer la portée de l'ordre public comme cause d'atteinte à la *liberté d'aller et de venir*.

Une forme sensiblement différente de l'ordre public peut conduire à affaiblir un principe. C'est celle qui trouble les débats. L'ordre public intervient alors dans le but d'évincer l'application du principe de *publicité*. Dans le Code de procédure pénale, le huis-clos peut être prononcé dans l'hypothèse où la *publicité* pourrait être dangereuse « *pour l'ordre ou les mœurs* »<sup>1474</sup>. En matière civile le Code et la loi du 5 juillet 1972 permettent que les débats se déroulent en chambre du conseil « *s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice* ». Le terme d'ordre public n'est employé dans aucun de ces textes mais il apparaît en filigrane. La doctrine ne s'y trompe pas en affirmant que « *l'accès du public à la salle d'audience peut être interdit par le huis-clos quand l'ordre public ou les bonnes mœurs peuvent souffrir d'une complète publicité* »<sup>1475</sup>. La *publicité des débats*, tout en étant un principe essentiel, peut dans des circonstances particulières, porter tort à la sérénité de la justice. La généralité des termes employés dans les textes conduit à penser que le trouble peut résulter de l'attitude du public présent durant l'audience, mais encore d'événements se déroulant à l'extérieur du prétoire.

Loin d'être un instrument de réduction de la portée des principes, l'ordre public se comporte comme un facteur de flexibilité sous toutes ses formes. Il renforce les principes qui lui sont conformes et porte atteinte à ceux qui lui sont opposés. Il figure parmi les circonstances de droit qui déterminent la flexibilité des principes mais fait référence à des notions de fait (l'ordre et le désordre). L'ordre public se rapproche alors des circonstances factuelles qui limitent l'autorité d'un principe.

---

<sup>1472</sup> CA Douai 17 juin 1997, *Dalloz* 1997, juris., p. 593, note GUERY CH.

<sup>1473</sup> Article 57 de la loi instituant à la place de l'ancien article 144 C.pr.pén. deux nouvelles dispositions : les articles 143-1 et article 144.

<sup>1474</sup> Articles 306 et 400 C.pr.pén.

<sup>1475</sup> VITU A. Le principe de publicité dans la procédure pénale, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1968, t. 16, fasc1, p. 293.

### B) Les circonstances de fait et la flexibilité des principes directeurs du procès judiciaire

**269.** Une des sources importantes des principes directeurs est constituée par la Convention européenne des droits de l'homme. Les principes qui y sont inscrits, semblent s'imposer avec une autorité certaine. Pourtant, l'article 15 de la Convention prévoit une possibilité de déroger à ces principes : « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute haute partie contractante peut rendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention* ». La guerre constitue un élément de fait, qui permet d'évincer la plupart des règles protectrices des droits de l'homme dans le procès. La guerre se présente comme un fait précis qui ouvre le droit de dérogation. Les exceptions aux principes tirés d'éléments de fait ne sont pas systématiquement inscrites dans un texte. Pourtant, de nombreuses exceptions textuelles se fondent, explicitement ou implicitement sur des circonstances factuelles. Il peut s'agir de la recherche de l'efficacité, de la prise en compte de l'enjeu du procès, ou de contraintes temporelles. Parfois, aucune restriction n'est prévue, mais les données de fait rendent difficile la mise en œuvre du principe.

**270. La recherche de l'efficacité.** Il s'agit là d'un objectif avoué du droit processuel<sup>1476</sup>. Certains principes tendent à développer l'efficacité du processus qui doit conduire à la décision de justice ; d'autres au contraire semblent alourdir le déroulement du procès pour tenter de préserver certaines garanties de qualité. L'intervention de juridictions collégiales mobilise plusieurs magistrats autour de la même décision. La multiplication des recours retarde l'issue du procès et en compromet l'exécution finale. La préservation des droits fondamentaux peut conduire à restreindre les pouvoirs des enquêteurs et limiter les chances de recueillir les preuves nécessaires aux poursuites. A côté d'un courant qui vise la protection grandissante des droits individuels dans le procès, on trouve dans le droit judiciaire les indices d'une volonté de préserver l'efficacité de la procédure. Cette tendance s'est manifestée récemment avec le rapport remis au garde des sceaux par M. COULON dont l'un des commentateurs jugeait qu'il s'agissait du « *signe d'un nouvel esprit procédural plus soucieux d'effectivité et d'économie que d'académisme procédural* »<sup>1477</sup>. Les principes directeurs peuvent s'en trouver atteints.

Le pourvoi en cassation n'est pas suspensif en matière civile. Cette règle est inspirée notamment par la volonté d'éviter que les recours purement dilatoires n'entravent la juste exécution de la décision au fond. Si la partie condamnée en appel n'exécute pas volontairement la décision, l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile prévoit que le pourvoi en cassation sera retiré du rôle de la juridiction suprême jusqu'à l'exécution<sup>1478</sup>. A première vue, la solution semble s'imposer. Toutefois, si le débiteur ne peut pas exécuter la décision d'appel, il court le risque de voir intervenir la péremption d'instance au bout de deux

---

<sup>1476</sup> Cf. sur ce point, CANIVET G. Du principe d'efficience en droit judiciaire privé, *Mélanges Draï*, Dalloz, Paris, 2000, p. 243.

<sup>1477</sup> GARAPON A. Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile, *Dalloz 1997*, chron., p. 69.

<sup>1478</sup> Article 1009-1 nouv.C.pr.civ. « *hors les matières où le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président peut, à la demande du défenseur, et après avoir recueilli l'avis du Procureur général et des parties, décider le retrait du rôle d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi à moins qu'il ne lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives / Il autorise la réinscription de l'affaire au rôle de la Cour sur justification de l'exécution de la décision attaquée* ».

ans<sup>1479</sup>. Dès lors, le pourvoi n'est plus simplement suspendu mais définitivement fermé. Comme le constate un auteur, le débiteur qui ne peut s'exécuter perd le « *droit au droit* »<sup>1480</sup> par la privation du *droit au recours* en cassation. L'exigence d'efficacité contrarie l'accès au principe.

Le droit à la *liberté d'aller et de venir* peut être, quant à lui, provisoirement suspendu en raison de l'efficacité. Il s'agit cette fois de promouvoir la recherche des preuves pénales. L'article 144 du Code de procédure pénale autorise le recours à la détention provisoire dans des circonstances précises ; notamment « *si la détention provisoire de la personne mise en examen est l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher soit une pression sur les témoins ou les victimes, soit une concertation frauduleuse entre personne mise en examen et complices* ». L'objectif de cette disposition est d'assurer l'efficacité de l'enquête. La personne poursuivie est provisoirement mise à l'écart afin d'éviter qu'elle ne puisse parasiter le déroulement de l'instruction. Cela constitue bien une atteinte au principe de *liberté*.

L'impératif d'efficacité est implicitement à l'origine de l'évolution qui a conduit au déclin du principe de *collégialité*. Dans le mouvement qui a été décrit plus haut<sup>1481</sup>, on s'aperçoit peu à peu du remplacement de la formation collégiale par le juge unique particulièrement devant le Tribunal de grande instance statuant en matière civile ou pénale. Selon une explication constante en doctrine, le développement du juge unique est dû à une adaptation des principes de composition des juridictions aux impératifs de l'efficacité procédurale. « *Mieux vaut trois audiences avec un juge qu'une seule avec trois juges* » enseigne avec simplicité un premier auteur regrettant la « *logique d'entreprise* » qui conduit le législateur à favoriser « *la préoccupation quantitative sur l'exigence qualitative* »<sup>1482</sup>. Un autre met en avant les « *impératifs de gestion et d'innovation de l'institution afin que les flux se régularisent* »<sup>1483</sup>, insinuant ainsi que la division des juridictions relèverait d'une idée nouvelle. L'idée majeure est bien de retrouver une certaine fluidité dans un contentieux croissant. M. COULON dont le rapport proposait l'institution d'un principe du *juge unique* en première instance constatait dans le même temps une multiplication par quatre du volume des affaires en cours dans les vingt cinq dernières années<sup>1484</sup>. L'absorption du contentieux est un impératif d'efficacité qui justifie l'abandon progressif du principe de *collégialité* comme si le phénomène était inéluctable. Il demeure pourtant des parlementaires pour affirmer que l'« *on ne peut pas se permettre d'adapter les principes fondamentaux à la situation matérielle et financière ; ce sont au contraire les données matérielles et financières qui doivent correspondre aux principes fondamentaux* »<sup>1485</sup>. La *collégialité* va trouver une source de protection avec un autre élément de fait : la gravité de l'enjeu.

<sup>1479</sup> Article 386 nouv.C.pr.civ. « *L'instance est périmée lorsque aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans* »

<sup>1480</sup> SANTA-CROCE M. Le droit, l'honnête homme et l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile, *Dalloz 1997*, chron., p. 239.

<sup>1481</sup> Cf. *supra*, n°256 et suiv.

<sup>1482</sup> VILLACEQUE J. Le Tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques, *Dalloz 1995*, juris., p. 317.

<sup>1483</sup> FRISON-ROCHE M.A., L'année où la justice s'est installée à la télévision, *JCP 1996*, numéro spécial « Les dossiers de la semaine juridique », p. 24.

<sup>1484</sup> COULON J.M. Les évolutions possibles de la procédure civile, *Gaz. Pal. 1996*, 2, chron., p. 1000.

<sup>1485</sup> GROSIDIER F., cité par BOURDEAU B. L'injonction pénale avortée : scories sur une question de confiance, *ALD 1995*, p. 45.

**271. La prise en considération de l'enjeu du procès.** Le Professeur GASSIN remarquait à propos de la loi du 8 février 1995 instituant deux formations distinctes du Tribunal correctionnel que la *collégialité* était préservée lorsqu'il s'agissait de juger les délits les plus graves : ceux dont la peine encourue est inférieure à cinq années d'emprisonnement<sup>1486</sup>. Cette solution a été renforcée par la loi du 23 juin 1999 interdisant le recours au *juge unique* si le délinquant, en raison de la récidive, encourt une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement. Ce constat devrait logiquement conduire à présumer la supériorité de la *collégialité* sur le *juge unique*<sup>1487</sup>. Une étude semble démontrer au contraire que les juridictions statuant collégalement ou à juge unique rendent sensiblement des décisions identiques<sup>1488</sup>.

D'autres hypothèses montrent que la flexibilité des principes peut dépendre de la gravité ou de la modicité de l'enjeu du procès. Le *double degré de juridiction* en est un exemple. Les articles R 321-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire prévoient que le Tribunal d'instance juge en dernier ressort des litiges dont la demande ne dépasse pas les 25 000 F. En matière prud'homale, le Code du travail décrète dans un article R. 517-3, que le Conseil de prud'hommes statue en dernier ressort « *lorsque le chiffre de la demande n'excède pas un taux fixé par décret* » ou « *lorsque la demande tend à la remise, même sous astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie ou de toute pièce que l'employeur est tenu de délivrer, à moins que le jugement ne soit en premier ressort en raison du montant des autres demandes* ». Dans les deux textes, l'enjeu modique ne justifie pas le recours à un double examen au fond du litige soit en raison de la faiblesse du montant de la demande, soit parce que la requête se limite à un objet commun. En matière contraventionnelle, l'article 546 du Code de procédure pénale ouvre le droit d'appel « *lorsque l'amende encourue est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe, lorsqu'a été prononcée la peine prévue dans le 1° de l'article 131-16 du Code pénal, ou lorsque la peine d'amende prononcée est supérieure au maximum de l'amende encourue pour les contraventions de la deuxième classe* ». L'appel est donc possible pour celui qui a commis un fait constitutif d'une contravention de la cinquième classe, celui qui encourt une des peines restrictives de droit<sup>1489</sup> ou encore lorsque la peine d'amende prononcée est supérieure à mille francs. L'accès à la Cour d'appel est réservé aux auteurs des faits les plus graves ou à ceux qui ont été condamnés à une peine suffisamment lourde. Une telle solution a été entérinée par le protocole n°7 additionnel à la CESDH qui consacre le *double degré de juridiction en matière pénale* tout en autorisant les dérogations « *pour des infractions mineures* » (article 2§2). La gravité des faits ou de l'enjeu du litige renforce donc l'autorité du principe et en limite la flexibilité. Parfois le phénomène peut s'inverser.

Un certain nombre de présomptions de culpabilité existent dans les textes du droit français et sont autant d'exceptions à la *présomption d'innocence*. La question de leur conformité avec le principe a été soulevée d'abord devant la CEDH dans un arrêt *Salabiaku*

<sup>1486</sup> GASSIN R. L'audience et le jugement, in *La procédure pénale, bilan des réformes depuis 1993*, Dalloz, Paris, 1995, p. 105.

<sup>1487</sup> Selon le professeur GASSIN qui déduit cette présomption non seulement du fait que les infractions les plus graves relèvent de la *collégialité*, mais aussi que ce principe subit d'autant moins de dérogations que l'on gravit la hiérarchie des juridictions. *Ibid*, p. 129.

<sup>1488</sup> BAUDOUIN J.M. La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ? Réflexion sur un exercice d'école, *RTD civ.* 1992, p. 532.

<sup>1489</sup> Suspension du permis de conduire, interdiction de détenir ou porter une arme, le retrait du permis de chasser et la confiscation.



*c/France*<sup>1490</sup>. La Cour rappelle que les Etats sont libres sous certaines conditions « *d'ériger en infraction un fait matériel ou objectif qu'il procède ou non d'une intention délictueuse ou d'une négligence* ». Les présomptions légales de culpabilité peuvent être rangées dans cette catégorie d'incriminations et ne sont pas contraires en soi à la Convention. Elle ne doivent cependant pas dépasser des limites raisonnables compte tenu de la gravité de l'enjeu et de la nécessité de préserver les *droits de la défense*. Cette référence à la « *gravité de l'enjeu* » a été reprise dans de très nombreux arrêts de la Cour de cassation. Pour illustration en matière douanière l'arrêt de la chambre criminelle du 10 février 1992<sup>1491</sup> selon lequel « *l'article 6§2 de la CEDH n'a pas pour objet de limiter les modes de preuve prévus par la loi interne mais d'exiger que la culpabilité soit légalement établie, (et) ne fait pas obstacle aux présomptions de fait et de droit instituées en matière pénale, dès lors que les dites présomptions (...) prennent en compte la gravité de l'enjeu et laissent entiers les droits de la défense* ». Cette notion de « *gravité de l'enjeu* » n'est pas dépourvue d'équivoque. Doit-on comprendre que plus l'enjeu est grave, plus il est possible de recourir à une présomption de culpabilité pour faciliter la recherche de la preuve, les poursuites et la condamnation des auteurs ?

Si l'on s'en tient à l'importante proportion des présomptions de culpabilité en matière délictuelle<sup>1492</sup> ou plus spécialement en matière douanière<sup>1493</sup>, on peut estimer que l'intérêt de la répression des infractions grandit avec la gravité des infractions. La *présomption d'innocence* devrait alors présenter plus de flexibilité. Une telle hypothèse doit être nuancée. Certaines présomptions sont prévues en matière contraventionnelle : il peut s'agir de la présomption générale d'existence de l'élément intentionnel que l'on déduit de l'article 121-3 al 5 du Code pénal, ou de présomptions spéciales prévues dans le Code de la route<sup>1494</sup>. A ce titre, le Conseil Constitutionnel a considéré que des présomptions de culpabilité « *peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas un caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité* »<sup>1495</sup>. La matière contraventionnelle est donc ouverte comme celle délictuelle aux présomptions de culpabilité. Le critère de la gravité n'est d'ailleurs pas retenu par le Conseil. Sans que la jurisprudence ne soit tout à fait claire sur le rôle de la gravité, ce critère apparaît comme déterminant dans la validité des présomptions de culpabilité, ce qui permet de le considérer comme un facteur de flexibilité. Cette flexibilité peut encore résulter de contraintes temporelles.

**272. Le respect des contraintes temporelles.** L'urgence peut mener à restreindre l'intervention de certains principes directeurs. L'article 493 du nouveau Code de procédure

<sup>1490</sup> CEDH *Salabiaku c/France* 7 octobre 1988, Série A n°141-A, PETTITI L.E. ; TEITGEN F. Chronique des droits de l'homme, *RSC* 1989, p. 167 ; JUNOSZA-ZSROJEWSKI G. La présomption d'innocence contre la présomption de culpabilité, *Gaz. Pal.* 25-27 juin 1989, chronique, p. 4.

<sup>1491</sup> Cass. crim. 10 février 1992, *Bull. crim.*, n°62.

<sup>1492</sup> Notamment la présomption de proxénétisme de l'article 225-6 C.pén. ou celle de trafic de stupéfiant prévue à l'article 222-39-1 C.pén.

<sup>1493</sup> Notamment l'article 418 du Code des douanes qui présume que les marchandises saisies dans le rayon douanier sans titre de circulation valable ont été introduites en France frauduleusement ou encore l'article 392-1 du même Code selon lequel « *le détenteur de marchandises de fraude est réputé responsable de la fraude* ».

<sup>1494</sup> Notamment l'article L 21-1 qui fait peser les infractions à la réglementation sur le stationnement des véhicules pour lesquels seule la peine d'amende est prévue, sur le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule.

<sup>1495</sup> CC 16 juin 1999, 99-411 DC, *Dalloz* 1999, juris., p. 589, note MAYAUD Y. ; MATHIEU B VERPEAUX M., chronique de jurisprudence constitutionnelle, *JCP* 2000, I, 201, *RDP* 1999, p. 1287, observations LUCHAIRE F.

civile définit l'ordonnance sur requête comme « *une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse* ». Le domaine de ces ordonnances est la matière gracieuse. Il se peut cependant, que cet acte créateur de droit soit préjudiciable pour autrui. Le principe du *contradictoire* va pourtant être provisoirement neutralisé, notamment en raison de l'urgence. L'article 812 al 2 du nouveau Code de procédure civile précise que le président du Tribunal de grande instance « *peut (...) ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement* ». Le même pouvoir est reconnu devant les juridictions civiles spécialisées du premier degré et devant les juges d'appel<sup>1496</sup>. Avec l'urgence, le juge est délié pour un temps de l'exigence de faire respecter le principe du *contradictoire*.

De même, au stade de la mise en état, l'article 145 du nouveau Code de procédure civile prévoit que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». Sans que l'urgence soit mise en évidence, la demande de l'une des parties peut conduire le juge à recourir à l'ordonnance sur requête pour rechercher une preuve qui risque de déperir. Cette technique est encore utilisée dans la procédure de divorce. Les articles 1106 et 1107 du nouveau Code de procédure civile et l'article 257 du Code civil autorisent le juge, dès que l'un des époux présente une requête en vue du divorce, à prescrire « *s'il y a lieu, les mesures d'urgence* » qui peuvent consister dans l'autorisation de résider séparément avec les enfants. Le *contradictoire* n'a été négligé que le temps nécessaire à prendre les mesures qui s'imposent. Les articles 496 et 497 du nouveau Code visent à rétablir le débat *contradictoire, a posteriori*. Toute personne intéressée peut alors saisir le juge qui a rendu l'ordonnance pour en obtenir la rétractation.

En procédure pénale, les contraintes temporelles peuvent apparaître lorsqu'un crime ou un délit flagrant vient d'être commis<sup>1497</sup>. Il est dès lors nécessaire d'accélérer les investigations pour ne pas courir le risque du dépérissement des preuves. Les pouvoirs des officiers de police judiciaire sont accrus au détriment des principes de *liberté individuelle* et d'*intimité de la vie privée*. L'article 56 du Code de procédure pénale autorise les perquisitions sans le consentement de l'intéressé. De même, en vertu de l'article 61 du Code de procédure pénale, un officier de police judiciaire peut « *défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture des opérations* ». Il peut encore convoquer pour leur audition « *toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis* ». Ces personnes sont tenues de comparaître et de déposer<sup>1498</sup>. L'article 70 autorise le Procureur de la République à « *décerner un mandat d'amener contre les personnes soupçonnées d'avoir participé à l'infraction* ». Les pouvoirs de restreindre la *liberté individuelle* ou d'attenter à la *vie privée* sont en principe réservés au juge d'instruction, ou encore soumis à « *l'assentiment exprès de la personne chez laquelle les*

---

<sup>1496</sup> Articles 851, 875, 897, et 958 nouv.C.pr.civ.

<sup>1497</sup> Article 53 C.pr.pén. « *Est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit. / Est assimilé au crime ou délit flagrant tout crime ou délit qui même non commis dans les circonstances prévues à l'alinéa précédent a été commis dans une maison dont le chef requiert le procureur de la République ou un officier de police judiciaire de le constater* ».

<sup>1498</sup> Article 62 C.pr.pén.

opérations ont lieu »<sup>1499</sup>. Avec la contrainte temporelle, les officiers de police judiciaire ou le ministère public se voient confier des pouvoirs dont ils ne disposent pas lors d'une enquête préliminaire ou d'une instruction. Les principes qui protègent les droits individuels doivent fléchir face à la contrainte du temps. On constate en dernier lieu que ces principes peuvent être garantis par les textes mais limités par les difficultés de leur mise en œuvre pratique.

**273. Les difficultés rencontrées lors de la mise en œuvre des principes.** Certains principes procèdent parfois plus de la déclaration d'intention que de la normativité juridique dont ils se prévalent. Les valeurs qu'ils représentent font figures d'idéaux parfois impossibles à atteindre. Un auteur évoque la dualité entre les principes et l'intendance à propos de l'accès au juge<sup>1500</sup>. L'encombrement des juridictions, la complexité technique du droit substantiel, mais aussi du droit processuel, sont autant de faits qui entravent le *droit au juge* proclamé pour tous les justiciables. Le principe de *célérité*, même s'il est entendu au sens d'un *délai raisonnable*, ne peut se prévaloir d'une application effective devant les juridictions françaises. La fusion de la Commission européenne des droits de l'homme avec la Cour est symptomatique de ce phénomène. Censée garantir le respect par les juridictions internes du *délai raisonnable*, l'institution européenne a dû elle-même s'adapter à ses propres exigences. D'autres principes semblent rencontrer des difficultés d'application moins avouables.

Une étude italienne menée en 1993 a recherché les raisons de l'inégalité de fait des justiciables devant les juridictions répressives<sup>1501</sup>. Deux facteurs de cette inégalité ont pu être identifiés nettement : il s'agit de la position sociale et la qualité de la défense. Les auteurs exposent que le taux d'acquiescement<sup>1502</sup> ou de peines d'amende décroissent corrélativement à l'abaissement du niveau social. Par ailleurs, plus la position sociale de l'auteur des faits diminue, plus les chances de cet individu d'être arrêté puis condamné à un emprisonnement s'élèvent. Un prévenu intégré socialement s'avère plus cultivé. Il est capable de présenter pour sa défense une thèse crédible. Il partage la même conception du droit et de la justice que les autres acteurs du procès. Il peut choisir librement son défenseur et ce dernier va déployer des moyens plus importants pour accomplir sa tâche. En considération des facteurs relatifs à la position sociale et à la qualité de la défense, les chercheurs sont parvenus à prévoir à l'avance une solution d'acquiescement ou de condamnation dans 80% des cas observés. Le principe d'*égalité devant la justice* ressort particulièrement malmené de cette enquête.

Le *double degré de juridiction* en matière pénale semble subir un sort identique du point de vue de la décision sur la peine. Dans la théorie du *double degré de juridiction*, il apparaît que les juges d'appel peuvent augmenter, diminuer ou maintenir la peine prononcée par les premiers juges. Cette solution est nuancée par la prohibition de la *reformatio in pejus* qui interdit aux juges sur le seul appel du condamné, d'aggraver le sort de l'appelant<sup>1503</sup>. Une thèse soutenue en 1991 présente une étude sociologique de la pratique des juridictions pénales du second degré dans le choix de la sanction<sup>1504</sup>. En matière d'emprisonnement, dans plus de 60% des cas, la décision prise en première instance a été confirmée en appel ; pour

<sup>1499</sup> Article 76 C.pr.pén. pour les perquisitions dans l'hypothèse de l'enquête préliminaire.

<sup>1500</sup> FRISON-ROCHE M.A. Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice, *JCP* 1997, I, 4051.

<sup>1501</sup> COTTINO A. FISCHER M.G., Pourquoi l'inégalité devant la loi ? *Déviance et société* 1996, n°3, p. 199.

<sup>1502</sup> Ce qui équivaut à des décisions de relaxe, les infractions sélectionnées dans l'étude étant de nature délictuelle.

<sup>1503</sup> On peut y ajouter l'obligation de motivation de l'arrêt d'appel quant au choix de la sanction.

<sup>1504</sup> DURIEUX F. *Le double degré de juridiction appliqué à la peine, théorie et pratique d'une voie de recours à partir de l'étude de six mois d'arrêts de la Cour d'appel de Lyon*, thèse, Saint-Etienne, 1991.

32% des jugements, la peine a été aggravée et seulement 7% des condamnés ont pu bénéficier d'une réduction ou d'une suppression de la peine<sup>1505</sup>. L'auteur conclut que la Cour d'appel laisse le choix de la peine aux juges du premier degré et tentent de décourager largement les appels correctionnels. De même, l'interdiction de la *reformatio in pejus* est « anéantie par la possibilité de riposte incidente du ministère public utilisée quasi systématiquement par le parquet dès l'appel du prévenu »<sup>1506</sup>. Le double degré de juridiction se borne, dans la pratique de la Cour d'appel de Lyon, à un contrôle de l'application du droit au détriment de celui relatif au choix de la sanction.

**274. Conclusion.** La flexibilité est un caractère essentiel pour reconnaître un principe directeur. C'est aussi un outil difficile à utiliser. Si une règle ne présente aucune flexibilité, on doit rejeter l'hypothèse d'y trouver un principe directeur, mais si elle présente une flexibilité trop grande, il n'en résultera alors qu'une règle de principe ou au mieux un principe à l'état de latence. Les principes directeurs possèdent un seuil de flexibilité modéré. Leur application n'est pas absolue, mais les exceptions qu'ils subissent laissent entière leur existence positive. Les principes directeurs ne cèdent devant les dérogations que dans la mesure où une raison de droit ou de fait rendrait absurde ou inéquitable leur maintien. Comme les deux autres caractères, la flexibilité n'est pas l'indice nécessaire et suffisant pour reconnaître un principe. La confrontation principe / exception est une constante dans le système juridique. Chaque règle possède son exception et l'exception connaît elle-même des restrictions dans son application. L'intérêt de la flexibilité est de montrer que les principes, même s'il possèdent une autorité normative globale supérieure aux règles techniques, peuvent céder devant ces dernières en fonction des circonstances. Le principe protège une valeur ou une utilité qui lui confère son autorité. Cette dimension téléologique peut en rencontrer une autre qui lui est opposée. De même, l'idéal représenté par le principe peut céder devant la réalité matérielle, les contingences techniques, financières, humaines, qui soulignent la relativité de ces normes juridiques. Les contours de la notion de principe directeur s'en trouvent peu à peu délimités.

---

<sup>1505</sup> *Ibid*, p. 420.

<sup>1506</sup> *Ibid*, p. 427.

## Conclusion de la première partie

**275. La notion et la catégorie juridique des principes directeurs.** L'objectif poursuivi dans cette première approche des principes directeurs du procès judiciaire a été de dégager une définition de ces normes, un ensemble d'éléments qui permettent d'isoler les différents principes dans une catégorie juridique. Le professeur BERGEL évoque la question des catégories juridiques en ces termes : « *il faut donc, pour chaque catégorie, découvrir les traits communs à toutes les situations qu'elle réunit indépendamment des différences qu'elles peuvent comporter. Les critères de détermination des catégories juridiques consistent en la présence de certains éléments particuliers, voire l'absence d'autres éléments, et résident dans les liens qui unissent entre eux les éléments constitutifs de leur définition. (...) Autrement dit, la détermination des critères des catégories juridiques consiste à isoler à la fois les traits communs à toutes les espèces qu'elles regroupent et les caractères par lesquels toutes les espèces des différentes catégories se distinguent des autres* »<sup>1507</sup>.

Quels sont donc les « *traits communs* » des principes directeurs du procès judiciaire ? Tous les principes sont des normes, il faut ajouter des normes juridiques. Tous possèdent une origine téléologique. Ils proviennent de valeurs ou utilités sociales qui leur confèrent une part de leur autorité normative. Leur existence dépend de leur reconnaissance dans une des sources formelles du droit. Chacun d'entre eux possède enfin les trois caractères que sont la continuité, la généralité et la flexibilité.

Tous ces éléments distinctifs sont cumulatifs. Aucun n'est véritablement discriminant et chacun peut être présent parmi les autres règles du système normatif. Pour qu'une norme puisse entrer dans la catégorie des principes, elle doit réunir les caractéristiques suivantes :

- elle doit s'intégrer dans la catégorie des normes juridiques ;
- elle doit incarner au moins une valeur ou utilité sociale ;
- elle doit trouver sa consécration dans une des sources formelles du droit, même si cette source ne formule pas expressément la règle incarnée par le principe (la norme peut être formulée solennellement ou résulter de la réunion de plusieurs règles).
- elle doit présenter les trois caractères que sont la continuité, la généralité et la flexibilité.

A travers ces différents facteurs d'unité, il faut reconnaître que certains sont constants (les principes sont des normes juridiques et consacrent une ou plusieurs finalités sociales), alors que d'autres sont variables (continuité, généralité et flexibilité). Ces variations font naître des incertitudes quant à la réalité positive d'une catégorie de principes. Il est difficile de passer outre cette ambiguïté.

**276. L'ambiguïté de la définition de la notion de principe directeur.** Ce constat a été récurrent tout au long des développements. L'ambiguïté des principes est une source intarissable de controverses. D'un point de vue théorique, qu'il s'agisse de la nature des principes ou de leurs origines, les doctrines s'affrontent et imposent des choix nécessairement relatifs, toujours discutables et altérés par les présupposés qui les engendrent. D'un point de vue empirique, l'observation du droit positif ne fournit aucune indication certaine. L'extrême diversité des sources formelles confère aux principes une très grande disparité, tant dans leur forme que dans leur contenu. Comment reconnaître le même principe dans la jurisprudence

<sup>1507</sup> BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°193, p. 206.

de la Cour de cassation, du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme ? Comment expliquer la présence de principes directeurs dans les textes de droit substantiel alors qu'ils sont absents de ceux de droit processuel ? Pourquoi les sources qui édictent les principes ne définissent-ils pas le contenu de chacune de ces normes ? Cette hétérogénéité provoque de sérieuses difficultés lorsqu'il s'agit de dégager des caractères communs à tous les principes. Le résultat est à l'image de la réalité observée : aucun des caractères n'est distinctif par lui-même et seule la réunion des différents éléments (nature, origines, caractères) qui composent les principes ouvre la voie de l'identification. Pour cette raison, il faut parler à la fois d'unité et de diversité des principes directeurs.

**277. Unité et diversité de la notion de principe directeur.** Quant aux caractères des principes directeurs, il faut reconnaître que tout est question de degré. Les principes ne présentent pas une continuité, une généralité, ou une flexibilité identique. Le principe d'*impartialité* semble avoir toujours existé dans notre procédure ; son application est très générale (l'*impartialité* débute dès qu'un magistrat du siège intervient dans la procédure et s'étend à toutes les formes organisées de règlement processuel des conflits) ; sa flexibilité enfin, si elle existe, est très faible et relève surtout de l'interprétation de la notion d'*impartialité*. La même observation peut être faite à l'égard du principe du *contradictoire*. On trouve son expression dans les textes sacrés ; il s'applique à tout moment et dans toutes les procédures ; il est flexible mais les règles techniques qui permettent d'y déroger sont peu nombreuses. On trouve avec ces deux normes les prototypes de la catégorie des principes directeurs. Le recours à la prototypicalité va permettre de faire la part de l'unité et de la diversité des principes.

*Impartialité* et *contradictoire* sont des normes qui entrent incontestablement dans la catégorie des principes. Ils forment avec d'autres **un premier cercle** dans lequel toutes les normes qui y figurent présentent tous les caractères des principes directeurs.

Dans **un deuxième cercle**, possédant le même centre mais dont la circonférence est plus importante, on trouve des normes qui ne contiennent pas tous les caractères des principes directeurs. Dans un grand nombre des cas, on trouvera dans ce groupe des normes qui, avec l'évolution du droit, sont sorties, ou vont entrer dans le cercle des principes directeurs. C'est le cas de la *collégialité*, du *juge unique*, ou encore de l'*immutabilité du litige*. A l'égard de ces normes, les hésitations sont permises. Elles possèdent les caractères des principes directeurs, de même qu'une certaine réalité dans le système processuel, mais leur trop grande flexibilité les a fait disparaître du champ des principes de droit positif. D'autres règles semblent encore faire partie de ce deuxième cercle comme celle de l'*opportunité des poursuites*. Trouve-t-on, avec le choix qui est laissé au Procureur de la République de poursuivre ou de classer sans suite, un principe directeur du procès pénal ? La réponse n'est pas évidente. Si on oppose l'*opportunité des poursuites* à la légalité des poursuites, on doit constater que le système français ne laisse aucune place au second système. L'*opportunité* s'impose dans toutes les situations, elle ne présente pas de flexibilité particulière. Pour autant, si la victime se constitue partie civile, elle contraint le ministère public à mettre en mouvement l'action publique et l'*opportunité* disparaît. Ne serait-ce pas là un indice de flexibilité ? Le caractère de la généralité semble encore manquer de consistance. Certes, l'*opportunité* s'impose pour toutes les infractions, mais cette généralité ne diffère pas de celle des règles techniques. L'*opportunité* manque de généralité en ce qu'elle ne s'applique qu'à un moment très précis de la procédure pénale : lors de la décision d'exercer ou non l'action publique. Ce manque de généralité et de flexibilité n'a pas empêché la Cour de cassation d'utiliser la formule de « *principe d'opportunité des poursuites* » en décidant que cette règle n'était pas contraire à l'article 6§1 de la CESDH<sup>1508</sup>. L'utilisation du

<sup>1508</sup> Cass. crim. 21 septembre 1993, *Gaz. Pal.* 1993, 2, som., p. 573, note DOUCET J.P.

qualificatif « principe » n'est pas suffisante pour faire d'une simple règle un principe à part entière. On essayera de résoudre la question en classant l'*opportunité des poursuites* dans le deuxième cercle des règles ne possédant pas ou possédant imparfaitement les caractères des principes directeurs.

Dans **un troisième cercle**, de même centre, mais de circonférence plus étendue que le deuxième, on trouve enfin les règles purement techniques. Pour ces dernières, au moins un des caractères des principes directeurs fait indiscutablement défaut. Ces règles techniques forment la majeure partie des normes du droit judiciaire. Elles n'ont pas vocation à pénétrer à un moment ou à un autre la catégorie des principes. Un grand nombre d'entre elles ont comme vocation de mettre en œuvre ou de déroger à l'un des principes de procédure. Elles sont essentielles au développement des principes, mais elles s'appliquent à des cas précis, peuvent apparaître ou disparaître au gré des réformes ou encore s'appliquent selon une logique du tout ou rien. Cette catégorie de règles techniques se distingue nettement des principes directeurs.

En définitive, on peut parler d'unité des principes directeurs en ce qui concerne le premier cercle. On y retrouve des normes dont la qualité de principes n'est pas contestable. Mais au sein de cet ensemble, tous les principes ne présentent pas une continuité, une généralité, ou une flexibilité identique. Un autre facteur de diversité apparaît : les principes assurent la mise en œuvre de droits procéduraux, mais aussi de droits fondamentaux.

**278. Dualité des droits contenus dans les principes directeurs.** Un grand nombre de principes possèdent en eux un aspect fondamental et un autre procédural. La *présomption d'innocence* illustre parfaitement ce phénomène.

Deux auteurs évoquent la *présomption d'innocence* sous son double visage : celui d'une règle de preuve qui attribue la charge de la preuve à la partie poursuivante ; mais aussi celui « *d'une règle politique caractéristique des régimes libéraux* »<sup>1509</sup>. En tant que règle procédurale, le principe vaut comme une présomption, c'est à dire comme un point de départ qui permet de supposer un fait inconnu (l'innocence) à partir d'un fait connu (l'absence de condamnation définitive). La *présomption d'innocence* consiste à tenir (provisoirement) pour vrai un fait qui est très vraisemblable<sup>1510</sup>.

Le droit fondamental de la *présomption d'innocence* connaît des développements en dehors du procès. Son inscription à l'article 9-1 du Code civil en fait un droit attaché à la personnalité. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la *présomption d'innocence* ne se réduit pas « *à une garantie procédurale propre au procès pénal mais (a) une portée*

<sup>1509</sup> CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P. *Procédure pénale*, Armand Colin, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 2000, n°39 et suiv., pp. 25 et suiv.

<sup>1510</sup> Selon une définition des présomptions, LOUIS-LUCAS P. Vérité matérielle et vérité juridique, *Mélanges Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 405. Au niveau européen, l'aspect procédural a été dégagé par la Commission européenne des droits de l'homme qui affirme que l'article 6§2 de la CESDH « *exige en premier lieu que les membres du tribunal, en remplissant leur fonction, ne partent pas de la conviction ou de la supposition que le prévenu a commis l'acte incriminé* » (Citée par, VAN DE KERCHOVE M. La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme, *RSC 1992*, p. 1. Spécialement p. 4, note 21). La Cour européenne reprend cette solution en qualifiant la *présomption d'innocence* de « *garantie procédurale* ». La chambre criminelle suit la même voie en attribuant la charge de la preuve de la culpabilité au ministère public qui doit établir l'existence des différents éléments constitutifs de l'infraction (Cass. crim. 9 mai 1908, *Dalloz 1909*, 1, p. 133 ; Cass. crim. 19 mars 1986, *Bull. crim.* n°113). Le prolongement de la présomption d'innocence au niveau de la décision sur la culpabilité est illustré par l'adage *in dubio pro reo* qui permet à la personne poursuivie de profiter d'un doute sur la véracité de l'accusation. La solution qui s'impose dans le doute est celle de la relaxe ou de l'acquittement. Il s'agit bien là d'une règle purement procédurale.

*plus large et lie non seulement la juridiction chargée de l'affaire mais aussi les autres autorités* »<sup>1511</sup>. La sanction de la violation du droit fondamental à la *présomption d'innocence* se solde en effet par des actions de nature civile et non processuelle<sup>1512</sup>.

On s'aperçoit que ce couple unité/diversité est une source de richesse. Par leur unité, les principes directeurs peuvent avoir une action commune. Par leur diversité, chacun d'entre eux possède une ou plusieurs fonctions qui lui sont personnelles et utilise les moyens les plus variés pour produire des effets de droit dans un domaine déterminé. L'existence de la catégorie juridique prend un sens à travers l'action des principes directeurs du procès judiciaire.

---

<sup>1511</sup> CEDH 10 février 1995, *Alenet de Ribemont c/ France* série A n°308, *Dalloz 1996*, som. com., p. 196, observations RENUCCI J.F. ; *Justices 1997*, p. 177, observations COHEN-JONATHAN G., FLAUSS J.F. ; *RSC 1995*, p. 639, observations PETTITI L.E.

<sup>1512</sup> L'article 9-1 C.civ. prévoit que la personne poursuivie qui subit une atteinte à sa *présomption d'innocence* bénéficie d'une action en référé pour obtenir l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la *présomption d'innocence* (Sur les applications de cette disposition, BUREAU H. La présomption d'innocence devant le juge civil, cinq ans d'application de l'article 9-1 du Code civil, *JCP 1998*, I, 166. De même, Cf. la modification de l'article 9-1 C.civ. par l'article 91 de la loi du 15 juin 2000). Si la personne fait l'objet d'un non lieu, elle peut demander à la juridiction d'instruction la publication dans la presse de la décision ou d'un communiqué indiquant les motifs et le dispositif de l'ordonnance ou de l'arrêt de non lieu (Article 177-1 C.pr.pén. pour le juge d'instruction et 212-1 pour la chambre d'accusation. La loi du 15 juin 2000 a renforcé ce mécanisme dans un article 96, en permettant au juge d'instruction ou au Procureur de la République de prendre l'initiative de cette procédure. De même, si l'initiative vient de la personne ayant fait l'objet du non-lieu, la décision du juge qui refuse la demande doit rendre une ordonnance motivée susceptible d'appel). L'action en responsabilité civile délictuelle est enfin ouverte à l'encontre de ceux qui auraient mis en cause une personne présumée innocente ou dont l'innocence a été avérée. La dimension fondamentale du principe conduit donc à protéger « *l'innocent présumé comme l'innocence avérée* ». CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P. *Procédure pénale*, Armand-Colin, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 2000, n°44, p. 29.







## Seconde partie : L'action des principes directeurs du procès judiciaire

**279. L'action des principes directeurs et les systèmes juridiques.** Les principes ne sont pas isolés dans l'univers juridique. Leur action se produit au sein d'un ou plusieurs systèmes. Pour le Professeur BERGEL, « le droit constitue (...) un système organisé autour d'un certain nombre de principes, de notions fondamentales, de procédés techniques dont la mise en œuvre suppose certaines méthodes »<sup>1513</sup>. Henri BUCH définissait de son côté les « principes généraux d'un système dans leur combinaison » comme « l'ensemble des propositions directrices, auquel tant la structure que le développement du système sont subordonnés »<sup>1514</sup>.

Les deux auteurs formulent ainsi l'hypothèse selon laquelle les principes s'intègrent dans un système qui les englobe et qu'au sein de ce système, ils ont une action qui leur est propre. Comment peut-on définir la notion de système et quelle place doit-on attribuer aux principes directeurs dans ce système ? Telles sont les questions liminaires qu'il faut aborder succinctement pour éclairer l'action des principes directeurs.

**280. Le système du droit.** L'essor de l'analyse systémique transdisciplinaire est due au biologiste américain VON BERTALANFLY qui publia en 1973 une « *Théorie générale des systèmes* »<sup>1515</sup>. Celui-ci explique que la théorie des systèmes naît de la nécessité de faire face aux problèmes « de totalité, d'interaction dynamique et d'organisation »<sup>1516</sup>. Le professeur GASSIN poursuit cette analyse en expliquant que l'identification de phénomènes de « causalité linéaire » ne permet pas une représentation fidèle de la réalité. Les phénomènes se trouvent « en interaction les uns avec les autres et subissent, eux-mêmes, à leur tour, l'effet du phénomène qu'ils ont d'abord engendré »<sup>1517</sup>. L'intérêt de l'analyse systémique réside dès lors dans l'étude des phénomènes « dans leur globalité et leur complexité »<sup>1518</sup>.

Un système est avant tout composé d'un ensemble, soit d'une « collection d'éléments, munis de caractéristiques propres » mais « qui n'interagissent pas entre eux »<sup>1519</sup>. Dans le système, ces éléments entrent en interaction. Pour mettre en évidence

---

<sup>1513</sup> BERGEL J.L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°180, p. 207.

<sup>1514</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p. 55.

<sup>1515</sup> VON BERTALANFLY L. *Théorie générale des systèmes*, Dunod, Paris, 1973.

<sup>1516</sup> *Ibid*, p. 29.

<sup>1517</sup> GASSIN R. Système et droit, *RRJ* 1981, p. 353.

<sup>1518</sup> SAMPER CH. Argumentaire pour l'application de la systémique au droit, *APD* 1999, t. 43, p. 327.

<sup>1519</sup> MINATI G. Introduction à la systémique, (document internet), <http://www.afcet.org/public/pp.g...archives/g.minati/intro.minati.04>.

l'existence d'un système, on doit prendre en considération trois critères : il faut qu'existe un ensemble d'éléments ; que ces éléments forment une unité et qu'ils interagissent entre eux de telle sorte que le système forme une organisation<sup>1520</sup>. L'analyse systémique permet alors d'étudier chaque interaction individuellement mais elle s'intéresse aussi et surtout « *au produit de l'interaction des éléments* »<sup>1521</sup>.

Le droit doit être conçu comme un système. Il n'est pas « *une collection de normes, mais un ensemble coordonné de normes, qu'une norme ne se trouve jamais seule, mais liée à d'autres normes, avec lesquelles elle forme un système normatif* »<sup>1522</sup>. L'unité du système est fondée sur l'idée de l'ordre juridique. Une norme est intégrée dans le système si elle présente une juridicité<sup>1523</sup>. Le système juridique n'est pas isolé, on peut le considérer comme un sous-système de normes sociales. Pour DWORKIN, la cohérence du système juridique repose sur le fait qu'il est fondé sur une seule « *doctrine éthique et politique* »<sup>1524</sup>. L'interaction du système juridique avec le système social passe donc par le lien existant entre la « *doctrine éthique et politique* »<sup>1525</sup> et les normes juridiques.

**281. Les systèmes du droit processuel.** Les principes directeurs forment aussi un système. Chaque principe en est un élément ; les caractères communs à tous les principes permettent de mettre en lumière l'unité du système ; enfin, les principes entretiennent entre eux des interactions qu'il faudra expliciter ci-après.

L'analyse systémique consiste notamment dans l'identification des éléments du système et la recherche des relations entre ces éléments<sup>1526</sup>. Une méthode d'identification des principes directeurs a été proposée dans la première partie de ce travail. Il faut à présent s'attacher aux relations qu'entretiennent les principes au sein de leur propre système et avec les systèmes qui les entourent. Une telle étude passe par la mise en valeur des différents types de relations qui s'établissent entre les principes directeurs et les autres éléments du système normatif processuel ou entre les principes directeurs et le système que constitue le procès judiciaire.

Le système des principes directeurs est un sous-système de l'ordre juridique. Le Professeur SEVE remarque à ce titre qu'un « *système est d'autant plus parfait que les principes sont en plus petit nombre* »<sup>1527</sup>. Dans le système juridique que représente le droit processuel, les principes directeurs sont effectivement en petit nombre lorsqu'on les compare à l'autre sous-système constitué des règles techniques. La première approche du droit processuel au moyen de l'analyse systémique vise à étudier isolément les relations qui existent entre un principe directeur et les règles techniques prises pour son application. Dans cette perspective, chaque principe est au sommet d'un sous-système particulier constitué de règles regroupées dans une matière déterminée. L'autre perspective est globalisante. Elle réside dans l'étude des relations d'ensemble qu'entretiennent système des principes directeurs et système des règles techniques. Il faudra alors admettre l'existence de relations

<sup>1520</sup> SAMPER CH., *op. cit.*, p. 328.

<sup>1521</sup> MINATI G., *op. cit.*, p1.

<sup>1522</sup> Noberto BOBIO cité par TROPER M. *Système juridique et Etat, APD 1986*, t. 31, p. 29.

<sup>1523</sup> *Ibid*, p. 30. Cf. aussi sur la juridicité, *supra*, n°42 et suiv.

<sup>1524</sup> Cité par GUASTINI R. *Théorie et ontologie du droit chez DWORKIN, Droit et société 1986*, n°2, p. 15.

<sup>1525</sup> Que nous avons nommé la « dimension téléologique » des normes. Cf. *supra*, n°113 et suiv.

<sup>1526</sup> GASSIN R. *Système et droit, op. cit.* p. 360.

<sup>1527</sup> Citant CONDILLAC, SEVE R, *Introduction, APD 1986, Le système juridique*, t. 31, p. 1.

---

hiérarchiques entre les deux systèmes<sup>1528</sup>. L'étude de ces relations permettra de mettre en évidence l'action des principes directeurs au sein du système normatif processuel (titre 1).

Au-delà de ce système de normes, c'est le procès judiciaire lui-même qui doit être considéré comme un système. Ce dernier comporte un ensemble d'éléments formé par les normes du droit processuel privé (le système normatif processuel), les acteurs du procès et les actes accomplis pendant la procédure. Dans le procès judiciaire, les principes directeurs s'analysent encore en un sous-système (parmi les normes du droit processuel) qui va entrer en interaction avec les deux autres sous-systèmes que sont les actes et les acteurs du procès. C'est autour de ces interactions que s'établit l'action des principes directeurs sur le déroulement du procès judiciaire (titre 2).

---

<sup>1528</sup> Formellement cette relation est discutable. Le Professeur TROPER explique qu'un système hiérarchique est celui dans lequel les normes sont justifiées par d'autres. Tel n'est pas le cas d'un Code, dont tous les articles sont juxtaposés sans relation hiérarchique apparente (TROPER M. *Système juridique et Etat*, *op. cit.*, p. 41). Il faut pourtant considérer, selon le critère matériel, qu'il existe dans ce Code des principes supérieurs aux règles techniques.



## Titre 1 : L'action des principes directeurs du procès judiciaire au sein du système normatif processuel

**282.** Dans le système normatif processuel, les principes directeurs entretiennent de nombreuses relations cohérentes ou contradictoires. On peut parler d'une action interne au système des principes directeurs (chapitre 1). Mais les principes ne vivent pas reclus sur eux-mêmes et le système qu'ils composent est ouvert sur l'extérieur. Les relations qu'ils entretiennent vont avoir des incidences sur les règles techniques. A ce titre les principes exercent une action individuelle ou collective sur les autres normes du système normatif processuel. C'est l'action externe des principes directeurs (chapitre 2).

### **Chapitre 1 : L'action interne : les relations entre principes au sein du système des principes directeurs du procès judiciaire**

**283.** Les principes directeurs évoluent dans le cadre déterminé par le droit processuel. Ils possèdent chacun leur domaine d'action et entretiennent des relations les uns avec les autres. L'exploration du champ relationnel (section 1) dans le système des principes ouvre ainsi la voie à l'étude des modalités relationnelles qui se développent dans ce champ (section 2).

#### *Section 1 : Le champ relationnel des principes directeurs du procès judiciaire*

**284.** Chaque principe directeur règne sur un territoire déterminé de la procédure. Certains se partagent le champ processuel dans le temps ; d'autres s'appliquent à des personnes ou des actes en particulier. Pourtant, les principes ne sont pas isolés les uns vis-à-vis des autres. Dans le cadre de leur action, ils peuvent rencontrer d'autres principes et entrer en interaction (§ 1). Il peut se trouver des hypothèses dans lesquelles une répartition du champ processuel a été prévue de façon à ce que des principes opposés ne se rencontrent pas. Leur domaine d'action doit théoriquement être considéré comme non-interactionnel (§ 2).

#### **§ 1 : Le champ interactionnel**

**285.** Un problème procédural peut conduire à mettre en jeu plusieurs principes théoriquement étrangers les uns vis-à-vis des autres. Chaque principe gouverne l'application d'un ensemble de règles techniques. Il se peut qu'une même règle soit issue de deux principes ou encore que deux règles qui ont pour origine deux principes distincts s'opposent ou se superposent. Ce phénomène peut être décrit comme une intersection entre les deux principes (A). Par ailleurs, il existe des ensembles de principes qui peuvent être regroupés sous l'égide d'un principe plus vaste. Il s'agit alors d'une relation d'inclusion d'un ou plusieurs principes dans un autre (B).

### A) L'intersection entre plusieurs principes directeurs du procès judiciaire

**286.** En procédure pénale, on peut illustrer la rencontre de deux principes à l'occasion du mécanisme de révision. Lorsqu'une décision a acquis l'*autorité de la chose jugée*, il n'est plus possible de revenir dessus. L'article 618 du Code de procédure pénale indique ainsi que lorsque la Cour de cassation a rejeté un pourvoi, la partie qui l'a formé ne peut plus se pourvoir en cassation. Elle perd en principe tout recours interne. Il reste que le principe du *droit au recours* met un dernier obstacle à l'*autorité de la chose jugée* dans les hypothèses prévues à l'article 620 du même Code. Une personne a été déclarée coupable d'avoir commis une infraction mais la survenance d'un fait nouveau révèle son innocence ou fait naître un doute sur la culpabilité<sup>1529</sup>. Le *droit au recours* ordonne l'ouverture d'une action que l'*autorité de la chose jugée* prohibe. La rencontre entre les deux principes produit une confrontation qui se résout par l'éviction de l'un au profit de l'autre sur ce point particulier de rencontre.

L'interférence entre principes peut présenter une plus grande complexité. A propos de la question du renvoi à une audience ultérieure d'une affaire qui a été fixée pour être plaidée, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé en 1989 que « *si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable ; que la faculté d'accepter ou de refuser le renvoi (...) relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral* »<sup>1530</sup>. Cet arrêt met en évidence - sur la question particulière du renvoi - pas moins de quatre principes. Le principe de *coopération* est le premier concerné. Les parties ont la libre disposition de l'instance mais le juge n'est pas lié par leur demande de renvoi. C'est lui qui détermine les délais et fixe les dates qui ponctuent le déroulement du procès. Il conserve la faculté de faire droit ou non à une demande de renvoi notamment en fonction de l'impératif qui est le sien de respecter le principe de *célérité*. *Coopération* et *célérité* se rencontrent donc pour renforcer les pouvoirs du juge. Toutefois, le juge est tenu de respecter le droit des parties à un débat oral. Comme le souligne un des commentateurs de l'arrêt, c'est tout autant le principe d'*oralité* que celui du *contradictoire* qui interviennent<sup>1531</sup> pour encadrer les pouvoirs du juge. Les principes se rencontrent tous en un même point et agissent en groupe pour permettre à la juridiction suprême d'adopter une solution d'équilibre entre pouvoirs du juge et droits des parties.

Ces intersections complexes existent encore en matière de détermination des compétences juridictionnelles entre ordres de juridiction. Cette fois, il ne s'agit pas d'un point précis du droit processuel qui est en cause mais d'une question plus générale : celle du choix de la juridiction compétente. Plusieurs principes doivent être pris en considération à cet égard. Le principe de la *séparation des autorités administrative et judiciaire* et celui de

---

<sup>1529</sup> BREDIN J.D., Le doute et l'intime conviction, *Droits*, 1996, n°23, p. 21. Le doute sur la culpabilité permet de conclure que l'*intime conviction* des premiers juges a été viciée. Ce dernier principe entre aussi en confrontation avec l'*autorité de la chose jugée*.

<sup>1530</sup> Cass. ass. plén. 24 novembre 1989, *Dalloz* 1990, juris., p. 25, conclusions CABANNES J. ; *JCP* 1990, II, 21407, note CADIET L.

<sup>1531</sup> « *Il ne faudrait pas exagérer le droit des parties à l'oralité des débats, surtout devant le tribunal de grande instance dans le cadre de la procédure contentieuse ordinaire avec représentation obligatoire des parties et mise en état des causes* » explique le Professeur CADIET ajoutant « *il convient d'insister davantage et plus largement sur le respect du principe de la contradiction que le juge doit faire observer et observer lui-même en toutes circonstances* ». *Ibid.*, n°12 et 13.



*l'indépendance des procédures*<sup>1532</sup> confèrent au juge administratif un large pouvoir et une certaine autonomie de décision alors que *l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles* et la *plénitude de juridiction*<sup>1533</sup> du juge répressif, tendent à favoriser la primauté de compétence des juridictions judiciaires. Au cas par cas, les principes antagonistes vont s'affronter donnant à l'une ou l'autre des juridictions compétence pour trancher le litige. Dans le cas d'une voie de fait, la *séparation des fonctions* cède devant l'atteinte à une *liberté*<sup>1534</sup>. Par contre un même fait peut conduire à des poursuites répressives et administratives. Principes d'*indépendance des procédures* et de *plénitude de juridiction*, conduisent alors à une double compétence des juges administratifs et répressifs, chacun dans leur domaine respectif<sup>1535</sup>. Les principes qui agissent en groupe se trouvent parfois réunis dans une relation d'inclusion avec un principe qui les englobe.

#### B) L'inclusion d'un ou plusieurs principes dans un autre

**287.** Un principe peut en contenir plusieurs autres. Un exemple simple peut être choisi avec le principe de la *liberté de la preuve*. L'article 427 du Code de procédure pénale évoque tout autant le principe de *liberté* dans la production des preuves que celui de *liberté* dans l'appréciation des preuves par le juge (*intime conviction*). Chacune de ces normes connaît des développements jurisprudentiels indépendants mais trouve sa substance dans la même idée de *liberté* et son fondement dans le même texte. Des situations plus complexes peuvent se présenter. On trouve notamment des relations d'inclusion dans la décomposition d'un principe générique (a). Bien que cette décomposition ne soit pas toujours apparente dans le droit positif (b), elle met en évidence l'existence de principes matriciels dans le droit processuel (c).

##### a) L'émancipation d'un principe générique

**288.** Le principe de la *séparation des fonctions* vise à protéger l'*impartialité* des magistrats. Il signifie qu'un même magistrat ne peut occuper plusieurs fonctions au cours du même procès. Trois dispositions du Code de procédure pénale y font allusion. La première est l'article 49 al 2 qui interdit au juge d'instruction de « *participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction* ». La deuxième est l'article 253 qui interdit à toute personne ayant pris un acte de poursuite, d'instruction, de mise en accusation ou une décision sur le fond à propos de la culpabilité d'une personne poursuivie pour crime, de siéger dans la Cour d'assises qui jugera cette personne. La troisième a été intégrée au Code de procédure pénale dans un article 137-1 par la loi du 15 juin 2000<sup>1536</sup>. Elle s'adresse au juge des libertés et de la détention qui ne peut « *à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu* ». Au regard de ces trois articles, on peut dire que d'une part, le principe de *séparation des fonctions d'instruction et de jugement* est prévu

<sup>1532</sup> Visé par la jurisprudence, C.A. Aix-en-Provence, 5<sup>ème</sup> chambre, 18 décembre 1997, *Bull. Aix. 1998-1*, p. 368, observations BONFILS PH. ; ou par la doctrine, TIXIER G. LAMULLE TH. note sous Cass. crim. 20 juin 1996, *Dalloz 1997*, juris., p. 249.

<sup>1533</sup> La CEDH définit ce principe comme le pouvoir par le tribunal saisi en matière pénale de réformer en tous points en fait comme en droit la décision prise. CEDH 23 octobre 1995 *schmautzer c/ Autriche*, série A, n°328-A.

<sup>1534</sup> Cf. notamment l'analyse de NORMAND J. Le juge judiciaire, gardien non-exclusif des libertés. Le cas des étrangers, *RTD civ. 1996*, p. 235.

<sup>1535</sup> Cass. crim. 20 juin 1996, *précité*.

<sup>1536</sup> Article 48 de la loi.

de façon générale ; d'autre part, devant la Cour d'assises, ce sont plusieurs principes qui sont mis en avant : celui de *séparation des fonctions de poursuite et de jugement*, d'*instruction et de jugement*, ou de *double jugement* (deux décisions sur le fond d'un même litige) ; enfin, le principe de séparation connaît une application particulière au regard du juge des libertés et de la détention. La jurisprudence a développé ces principes textuels. Le principe de *séparation des fonctions de poursuite et de jugement* a été affirmé de façon générale dès 1960<sup>1537</sup> et repris dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale issu de la loi du 15 juin 2000. En ce qui concerne la *séparation des fonctions d'instruction et de jugement*, le principe existe depuis la loi du 8 décembre 1897<sup>1538</sup>. Il est clairement posé par l'article 49 al 2 du Code de procédure pénale et repris en jurisprudence de façon constante<sup>1539</sup>. De même, la jurisprudence sépare les fonctions de poursuite et d'instruction. Dans l'arrêt de 1960, la chambre criminelle a généralisé les prescriptions de l'article 253 du Code de procédure pénale et censuré la présence dans la chambre d'accusation d'un magistrat ayant, dans la même affaire, pris des réquisitions en tant que membre du parquet<sup>1540</sup>. Selon un auteur, on doit évoquer de façon générale « *l'incompatibilité des fonctions du ministère public et des fonctions de juge* »<sup>1541</sup>. En matière d'application des peines, si le juge d'application des peines est autorisé à siéger dans la juridiction qui a prononcé la condamnation<sup>1542</sup>, il n'en est pas de même lorsque le tribunal correctionnel statue sur le recours contre une mesure prise par le juge d'application. L'article 733-1 qui prévoit ce recours fait interdiction au juge de l'application des peines de « *siéger au sein du tribunal saisi de l'une de ses décisions* ». Il ne s'agit pas ici de l'expression d'un principe de *séparation des fonctions* de jugement et d'application des peines mais plutôt de la règle qui interdit à un magistrat de juger deux fois une affaire sur le

---

<sup>1537</sup> Cass. crim. 15 mars 1960, *Bull. crim.*, n°148.

<sup>1538</sup> PRADEL J. VARINARD A., *Les grands arrêts du droit criminel*, 4<sup>ème</sup> éd., t. 2, Sirey, Paris, 1998, p.8.

<sup>1539</sup> Notamment CEDH 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, série A n°86 ; Cass. crim. 27 juin 1996, *Bull. crim.*, n°279. Pour une étude détaillée du principe et de ses atténuations, LESCLOUS V. MARSAT C. *Chronique des parquets et de l'instruction, Droit pénal*, 1995, n°12, p. 2.

<sup>1540</sup> Cf. cependant sur la possibilité pour un magistrat du siège d'exercer par la suite, dans le même dossier, des actes de poursuite. Cass. crim. 3 novembre 1992, *Droit pénal 1993*, n°4, com. n°99, observations MARON A.

<sup>1541</sup> JOSSERAND S. *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, Paris, 1998, p. 222 et suiv.

<sup>1542</sup> ROSSI H. De l'association du juge de l'application des peines à la juridiction de jugement, *JCP 1964*, I, 1833. La solution est contestable d'un point de vue dogmatique car elle rompt la logique séparatiste. Cette critique doit être réitérée au regard des modifications apportées par l'article 125 de la loi du 15 juin 2000 qui procède à une « *juridictionnalisation de l'application des peines* ». En effet, un certain nombre de décisions prises par le juge d'application des peines qui possédaient la qualification de mesures d'administration judiciaire deviennent juridictionnelles. (placement à l'extérieur, semi-liberté, fractionnement et suspension de la peine, libération conditionnelle). Ces décisions doivent être prises après débat contradictoire en chambre du conseil et le condamné bénéficie de l'assistance de son avocat. Elle doivent être motivées et sont susceptibles d'appel devant la chambre des appels correctionnels (LE GUNEHEC F. Aperçu rapide de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Quatrième partie : dispositions concernant l'application des peines et l'après-jugement, *JCP 2000*, actualités, p. 1407). La loi du 15 juin 2000 confère au mécanisme d'application des peines un caractère juridictionnel à part entière. Il serait donc logique que le juge d'application des peines soit soumis au principe de *séparation des fonctions* à l'instar des autres magistrats du ministère public et des juridictions répressives. CARTIER M.E. La judiciarisation de l'exécution des peines, *RSC 2001*, p. 87. Sur le report de l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 15 juin 2000 relatives à l'application des peines, LE GUNEHEC F. Les deux étapes de la juridictionnalisation de l'application des peines, commentaire DD. 13 et 30 décembre 2000 relatifs à l'application des peines, et de certaines dispositions de L. 30 décembre 2000, *JCP 2001*, actualités, p. 173.

fond. Inspirée par la même idée d'*impartialité*, cette règle ne doit pas être confondue avec le principe de *séparation des fonctions*.

D'autres principes de séparation ont pu être dégagés en jurisprudence au-delà de la matière pénale. En matière commerciale, la Cour d'appel de Grenoble s'est fondée sur l'article 6§1 de la CESDH, sur l'article 1 du nouveau Code de procédure civile - duquel elle déduit l'interdiction de la saisine d'office - et sur le principe de *séparation des fonctions d'instruction et de jugement*, pour interdire à un juge commissaire d'une procédure collective de siéger dans la juridiction de jugement<sup>1543</sup>. L'annotateur de l'arrêt en déduit l'existence dans les procédures de redressement et liquidation judiciaire des entreprises, d'un principe de *séparation des fonctions d'administrateur et de juge*.

La séparation des fonctions, principes générique, se développe au moyen d'autres principes formant ainsi une relation d'inclusion entre le principe générique et les principes affiliés. Une telle inclusion peut parfois être incertaine.

#### b) L'inclusion incertaine

**289.** L'article 1351 du Code civil est l'expression textuelle de l'adage *non bis in idem* qui se traduit aujourd'hui par le principe de l'*autorité de la chose jugée*. La question qui peut être posée est celle de savoir si l'article 1351 C.civ. exprime un principe générique qui inclut d'une part le principe *non bis in idem* et d'autre part celui de l'*autorité au civil de la chose jugée au pénal*<sup>1544</sup>. Cette controverse opposait déjà les auteurs au début du 19<sup>ème</sup> siècle<sup>1545</sup>. MERLIN prenait position en faveur du rattachement de l'*autorité du criminel sur le civil*, à l'article 1351 C.civ. en raison de la triple identité de parties, d'objet et de cause qui caractérise ce principe. TOUVIER estimait au contraire que l'objet du litige et les parties différaient dans les procès civil et pénal. L'*autorité du criminel* ne trouvait pas son fondement dans l'article 1351 du Code civil mais dans le caractère exclusif de la compétence des juridictions répressives qui limitent les pouvoirs des juges civils<sup>1546</sup>.

L'argument paraît convaincant mais il faut constater que la jurisprudence n'est pas aussi claire. Si aucun argument théorique ne permet de lier le principe *non bis in idem* et celui de l'*autorité du criminel sur le civil* autour d'un principe générique tiré de l'article 1351, on relève pourtant un certain nombre de décisions jurisprudentielles qui associent le principe de procédure et le texte du Code civil. Dans une décision du 22 juillet 1952, la chambre commerciale de la Cour de cassation décidait que « *si les décisions de la justice pénale ont au civil l'autorité de la chose jugée (...) elles sont soumises à la règle de la relativité de la chose jugée par l'article 1351* »<sup>1547</sup>. Plus récemment, deux arrêts de la chambre sociale ont opéré un parallèle en associant le principe procédural et l'article 1351. Dans le premier arrêt, la Cour de cassation condamne les juges du fond pour avoir admis un licenciement fondé sur des faits pour lesquels la personne avait été relaxée aux motifs que « *la Cour d'appel a violé*

<sup>1543</sup> CA Grenoble 11 septembre 1997, *Dalloz 1998*, juris., p. 128, note RENUCCI J.F.

<sup>1544</sup> Ou encore *autorité du criminel sur le civil*.

<sup>1545</sup> CHAVANNE A. Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, *RSC 1954*, p. 239.

<sup>1546</sup> *Ibid*, p. 244 et suiv. La doctrine actuelle semble suivre cette voie en justifiant le principe par l'idée de « *primauté de la décision répressive sur la décision civile* ». En ce sens, STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B. *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 17<sup>ème</sup> éd., 2000, n°978, p. 906.

<sup>1547</sup> Cass. com. 22 juillet 1952, *Dalloz 1952*, juris., p. 746. Dans le même sens, Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 11 juillet 1956, *JCP 1956*, II, 9584 (1<sup>ère</sup> espèce), note ESMEIN P. La portée de ces arrêts est limitée puisqu'ils traitent, dans les deux espèces, de la question de l'autorité de la chose jugée au regard de l'action civile.

*l'article 1351 du Code civil, (et) le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil (...).* Dans la seconde espèce, elle statuait sur des faits similaires. La décision est plus significative car la Cour se réfère dans son visa à l'article 1351 et au principe de *l'autorité au civil de la chose jugée au pénal*. Elle constate ensuite que les juges d'appel ont « violé le texte et le principe susvisé »<sup>1548</sup>. Le principe n'est pas fondé directement sur le texte et l'on ne peut affirmer clairement que *l'autorité du criminel sur le civil* se rattache à la disposition du Code civil. En revanche, on peut imaginer que si *l'autorité du criminel* n'est pas incluse dans le principe de l'article 1351 (*non bis in idem*), les deux normes se complètent pour former les deux aspects d'un principe générique de *l'autorité de la chose jugée*. Le principe *non bis in idem* est le premier aspect de *l'autorité de la chose jugée*. Il se décline lui-même en *autorité du civil sur le civil* et en *autorité du criminel sur le criminel*. Le principe de *l'autorité du criminel sur le civil* constitue l'autre volet du principe générique. Sa fonction est différente, elle consiste à régler les conflits de décisions entre les deux juridictions.

Cette relation d'inclusion demeure incertaine car il est impossible de dégager clairement un principe générique d'*autorité de la chose jugée* en droit positif. Tout au plus le rapprochement est-il explicitement opéré en doctrine<sup>1549</sup>. La complexité est grandissante lorsque l'on aborde la question des principes génériques dits « matriciels ».

### c) Principes génériques et principes matriciels

**290.** Les principes matriciels ont été initialement définis par la doctrine constitutionnelle comme des principes qui « engendrent d'autres droits de portée et de valeur différentes »<sup>1550</sup>. De tels principes, doivent permettre au législateur de conserver une marge de manœuvre et de se référer à des règles qui en découlent. Un principe matriciel engendre des principes dits « dérivés ». La relation qui s'établit entre principe matriciel et principe dérivé est bien une relation d'inclusion. La doctrine privatiste a repris cette idée en qualifiant l'article 9 du Code civil de « matrice des droits de la personnalité »<sup>1551</sup>. Le principe énoncé vise une règle de droit substantiel : *l'intimité de la vie privée*, mais l'on sait que cette règle possède des répercussions procédurales<sup>1552</sup>. Le principe matriciel présente cette caractéristique de n'être pas limité dans le nombre de ses applications. Si cela est vrai pour chaque principe dans ses relations avec les règles techniques qui assurent sa mise en œuvre, en ce qui concerne les principes matriciels il semble que ce type de normes soit de nature à engendrer un nombre indéfini d'autres principes<sup>1553</sup>.

Tel est le cas par exemple des principes des *droits de la défense* et du *procès équitable* qui demeurent très proches l'un de l'autre. Il s'agit de normes qui contiennent en leur sein une pluralité d'autres principes. Ces dernières ont aussi la capacité d'engendrer de nouveaux principes. Par exemple, le *procès équitable* a constitué le fondement de la création jurisprudentielle du principe de *l'égalité des armes* en droit européen<sup>1554</sup>. Les principes

<sup>1548</sup> Cass. soc. 19 mars 1997 et Cass. soc. 20 mars 1997, *JCP* 1997, II, 22887, note PUIGELIER C.

<sup>1549</sup> STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B. *Procédure pénale, op. cit.*, n°970, p. 895.

<sup>1550</sup> MATHIEU B. Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *Dalloz* 1995, chron., p. 211.

<sup>1551</sup> SAINT PAU J.CH. note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1998, *Dalloz* 1999, juris., p. 541.

<sup>1552</sup> Sur son incidence en matière probatoire, Cf. notamment, notes sous l'article 9 C.civ. B) n°21 et suiv.

<sup>1553</sup> La dénomination « principe-cadre » a pu être utilisée pour qualifier ces normes. Cf. *supra*, n°106 et suiv.

<sup>1554</sup> Cf. *supra*, n°87.

matriciels ne génèrent pas uniquement des principes. Ils ont aussi une existence propre en tant que principe. En ce sens, ils génèrent eux-mêmes des règles techniques qui leur sont exclusivement attachées. L'article 197 du Code de procédure pénale prévoit des délais minima de convocation des parties devant la chambre d'accusation. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que « *ces prescriptions sont essentielles aux droits des parties et doivent être observées à peine de nullité* » et de constater que « *les droits de la défense, que le texte susvisé a pour objet de préserver, subissent une atteinte (...)* »<sup>1555</sup>. Certaines dispositions techniques sont donc directement liées aux *droits de la défense* et ne transitent pas par un autre principe.

Au sein du système des principes directeurs, les principes matriciels ont une place à part. Plus que de simples principes, ce sont des notions génériques aptes à embrasser des situations multiples, à générer des normes susceptibles de régler les litiges nés de ces situations. Equivalents à de simples principes, ils engendrent comme leurs homologues des règles techniques dans un domaine défini. Ce domaine peut rencontrer celui d'autres principes, mais il peut aussi l'ignorer. S'établit alors un champ non-interactionnel.

## § 2 : Le champ non-interactionnel

**291.** Le champ non-interactionnel représente l'ensemble des situations dans lesquelles un principe n'interfère pas dans le champ d'un autre. Si chaque principe est lié à un ou plusieurs autres, il en existe qui s'ignorent. Cette absence de rapport entre principes se produit lorsque leur objet diffère totalement. Le principe de *publicité des débats* n'a aucune interférence avec le principe selon lequel *la charge de la preuve appartient à celui qui allègue un moyen*. Le premier a pour objet de régir le déroulement des débats lors de l'audience et le second de répartir les obligations des parties quant à la preuve de leurs prétentions. Il n'y a pas de difficulté à comprendre que deux principes qui n'ont pas le même objet s'ignorent. La situation devient plus complexe lorsque deux principes s'opposent dans leur contenu. Cette confrontation devrait produire une interaction mais il est des hypothèses dans lesquelles deux principes contraires vont se répartir leur domaine d'action (A). Un tel partage ne permet pas d'éviter d'éventuels empiètements d'un principe dans le champ d'un autre (B) ou encore la mise en concurrence des deux principes (C).

### A) Le partage du champ procédural

**292.** Deux principes se partagent le champ procédural lorsqu'ils règlent différemment une question juridique identique. Les deux principes possèdent une légitimité qui justifie leur action dans le système normatif. Il faut donc ménager un domaine distinctif pour chacun d'entre eux. Le partage du champ procédural relève d'un souci d'équilibre rendu nécessaire par l'existence d'enjeux opposés. On trouve des illustrations de ce phénomène lorsqu'il s'agit de déterminer si une affaire sera instruite ou jugée à *juge unique* ou par une juridiction *collégiale*. Le partage s'impose encore à propos de la *publicité* ou du *secret* de la procédure.

**293. Juges uniques ou collégialité ?** La répartition du contentieux judiciaire entre composition collégiale et unicité du juge ne connaît pas de logique ou de critère déterminant. Au fil des réformes, se dessine une carte des juridictions solitaires et collégiales. Dans le domaine du *juge unique*, se trouvent aussi bien le tribunal d'instance, le juge des référés, le juge aux affaires familiales, celui de la mise en état, de l'expropriation, des accidents de la circulation, de l'exécution. En matière pénale, le juge d'instruction, le juge des libertés et de

---

<sup>1555</sup> Cass. crim. 15 octobre 1996, *Daloz* 1997, som. com., p. 145, observations PRADEL J.

la détention, le tribunal de police statuent seuls. C'est encore le cas du juge des enfants qui tient son audience en chambre du conseil ou encore du tribunal correctionnel pour certains délits déterminés par la loi<sup>1556</sup>. Le champ de la collégialité demeure celui du Tribunal de grande instance, des juridictions spécialisées (Tribunal de commerce...), du Tribunal correctionnel pour les délits qui n'entrent pas dans les prévisions de l'article 398-1 du Code de procédure pénale, de la Cour d'assises statuant en premier ressort et en appel<sup>1557</sup>, de la Cour d'appel et de la Cour de cassation<sup>1558</sup>. La division de la matière procédurale entre *juge unique* et *collégialité* dépend donc principalement de la matière qui forme l'objet du litige mais aussi du degré de juridiction. Ces deux critères permettent de déterminer dans la quasi-totalité des cas le principe applicable.

**294. *Publicité ou secret ?*** La procédure doit-elle être publique ou secrète ? La réponse à cette question ne dépend ni de la matière ni de la juridiction concernée par le litige. Elle est liée au déroulement du procès. La phase préparatoire de la mise en état est secrète. Le principe est affirmé avec force dans l'article 11 du Code de procédure pénale<sup>1559</sup>, mais il s'applique aussi dans le procès civil<sup>1560</sup>. La *publicité* de l'audience de jugement est, quant à elle, d'application générale<sup>1561</sup>. Le principe est affirmé tant par la loi du 5 juillet 1972, que par les Codes procéduraux<sup>1562</sup>. Le procès éclate au grand jour et l'opinion devient témoin du bon déroulement du procès et du respect des formes. La *publicité* cède la place au *secret* au moment des délibérés. Les juges se retirent alors pour élaborer leur décision. L'article 448 du nouveau Code de procédure civile prévoit que « *les délibérations sont secrètes* », la même solution est retenue en procédure pénale par la jurisprudence<sup>1563</sup>. Les principes opposés s'alternent sans se rencontrer. Le temps du procès constitue le critère qui détermine leur intervention ou leur retrait dans la procédure. Chacun possède son champ d'action mais ne nuit pas à l'autre. Ce respect mutuel n'est pas systématique et il arrive qu'un principe empiète dans le domaine d'action de celui qui lui est opposé.

#### B) L'empiètement d'un principe dans le champ d'un autre

**295.** L'empiètement est un mécanisme qui consiste pour un principe directeur à pénétrer dans le domaine de prédilection du principe qui lui est opposé. Progressivement, sans que cela ne produise une confrontation directe, un principe perd du terrain au profit d'un autre. Ce mouvement peut se doubler d'un phénomène d'interpénétration qui conduit chacun des principes opposés à s'introduire dans le domaine de l'autre.

---

<sup>1556</sup> Article 398-1 C.pr.pén.

<sup>1557</sup> Article 296 C.pr.pén. dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000.

<sup>1558</sup> PERROT R. *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Paris, 8<sup>ème</sup> éd., 1998, n°493 et suiv., p. 400 et suiv. PERROT R. Le juge unique en droit français, RIDC 1977, p. 659.

<sup>1559</sup> Sous réserve de l'exception formulée par cet article *in fine*, depuis la loi du 15 juin 2000. Sur ce point, Cf. *infra* n°296.

<sup>1560</sup> Le Professeur PERROT affirme que « *devant les juridictions civiles, commerciales, sociales et administratives, ce principe n'a jamais suscité le moindre doute tellement il est évident* ». PERROT R. *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Paris, 8<sup>ème</sup> éd., 1998, n°572, p. 478.

<sup>1561</sup> Sous réserve des exceptions légales. Cf. sur ce point, *infra* n°296.

<sup>1562</sup> Articles 22 et 433 nouv.C.pr.civ. et articles 306, 400, 512, et 535 C.pr.pén.

<sup>1563</sup> Notamment Cass. crim. 29 avril 1998, *Dalloz* 1999, juris., p. 221, note BOULOC. Dans cet arrêt, la Cour affirme qu'« *en vertu du principe absolu et d'ordre public du secret du délibéré, seuls les juges qui ont assisté aux débats peuvent délibérer* ».

Le droit de la preuve est dominé par deux principes qui se partagent le champ procédural : le principe de la *liberté de la preuve* qui régit le domaine des faits juridiques et le principe (ou système) des *preuves légales* qui s'applique aux actes juridiques<sup>1564</sup>. En droit judiciaire privé, le principe des *preuves légales* connaît de très nombreuses atténuations qui sont autant de manifestations de l'infiltration du principe de la *liberté de la preuve*. D'une part, le droit commercial est entièrement soumis à la *liberté*<sup>1565</sup> ; les actes de commerce peuvent donc être prouvés par tous moyens. D'autre part, les contrats dont le montant est inférieur à cinq milles francs sont encore soustraits aux exigences d'une preuve légale<sup>1566</sup>. En procédure pénale, le mouvement inverse se produit. D'une part, le principe applicable en droit civil s'impose logiquement à la juridiction pénale lorsqu'elle doit statuer sur une question de nature civile<sup>1567</sup>. Si un abus de confiance a été commis à l'occasion d'un mandat ou d'un dépôt, la preuve de ces contrats est soumise aux règles du droit civil et donc au principe de la *légalité des preuves*<sup>1568</sup>. Le principe des *preuves légales* pénètre encore le domaine pénal à l'occasion de certaines procédures spéciales. L'article 433 du Code de procédure pénale dispose que dans certaines matières spéciales la loi peut prévoir que les procès verbaux feront foi « jusqu'à inscription de faux ». Tel est le cas en matière douanière<sup>1569</sup>. D'autres lois spéciales réduisent les modes de preuve qui peuvent être rapportés en justice. La loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteurs, d'artistes et d'interprètes, prévoit ainsi que seul le procès verbal peut être utilisé comme mode de preuve. L'article 431 du Code de procédure pénale dispose encore que lorsque les officiers et agents de police judiciaire ont reçu d'une loi spéciale le pouvoir de constater des délits par procès verbaux, « la preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins ». Aucune autre technique ne peut alors être produite devant le juge.

Ces différents exemples sont autant d'atteintes aux principes des *preuves légales* des actes juridiques ou de la *liberté de la preuve* des faits juridiques. Pourtant, il s'agit moins de règles techniques qui réduisent la portée d'un principe que de l'incursion d'un principe dans le champ d'un autre. Encore une fois, les principes n'entrent pas en contact mais chacun cède ou gagne du terrain sur le territoire de l'autre. L'article 433 du Code de procédure pénale - qui prévoit que les procès verbaux peuvent faire foi jusqu'à inscription de faux et lier ainsi la décision du juge<sup>1570</sup> - constitue une dérogation au principe de *liberté de la preuve*. Il s'agit

<sup>1564</sup> Cf. sur cette question et plus particulièrement sur la distinction divergente opérée dans la doctrine pénale traditionnelle, *infra*, n°387.

<sup>1565</sup> Article 109 C. com.

<sup>1566</sup> Une analyse plus approfondie de l'évolution textuelle et jurisprudentielle montre ainsi que « si la preuve littérale reste le principe en matière civile, il n'en demeure pas moins qu'actuellement, le domaine de la preuve libre empiète sur celui de la preuve légale ». TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y. *Droit civil, les obligations*, Dalloz, Paris, 7<sup>ème</sup> éd., 1999, n°147, p. 149.

<sup>1567</sup> Sur ce point, notamment, PATARIN J. Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, *in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la direction de Stéfani G., Dalloz, Paris, 1956, p. 7. Pour une application jurisprudentielle à propos de l'abus de confiance. Cass. crim. 20 mai 1969, *Bull. crim.* n°177. Il faut souligner que si l'existence d'un contrat n'est plus une condition préalable obligatoire aux poursuites pour abus de confiance, il n'en reste pas moins que cette infraction peut être accomplie dans le cadre d'une relation contractuelle dont il faudra faire la preuve.

<sup>1568</sup> Un auteur estime pourtant que cette solution n'est pas contraire au principe de la *liberté de la preuve* qui vise uniquement les éléments de l'infraction et non les questions préjudicielles. DANJAUME G. Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale, *Dalloz 1996*, chron., p. 153.

<sup>1569</sup> DELMAS-MARTY M. La preuve pénale, *Droits 1996*, n°23, p. 53. Règle prévue à l'article 336 du Code des douanes.

<sup>1570</sup> Dans cette hypothèse, le juge ne dispose plus d'un pouvoir d'appréciation sur la valeur probante des constatations qui résultent du procès verbal. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'un Tribunal ne

surtout de la pénétration des *preuves légales* en procédure pénale. Il semble que l'on reste ici dans le domaine non-interactionnel dans la mesure où l'avancée d'un principe entraîne le recul de son antagoniste. Dans le même temps, un principe s'approprie une part du champ procédural et le principe contraire en est dépossédé.

Il existe des situations intermédiaires dans lesquelles les principes opposés peuvent devenir concurrents. En théorie, la relation entre les deux principes est de type non-interactionnel. Pourtant, dans cette conjoncture exceptionnelle, les principes opposés entrent directement en confrontation. En pratique, le champ devient interactionnel par dérogation au rapport non-confliktuel qu'entretiennent habituellement les principes antagonistes.

### C) La concurrence de deux principes sur un même champ

**296.** La concurrence entre principes contraires intervient lorsque leur domaine n'est pas défini préalablement dans un texte. Le juge a la possibilité d'appliquer l'un ou l'autre.

Dans le cadre de l'opposition *collégialité* et *juge unique*, la loi du 10 juillet 1970 a institué devant le Tribunal de grande instance statuant en matière civile un mécanisme qui permet au président du Tribunal ou à un juge délégué de « *décider qu'une affaire sera jugée par le Tribunal de grande instance statuant à juge unique* »<sup>1571</sup>. Cette disposition ne s'applique pas en toutes matières<sup>1572</sup> et la *collégialité* est de droit dès lors qu'une partie en fait la demande. Il reste que devant le Tribunal de grande instance statuant en matière civile, il ne s'agit plus d'un partage de la matière procédurale mais bien d'une concurrence entre deux principes. Le juge dispose du choix d'appliquer l'un ou l'autre de façon discrétionnaire.

Une situation similaire se produit à propos de la *publicité* et du *secret* de la procédure. En matière pénale par exemple, les débats sont publics. Cependant le principe de *publicité* subit la concurrence du *secret* dans un certain nombre de circonstances qui permettent aux parties ou au juge d'obtenir ou de prononcer le huis-clos. Il s'agit notamment des poursuites exercées en matière de viol ou de torture et actes de barbarie devant la Cour d'assises<sup>1573</sup>. En matière correctionnelle, le Tribunal peut aussi décider de rétablir le *secret* si la *publicité* est « *dangereuse pour l'ordre ou les mœurs* »<sup>1574</sup>. En matière civile, les débats relatifs au jugement se déroulent en chambre du conseil à l'initiative du juge, « *s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée (...) ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice* »<sup>1575</sup>. Les parties peuvent aussi s'entendre pour que l'audience ne soit pas publique. L'hypothèse inverse se produit lorsque la *publicité* interfère dans le domaine privilégié du *secret*. Tel est le cas, depuis la loi du 15 juin 2000 dans la mise en état des affaires pénales. Un alinéa a été ajouté à l'article 11 du Code de procédure pénale qui prévoit : « *Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments*

---

pouvait prononcer la relaxe au bénéfice du doute, dès lors qu'un procès verbal constataient qu'une contravention avait été commise par le prévenu. Cass. crim., 18 octobre 2000, *Procédures 2001*, n°3, com. 71, p. 18, observations BUISSON J.

<sup>1571</sup> Article 311-10 C. org. jud.

<sup>1572</sup> Elle est exclue pour les questions disciplinaires ou relatives à l'état des personnes.

<sup>1573</sup> Article 306 C.pr.pén. La Cour de cassation a déclaré cette disposition conforme à l'article 6§1 de la CESDH notamment en raison de la nécessité de protéger la *vie privée*. Cass. crim. 3 avril 1996, *Droit pénal*, 1997, n°3, p. 21, note MARON A. ; *JCP 1997*, I, 4031, observations MARON A.

<sup>1574</sup> Article 400 C.pr.pén.

<sup>1575</sup> Article 435 nouv.C.pr.civ.



*objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause* ». Ces exemples mettent en évidence une situation de concurrence dans la mesure où le domaine des deux principes fluctue en fonction d'un ensemble de critères qui rendent incertaine l'application de l'un ou de l'autre. On peut dire que la *publicité* demeure le principe applicable à l'audience mais que certaines dérogations sont possibles ouvrant la voie au *secret*. La relation principe / dérogation qui s'établit, est créatrice d'une interaction entre les deux principes. Cette situation demeure exceptionnelle dans la relation de partage qui organise généralement leur domaine d'action.

Le champ procédural est donc tout à la fois le lieu de partage et de rencontre entre les principes. Ces rencontres présentent une grande diversité de formes : ce sont les modalités relationnelles des principes directeurs.

## *Section 2 : Les modalités relationnelles des principes directeurs du procès judiciaire*

**297.** « *La conjugaison de principes généraux différents au sein d'une situation ou d'une matière juridique donnée s'opère en fonction du rôle technique respectif de ces principes* » et il faut reconnaître qu'il est « *difficile de saisir le jeu subtil des interactions entre les divers principes généraux* »<sup>1576</sup>. En droit processuel privé, il est possible d'élaborer une typologie des relations essentielles qui s'organisent entre principes. Cette construction révèle que les principes entretiennent des rapports qui visent à renforcer l'autorité de certains d'entre eux dans le but d'améliorer la protection des droits fondamentaux (§ 1). En revanche, lorsque les droits protégés par les principes sont en conflit, se créent alors des relations qui visent à limiter l'autorité de certains d'entre eux (§ 2).

### **§ 1 : Les relations visant à renforcer l'autorité de certains principes directeurs du procès judiciaire : la protection des droits fondamentaux**

**298.** Un certain nombre de principes tendent à garantir la protection des droits fondamentaux. Cette qualité leur confère une autorité téléologique importante. Il peut s'agir d'une action combinée (A) ou encore d'une action protectrice d'un principe par un autre (B).

#### A) La combinaison de plusieurs principes directeurs du procès judiciaire

**299.** Un acte accompli au cours du procès peut porter atteinte à plusieurs principes. Tous vont alors agir ensemble pour empêcher que le principe ne soit transgressé. Cette combinaison peut avoir pour résultat d'évincer l'atteinte au droit protégé ou plus modestement d'en limiter les effets.

**300. Combinaison et interdiction.** Dans son arrêt *Rassemblement des nouveaux avocats de France*<sup>1577</sup>, le Conseil d'Etat était saisi de la conformité de deux dispositions du nouveau Code de procédure civile qui donnaient au juge la faculté de soulever un moyen de

---

<sup>1576</sup> BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°86, p. 99.

<sup>1577</sup> C.E. ass. 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, Dalloz 1979, juris., p. 606, note BENABENT A. ; JCP 1980, II, 19288, conclusions FRANC M., note BORE J. Cf. aussi, DELVOLVE P. Le nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'Etat, *Dalloz 1979*, chron., p. 281.

droit d'office sans soumettre cette action à la discussion des parties<sup>1578</sup>. Cette possibilité relevait de l'application combinée de deux articles du nouveau Code. La juridiction administrative, pour censurer ce mécanisme, devait faire agir conjointement les principes d'*égalité devant la justice* et du *contradictoire*<sup>1579</sup>. L'atteinte à l'*égalité* résidait en effet dans la simple faculté dont le juge disposait pour soulever ou non un moyen de droit et elle était appuyée par la dispense de soumettre le moyen à la discussion des parties. Le respect des droits des parties fut rétabli par le décret du 12 mai 1981 qui imposait l'exigence pour le juge d'« *observer lui-même le principe de la contradiction* »<sup>1580</sup>.

Les méthodes pour recueillir les preuves suscitent de nombreuses atteintes aux droits fondamentaux, notamment dans les matières où règne le principe de *liberté de la preuve*. Pour la Commission européenne des droits de l'homme, l'utilisation de sévices dans le but d'obtenir des aveux de la part d'une personne poursuivie constitue non seulement une violation de l'article 3 de la Convention qui protège la *dignité* de la personne humaine, mais aussi un manquement à l'article 6§2 selon lequel « *toute personne est présumée innocente* » puisque la juridiction répressive est susceptible d'accorder à cet aveu une force probante<sup>1581</sup>. L'utilisation de sévices doit être sanctionnée car elle transgresse le respect de la *dignité* et peut conduire à vicier le raisonnement du juge. Indirectement, le principe de la *présomption d'innocence* s'en trouve bafoué. On peut encore considérer que l'aveu recueilli sous la torture nie la nécessité d'une recherche *loyale* des preuves afin que l'*intime conviction* du juge ne soit pas viciée. L'action des quatre principes se combine dans un but unique, celui de condamner le recours à certaines techniques probatoires.

Il arrive que l'action associée de deux principes n'apparaisse pas clairement notamment parce que les juges vont viser alternativement l'un ou l'autre des principes qui protègent le droit fondamental. Un exemple peut être tiré du mécanisme des écoutes téléphoniques. Ce procédé constitue tout autant une atteinte à l'*intimité de la vie privée* qu'un stratagème destiné à recueillir une preuve et donc susceptible de transgresser le principe de *loyauté*. La jurisprudence contrôle alternativement les rapports entre les écoutes et les principes susvisés. Avant la mise en place d'un régime légal d'écoutes, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que « *l'article 81 habilitant le juge d'instruction à procéder à tous actes d'information jugés par lui utiles à la manifestation de la vérité, le placement sur écoutes d'une ligne téléphonique du domicile d'un inculpé détenu accompli par délégation des pouvoirs d'un juge d'instruction, sous son contrôle, sans artifice ni stratagème, est admissible dès lors que ce procédé n'a pas eu pour résultat de compromettre les droits de la*

---

<sup>1578</sup> Cf. *supra*, n°96.

<sup>1579</sup> « *L'extension des pouvoirs de juge n'est pas illégale dès lors qu'elle s'exerce dans le respect des principes généraux du droit (...) Ces garanties résident notamment dans les principes de l'égalité des citoyens devant la justice et du caractère contradictoire de la procédure* »

<sup>1580</sup> Article 16 al 1 nouv.C.pr.civ. dans sa rédaction issue de la loi n°81-500 du 12 mai 1981. L'action combinée des deux principes n'a pourtant pas fonctionné parfaitement puisque le doute subsiste aujourd'hui encore quand au respect effectif du principe d'*égalité*. Certains auteurs estiment que le juge dispose toujours de la faculté de soulever un moyen d'office (HERON J. *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Paris, 1991, n°229, p. 169 ; CADIET L. *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 2<sup>ème</sup> éd. ; 1998, n°1133, p. 485. Pour M. MARTIN, « *L'article 12 nouv.C.pr.civ. viole l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* ». En effet, « *quand le juge a la faculté de relever d'office un moyen, l'égalité des armes entre les plaideurs n'est pas à l'évidence respectée puisque le juge peut arbitrairement choisir de relever ou non le moyen* ». (MARTIN R. L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, *Dalloz* 1996, chron., p. 20).

<sup>1581</sup> Commission EDH, requête n°788-60 *Autriche c/ Italie*, cité par VAN DE KERCHOVE M. La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme, *RSC* 1992, p. 1.

défense »<sup>1582</sup>. La mise sur écoute ne peut constituer un stratagème ou un artifice : en d'autres termes, il doit respecter la *loyauté*. Les juges du fond ont reconnu que l'article 81 du Code de procédure pénale conférait au juge d'instruction un pouvoir de s'ingérer dans la *vie privée* notamment en procédant à des écoutes téléphoniques<sup>1583</sup>. Ces dernières constituent des atteintes au principe de l'*intimité de la vie privée* que la Cour européenne a eu l'occasion de sanctionner dans un arrêt du 24 avril 1990<sup>1584</sup>.

Dans ces différentes décisions, les principes ne sont pas associés pour régler le régime des écoutes. Toutefois, il apparaît nettement que les écoutes constituent une atteinte à ces deux principes. La réglementation des « *interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications* » par la loi du 10 juillet 1991 consacre une combinaison latente de l'*intimité de la vie privée* et de la *loyauté* dans le sens d'un encadrement des procédures d'écoutes.

**301. Combinaison et limitation.** Dans les textes, cette relation peut apparaître avec plus d'évidence. Tel est le cas en matière de détention provisoire. Plusieurs principes vont agir successivement dans une même série d'objectifs : contrôler les procédures d'arrestation et de détention des individus, limiter le recours à la détention provisoire des personnes mises en examen.

Dans la Convention européenne des droits de l'homme, on trouve des stipulations qui sont la résultante de l'association de plusieurs principes. L'article 5§2 prévoit que « *toute personne arrêtée ou détenue (...) a le droit d'être aussitôt traduite devant un juge* ». Le contrôle de l'arrestation et de la détention de la personne nécessite de recourir au *droit au juge* en association avec le principe de *célérité*. Dans ce cadre de la restriction de la détention provisoire, le premier principe qui tend à faire obstacle à l'incarcération avant jugement de la personne poursuivie est celui de la *présomption d'innocence*<sup>1585</sup>. Dans son discours préalable à la dernière lecture au Sénat de la loi du 15 juin 2000, le Garde des Sceaux a inclus dans la protection de la *présomption d'innocence* les règles qui encadrent le régime de la détention provisoire<sup>1586</sup>. Depuis une loi du 9 juillet 1984, la décision de placer une personne en détention nécessite au préalable, l'organisation d'un débat *contradictoire*<sup>1587</sup>. Ce principe vise notamment à éclairer le juge sur les différents aspects de la mesure qu'il envisage de prendre. Ce débat *contradictoire* qui se déroulait devant le juge d'instruction a été transféré devant un juge des libertés et de la détention<sup>1588</sup>. Il s'agit là du renforcement d'un autre principe directeur : celui de l'*impartialité*. En retirant le contentieux relatif à la détention avant jugement au juge d'instruction, la loi du 15 juin 2000 vise à séparer la fonction d'instruction de celle relative à l'atteinte aux libertés. Le juge des libertés et de la détention ne subit pas

<sup>1582</sup> Cass. Crim. 9 oct. 1980, *Bull. crim.*, n°255 ; *Dalloz 1981*, juris., p. 332, note PRADEL J ; *JCP 1981*, II, 18578, note DI MARINO G. ; *RSC. 1981.*, p. 879, observations LEVASSEUR G. ; *RSC 1982*, p. 144, observations ROBERT J. ; Cass. crim. 15 mai 1990, *JCP 1990*, II, 21541, note JEANDIDIER W.

<sup>1583</sup> CA Paris 27 juin 1984, *Dalloz 1985*, juris., p. 93, note PRADEL J.

<sup>1584</sup> CEDH 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig*, série A n°176- A et B. Cf. sur ce point *infra*, n°333.

<sup>1585</sup> Selon M. KIEJMAN, « *théoriquement, tout au long (du) procès pénal, celui qui est accusé doit être traité comme tout autre citoyen* ». KIEJMAN G. Les présomptions de fait de culpabilité et la présomption légale d'innocence, *Déviante, travaux de l'institut de criminologie de Paris, 1976*, p. 14.

<sup>1586</sup> GUIGOU E. Discours de Madame le Garde des Sceaux devant le Sénat, 30 mai 2000, (document internet), <http://www.justice.gouv.fr/discours/d300500.htm>, p. 5. De même, dans la loi du 15 juin 2000, les dispositions « *renforçant les garanties judiciaires en matière de détentions provisoire* » figurent dans le titre premier relatif aux dispositions « *renforçant la présomption d'innocence* ».

<sup>1587</sup> SILVESTRE C. Le principe du contradictoire en procédure pénale, *RRJ 1993*, n°54, p. 913.

<sup>1588</sup> Article 145 C.pr.pén. dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000.

l'influence de l'enquête judiciaire et le risque de partialité est théoriquement écarté. Pour autant, le juge doit encore s'expliquer sur les raisons qui l'ont conduit à prendre sa décision. C'est le respect de la *motivation*. Encore une fois, la loi du 15 juin 2000 accentue la portée de ce principe. L'article 137-1 du Code de procédure pénale prévoit désormais que le juge des libertés et de la détention « *est saisi par une ordonnance motivée du juge d'instruction* ». L'article 137-3 impose à son tour que le juge des libertés « *statue par une ordonnance motivée* »<sup>1589</sup>. S'il décide d'ordonner ou de prolonger la détention provisoire ou s'il rejette une demande de mise en liberté, cette *motivation* doit être circonstanciée<sup>1590</sup>. Le principe de *célérité* conduit enfin la jurisprudence à mettre fin à une atteinte à la *liberté* lorsque les délais de procédure ne correspondent plus aux exigences de l'article 6§1 de la CESDH. Dans un arrêt du 30 octobre 1997, la chambre d'accusation de Paris a décidé de remettre en liberté une personne poursuivie pour viol sous la menace d'une arme en raison du fait que l'affaire renvoyée devant la Cour d'assises n'avait pas été audiencée<sup>1591</sup>. En droit interne, la combinaison des principes de *célérité* et du *droit au recours* a conduit à l'institution du référé-liberté. Il s'agit d'un recours prévu aux articles 187-1 et suivants du Code de procédure pénale qui permet de contrôler le respect des conditions de la détention provisoire dans un bref délai.

On assiste donc en matière de détention provisoire à une accumulation de principes dont la combinaison vise à limiter le recours à la détention provisoire. L'action accordée des principes s'oriente autour de deux idées : entraver le mécanisme qui permet d'ordonner ou de prolonger la détention (*motivation, impartialité*) et ouvrir le droit à une contestation de la décision du magistrat (*contradictoire, droit au recours*). Un des intérêts de cette combinaison réside notamment dans le fait que l'ensemble des principes susvisés sont réunis avec pour objectif de protéger un autre principe : celui de la *liberté d'aller et venir*.

## B) La protection d'un principe directeur par un autre

**302.** Il s'agit d'un processus par lequel l'action d'un principe vise à soutenir un autre principe dans la poursuite de ses finalités. Cette protection peut prendre de multiples formes. Elle est parfois directe en ce sens qu'un principe compte parmi ses objectifs la protection d'un autre (a) ; mais elle peut être indirecte lorsqu'elle résulte d'un mécanisme qui ne la vise pas *a priori* (b).

### a) La protection directe d'un principe directeur par un autre

**303. La protection, fonction essentielle du principe.** Il est des principes qui trouvent leur raison d'être principalement dans le soutien d'un ou plusieurs autres. Tel est le cas du principe selon lequel *l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles*. Par essence, l'article 66 de la Constitution vise la protection de la *liberté individuelle*. Le Conseil

---

<sup>1589</sup> Sur le contrôle de la motivation par la Cour de cassation, Cf. notamment, Cass. crim. 28 octobre 1997, *Procédures 1998*, n°1, commentaire n°17, p. 17, observations BUISSON J. ; Cass. crim. 30 septembre 1997, *Procédures 1998*, n°2, commentaire n°50, p. 16, observations BUISSON J.

<sup>1590</sup> L'article poursuit : « *lorsqu'il ordonne ou prolonge une détention provisoire, ou qu'il rejette une demande de mise en liberté, l'ordonnance doit comporter l'énoncé des considérations de droit de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144* ».

<sup>1591</sup> CA Paris 30 octobre 1997, *Dalloz 1998*, juris., p. 459, note RENUCCI J.F. La loi du 15 juin 2000 a posé des délais au-delà desquels il n'est plus possible de maintenir une personne en détention provisoire après la clôture de l'instruction (articles 76 et 77 de la loi).

constitutionnel a eu l'occasion de le rappeler dans sa décision *fouille de véhicules* du 12 janvier 1977<sup>1592</sup>. Il affirme notamment que la *liberté individuelle* « repose » sur le principe de l'article 66<sup>1593</sup>. Dans le même ordre d'idées, le principe de l'*autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles* est utilisé pour limiter les atteintes excessives à l'*inviolabilité du domicile*. Le Conseil l'a rappelé en 1996 relativement aux perquisitions de nuit<sup>1594</sup> pour sanctionner l'absence de contrôle suffisant de ces mesures.

La relation de protection existe encore lorsque deux principes sont intimement liés. C'est le cas pour les principes d'*indépendance* et d'*impartialité*. L'*indépendance* est un principe qui n'a pas d'intérêt immédiat dans la procédure. Il ne s'impose que dans la mesure où il contribue à favoriser l'*impartialité* des magistrats. L'*indépendance* n'est pas à elle seule suffisante, pour garantir l'*impartialité*, mais elle en est une « condition préalable »<sup>1595</sup>. Il n'est pas évident qu'un juge indépendant soit impartial. A l'inverse la dépendance va nécessairement induire une certaine partialité puisque le magistrat devra tenir compte dans sa décision, de considérations relatives à sa subordination. La Cour européenne des droits de l'homme est ainsi conduite à soulever ensemble les griefs visant l'*indépendance* et l'*impartialité*. Dans un arrêt *Sramek c/ Autriche*<sup>1596</sup>, elle constate que la subordination de l'un des membres du tribunal introduit un doute sur l'*indépendance* de cette personne. Cette situation « met gravement en cause la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique ». La Cour conclut à la violation de l'article 6§1 de la CESDH. Une telle analyse n'empêche pas un auteur de reconnaître que l'*impartialité* est une exigence spécifique qui ne se mêle pas avec l'*indépendance*<sup>1597</sup>. Il convient tout de même de constater que l'*indépendance* trouve sa justification dans la recherche de l'*impartialité*.

Ce type de raisonnement a été étendu à la *publicité de l'audience*. Cette norme a été décrite comme « un principe second qui n'a pour raison d'être que de permettre le contrôle du contradictoire et n'a donc pas de valeur par lui même »<sup>1598</sup>. Cette opinion, certes tranchée, a le mérite de mettre en avant l'idée que le principe de *publicité* est avant tout inspiré par l'idée d'un contrôle sur le bon déroulement de la procédure et en particulier des débats. Il semble pourtant que l'ouverture des prétoires au public concourt notamment à une meilleure compréhension des décisions et des mécanismes judiciaires. La *publicité* possède donc une existence propre, justifiée notamment pas la nécessité de *transparence* de la justice. Son action protectrice doit être regardée comme une fonction parmi d'autres.

---

<sup>1592</sup> CC 12 janvier 1977 76-75 DC, *Rec.*, p. 33 ; *RDP* 1978, p. 821, observations FAVOREU L. ; *Dalloz* 1978, *juris.*, p. 173, HAMON L. LEAUTE J. Le Conseil considère que « l'article 66 de la Constitution, en réaffirmant le principe (de la liberté individuelle), en confie la garde à l'autorité judiciaire ».

<sup>1593</sup> *Ibid.*, considérant n°5. Un commentateur estime d'ailleurs que le principe protégé est celui du *secret de la vie privée*. KAYSER P. Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois, *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 329. Dans le même sens PUECH M. Les principes généraux du droit (aspect pénal), *Journées de la société de législation comparée* 1980, vol. 2, p.337. L'auteur estime que les fouilles de véhicules relèvent essentiellement d'une atteinte à l'*intimité de la vie privée*.

<sup>1594</sup> CC 16 juillet 1996, 96-377 DC, *RFDC* 1996, p. 806, note RENOUX TH. ; *RDP* 1996, p. 1245, note LUCHAIRE F. ; *Dalloz* 1997, *juris.*, p. 69, note MERCUZOT B.

<sup>1595</sup> CROCQ P. Le droit à un tribunal impartial, *in*, *Libertés et droit fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 397.

<sup>1596</sup> CEDH 22 octobre 1984 *Sramek c/ Autriche*, série A n°84, *RSC* 1984, p. 142, observation PETTITI L.E.

<sup>1597</sup> KOERING-JOULIN R. La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *RSC* 1990, p. 765.

<sup>1598</sup> WIERDERKEHR G. Droits de la défense et procédure civile, *Dalloz* 1978, *chron.*, p. 36.

**304. La protection, fonction secondaire du principe.** De très nombreux principes entretiennent, à côté de leur rôle principal, une action protectrice d'un autre principe. Un exemple significatif peut être trouvé avec le *droit au recours* dont la fonction essentielle vise à permettre un réexamen de la décision lorsque l'une des parties n'est pas satisfaite. Il existe une hypothèse dans laquelle le droit au recours va trouver sa raison d'être dans la protection du *contradictoire*. Le *droit au recours* permet toujours de sanctionner une éventuelle violation du *contradictoire* mais cette action n'est pas spécifique. En effet, le recours est un moyen de contrôler globalement toute atteinte aux règles de procédure<sup>1599</sup>. En revanche, dans le mécanisme du recours en opposition, l'objectif recherché est de permettre à une personne qui n'a pas eu accès à la discussion d'être à nouveau jugée. L'opposition est donc protectrice du *contradictoire*. Cette application du *droit au recours* ne vise qu'une fonction secondaire du principe, plus précisément, une fonction parmi d'autres.

A son tour, le *contradictoire* se trouve être un principe protecteur. Dans son arrêt *Vermeulen c/ Belgique*<sup>1600</sup>, la CEDH admet que le droit à une procédure contradictoire vise à permettre aux parties d'influencer la décision du juge. A première vue, influencer un magistrat doit avoir pour effet de porter atteinte à son *impartialité*. Le *contradictoire* se conçoit comme un échange de vues. Dès lors, le magistrat éclairé par le débat pèse au mieux les éléments du litige. L'influence croisée des parties favorise bien l'*impartialité* des juges. Priver une partie du droit de discussion relève d'une atteinte à leur *impartialité*.

On assiste donc à l'apparition de chaînes de protection. Un principe aide au développement d'un deuxième, qui favorise la mise en œuvre d'un troisième. Si l'on reprend l'*impartialité* comme finalité et l'*indépendance* comme norme protectrice, on peut encore trouver un principe qui garantit l'*indépendance* en amont. Il s'agit par exemple du *secret des délibérés*. La phase des délibérés doit se dérouler « dans le calme, loin des passions hors des pressions ou des influences possibles, bref, dans le secret »<sup>1601</sup>. Le *secret des délibérés* hors de la présence des parties, du public, ou des autorités publiques, est effectivement la meilleure assurance de l'*indépendance* des juges.

Il se peut encore que la jurisprudence s'immisce dans la chaîne de protection d'un principe pour établir des liens pour le moins surprenants. Dans sa décision de 1995 à propos de l'injonction pénale<sup>1602</sup>, le Conseil constitutionnel affirme que le principe de *séparation des fonctions de poursuite et de jugement* « concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle ». Il s'agit là de l'analyse réductrice d'une relation plus complexe. Le principe de *séparation des fonctions* vise à ce que le magistrat du parquet qui a agi comme partie poursuivante, ne puisse pas intervenir en tant que juge dans un même dossier. C'est l'*impartialité du magistrat* qui est visée et non la *liberté individuelle*. Les magistrats du parquet ne sont pas tenus par l'*impartialité*, leur rôle vise notamment à l'application des peines<sup>1603</sup>. En confiant des pouvoirs de sanction au Procureur de la République comme le faisait le projet de loi, on provoque le risque d'une atteinte à la *liberté*. En effet, ce magistrat ne possède pas la qualité

<sup>1599</sup> FRISON-ROCHE M.A. *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris II, 1988, p. 55.

<sup>1600</sup> CEDH 20 février 1996, *Vermeulen c/ Belgique*, *RTD civ.* 1996, p. 1028, observations MARGUENAUD J.P. ; *Justices* 1997, n°5, p. 195, observations COHEN-JONATHAN G., FLAUSS J.F. ; *Dalloz* 1997, som. com., p. 208, observations FRICERO N.

<sup>1601</sup> VITU A. Le principe de la publicité dans la procédure pénale, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1968, t. 16, fasc. 1 ; p. 293.

<sup>1602</sup> CC 2 février 1995, *Rec.* p. 195, *Dalloz* 1997, som. com., p. 130, observations RENOUX TH. ; *RFDC* 1995, n°22, p. 405, observations RENOUX TH. ; BOURDEAU B. L'injonction pénale avortée, *scolies* sur une question de confiance, *ALD* 1995, p. 45.

<sup>1603</sup> Article 1 C.pr.pén.

d'être impartial. L'analyse du Conseil constitutionnel procède d'un raccourci. La haute autorité voit une relation directe alors que la chaîne crée un phénomène de protection indirecte.

b) La protection indirecte d'un principe directeur par un autre

**305.** La protection indirecte est le résultat d'une relation qui n'est pas immédiatement liée à l'idée de soutien d'un principe par un autre. Ce type de protection découle en premier lieu d'une relation d'inclusion. En second lieu, le juge peut rechercher, dans une protection détournée, à pallier la défaillance d'un principe.

**306. La protection englobante.** Une telle relation s'établit lorsqu'un principe est inclus dans un autre. Un principe générique englobe le champ d'action des principes qui lui sont dérivés. Le juge peut être amené à utiliser le principe générique pour assurer l'efficacité du principe dérivé. Le principe de *loyauté* est contenu dans le vaste principe des *droits de la défense*. Cette inclusion est productrice d'une certaine protection bien qu'elle ne soit pas apparente. Le principe de *loyauté* émerge tardivement en jurisprudence<sup>1604</sup>. Pendant un certain temps, les règles techniques constitutives de ce principe ont été sanctionnées uniquement sous le visa des *droits de la défense*. Dans un arrêt du 12 juin 1952, la Cour de cassation a sanctionné les actes d'un officier de police judiciaire qui, faute de pouvoir recueillir des preuves d'une corruption, avait organisé un entretien téléphonique entre deux témoins en dictant des questions à l'un et en écoutant les réponses de l'autre<sup>1605</sup>. Il y avait bien là un stratagème déloyal destiné à provoquer les aveux d'un individu. Le principe de *loyauté* était atteint, mais la chambre criminelle pour annuler les procès verbaux résultant de la conversation s'en est tenue à une violation des *droits de la défense*. L'analyse doctrinale de l'arrêt conclut pourtant bien à la sanction d'un « abus manifeste » à l'égard du « principe de *loyauté qui domine toute l'instruction* »<sup>1606</sup>.

La relation d'inclusion est porteuse d'une certaine protection dans l'hypothèse où le principe de *loyauté* n'apparaît pas encore clairement dans la jurisprudence de l'époque. Les règles techniques relatives à ce principe trouvent légitimement refuge dans le principe générique des *droits de la défense*. Par la suite, la Cour de cassation a été moins claire. Dans un arrêt du 9 octobre 1980 relatif à des écoutes téléphoniques effectuées dans le cadre d'une commission rogatoire, elle constate « qu'aucun artifice ni stratagème » n'a été mis en œuvre. Elle remarque en outre qu'« aucun élément ne permet d'établir que le procédé ainsi employé ait eu pour résultat de compromettre les conditions d'exercice des droits de la défense »<sup>1607</sup>. L'attitude de la Cour suprême semble s'être légèrement modifiée. Elle examine d'abord s'il existe un procédé déloyal (artifice ou stratagème) et elle contrôle ensuite le respect des *droits de la défense*. Les deux principes semblent juxtaposés. Tel n'est pas le cas, et un commentateur de l'arrêt estime que les notions de *loyauté* et de *droits de la défense* « se recourent en partie »<sup>1608</sup>. Par la suite, la Cour de cassation va faire allusion directement au

<sup>1604</sup> Cf. *supra*, n°47 et suiv.

<sup>1605</sup> Cass. crim., 12 juin 1952, *JCP* 1952, II, 7241, note BROUCHOT J. ; *Sirey* 1954, I, p. 69, note LEGAL A.

<sup>1606</sup> LEAUTE J. Les principes généraux relatifs aux droits de la défense, *RSC* 1953, p.47.

<sup>1607</sup> Cass. crim. 9 octobre 1980, *Dalloz* 1981, juris., p. 332, note PRADEL J. ; *JCP* 1981, II, 18578, note DI MARINO G., *RSC* 1982, p. 144, observations ROBERT J.

<sup>1608</sup> PRADEL J. VARINARD A. *Les grands arrêts du droit criminel*, t. 2, 4<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 1998, p. 131.

principe de *loyauté de la preuve* en matière de provocations policières<sup>1609</sup>. En revanche, l'enregistrement clandestin par un policier de propos tenus spontanément par un individu compromet, selon la chambre criminelle, les *droits de la défense*<sup>1610</sup>. De nouveau l'utilisation d'un procédé déloyal est sanctionné *via* le principe des *droits de la défense*. La jurisprudence n'est pas de la plus grande clarté mais on constate qu'à plusieurs reprises, la Cour de cassation sanctionne un acte accompli en violation de l'exigence de *loyauté* en se référant au principe-cadre des *droits de la défense*. La relation d'inclusion est donc génératrice d'une certaine protection.

Un auteur a pu relever d'autres exemples de protection d'un principe défaillant inclus dans les *droits de la défense*<sup>1611</sup>. En droit international privé, une sentence arbitrale étrangère non motivée ne peut être sanctionnée pour violation du principe de *motivation*, ce principe n'étant pas intégré à l'ordre public international. La Cour de cassation contrôle néanmoins le respect de cette norme en utilisant le grief de la violation des *droits de la défense*<sup>1612</sup>. Pour cet auteur, le dernier principe a pris le relais du premier qui défaille dans l'ordre public international. Cette action résulte ici d'une relation d'inclusion. Elle peut encore prendre la forme d'une protection détournée lorsque le principe protecteur n'englobe pas le principe protégé.

**307. La protection détournée.** Lorsqu'un principe n'a pas été consacré en jurisprudence, les juges peuvent décider de garantir certaines de ses applications par le biais d'un autre principe qui n'a pas de rapport immédiat avec le premier. Le principe du *double degré de juridiction* n'a pas été consacré au rang constitutionnel par le Conseil. A plusieurs reprises, des requérants ont fait valoir ce principe devant la haute autorité. Cette dernière a systématiquement refusé de répondre à la question concernant sa valeur constitutionnelle. Dans une décision du 20 janvier 1993<sup>1613</sup>, le Conseil a simplement estimé que le grief tiré de la violation du *double degré de juridiction* n'était pas fondé. En revanche, dans sa décision *sécurité et liberté*<sup>1614</sup>, il a sanctionné une disposition relative à ce principe en visant l'*égalité devant la justice*. La loi en cause comportait deux articles permettant aux parties civiles de se constituer pour la première fois en appel ou de formuler des demandes nouvelles devant les seconds juges. Le Conseil considère que ces droits offerts aux parties civiles seraient « *générateur(s) d'inégalités devant la justice, puisque, selon l'attitude de la personne qui demande réparation, les prévenus bénéficieraient ou ne bénéficieraient pas d'un double degré de juridiction en ce qui concerne les intérêts civils* »<sup>1615</sup>. Le Conseil sanctionne la rupture éventuelle d'*égalité* mais il vise aussi expressément le *double degré de juridiction* sans le qualifier de principe. C'est le droit pour toutes les parties de bénéficier de ce dernier

<sup>1609</sup> Cass. crim. 27 février 1996, *JCP* 1996, II, 22629, note RASSAT M.L. Dans le même sens, Cass. crim. 5 mai 1999, *Dalloz* 1999, som. com., p. 325, observations PRADEL J.

<sup>1610</sup> Cass. crim., 16 décembre 1997, *Dalloz* 1998, juris., p. 354, note PRADEL J.

<sup>1611</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, édition Panthéon-assas, Paris, 1999, n°635, p. 595.

<sup>1612</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 22 novembre 1966, *JCP* 1968, II, 15318, note MOTULSKY H. Selon la Cour, une sentence arbitrale rendue sous l'empire d'une loi qui autorise les arbitres à ne pas motiver leur sentence n'est pas contraire à l'ordre public français au sens du droit international privé français, sauf si, sous le mutisme de la sentence, se dissimule une atteinte aux *droits de la défense*.

<sup>1613</sup> CC 20 janvier 1993, 92-316 DC, *Rec.*, p. 14 ; *RFDC* 1993, p. 375, observations FAVOREU L., FRAYSSINET J., PHILIPPE X., RENOUX TH.S., ROUX A. ; *RFDA* 1993, p. 902, observations POUYAUD D.

<sup>1614</sup> CC. 19-20 janvier 1980, 80-127 DC, *Dalloz* 1981, juris p. 101, note PRADEL J. ; *JCP* 1981 II, 19701, note FRANCK C. ; *AJDA* 1981, n°6, p278, note GOURNAY CH. ; *RD pub* 1981, p. 651, note PHILP L.

<sup>1615</sup> *Ibid*, considérant n°71.



principe qui est garanti par le Conseil grâce à l'*égalité devant la justice*. Cette décision a conduit un auteur à reconnaître que, si le *double degré de juridiction* n'a pas valeur constitutionnelle, il bénéficie d'une protection au niveau constitutionnel<sup>1616</sup>. Il s'agit d'une « *protection médiate* » en ce sens qu'elle permet d'assurer le contrôle d'un principe sans modifier la structure du droit positif<sup>1617</sup>. C'est aussi une protection imparfaite, car dans l'hypothèse d'un rétablissement de l'*égalité*, le principe perd cette protection.

Le cas s'est produit avec le principe de *collégialité*. Ce principe à l'état latent<sup>1618</sup> ne figure pas dans le droit positif en tant que principe. Dans sa décision *juge unique*<sup>1619</sup>, le Conseil a sanctionné une loi qui permettait au président du Tribunal correctionnel de décider que l'affaire serait jugée à *juge unique* ou en *collégialité*. Le juge constitutionnel n'a pas condamné l'atteinte faite au principe de *collégialité* mais bien le fait que les citoyens soient soumis à l'une ou à l'autre des formations en raison du pouvoir discrétionnaire d'un magistrat. Ils se trouvent en situation d'inégalité devant la justice. Le principe d'*égalité* vient au secours de la *collégialité* mais l'effet protecteur est pervers. En 1995, le législateur a réduit considérablement le domaine de la *collégialité* en matière correctionnelle tout en se conformant aux exigences constitutionnelles. Une liste a été établie pour les délits qui doivent être examinés par l'une ou l'autre des formations. La compétence du *juge unique* est devenue obligatoire, plaçant les justiciables dans une situation d'*égalité devant la justice*<sup>1620</sup>. La loi nouvelle a échappé à la censure constitutionnelle.

La protection détournée est un procédé subtil car il permet au Conseil constitutionnel de mettre en valeur les exigences de certains principes tout en constituant un « *patrimoine de principes constitutionnels potentiels qu'il se réserve le droit, quand bon lui semblera, de révéler à la connaissance de tous* »<sup>1621</sup>. Si cela est vrai pour le *double degré de juridiction*, cela l'est beaucoup moins en ce qui concerne la *collégialité* qui s'essouffle peu à peu. Le Conseil n'en conserve pas moins une latitude d'action plus grande lorsqu'il consent à protéger un principe sans le nommer explicitement au rang constitutionnel.

**308. Conclusion.** Chacun des principes qui assure la protection d'un autre, quelle qu'en soit la forme, permet de garantir au mieux les droits fondamentaux dans le procès. Qu'il s'agisse de l'*impartialité*, du *double degré de juridiction*, du *contradictoire*, ou encore de la *loyauté*, ce sont avant tout les droits de l'individu en tant que partie au procès qui sont mis en avant. Il arrive cependant que ces droits entrent en contradiction avec d'autres, il faut alors rechercher la conciliation de principes au besoin en limitant leur autorité.

---

<sup>1616</sup> MOLFESSIS N. La protection constitutionnelle, *Justices* 1996, n°4, p. 17.

<sup>1617</sup> En l'occurrence, du bloc de constitutionnalité. *Ibid*, p. 25.

<sup>1618</sup> Sur cette notion, Cf. *supra*, n°256 et suiv.

<sup>1619</sup> Décision du 23 juillet 1975 75-56 DC, *Rec.* p. 22 ; *JCP* 1975, II, 18200, note FRANCK C. ; *Dalloz* 1977, juris., p. 629, note HAMON L., LEVASSEUR G. ; *RDP* 1975, p. 1313, observations FAVOREU L.

<sup>1620</sup> Pour une analyse détaillée de la répartition des compétences après la loi du 8 février 1995. Cf. notamment, LE GUNEHEC F. Commentaires des dispositions pénales de la loi du 8 février 1995 : réformatives, réformes d'ampleur et occasions manquées, deuxième partie : la procédure de jugement, *JCP* 1995, I, 3864.

<sup>1621</sup> MOLFESSIS N. La protection constitutionnelle, *op. cit.*, p. 22.

## § 2 : Les relations visant à limiter l'autorité de certains principes directeurs du procès judiciaire : la recherche d'un équilibre des droits en conflit

**309.** « *L'esprit des principes directeurs est la modération* » déclare le professeur CORNU à propos des dispositions liminaires du nouveau Code de procédure civile<sup>1622</sup>. Cette remarque semble trouver des répercussions à travers toute la matière des principes directeurs du procès judiciaire. Ces derniers peuvent se trouver dans une situation de confrontation pure et simple (A) qui va conduire à modérer leur mise en œuvre. D'autres relations sont plus subtiles. Il peut s'agir d'un principe qui se pose comme la condition d'un autre (B) ou encore d'un ensemble de principes qui vont encadrer l'application d'un autre (C).

### A) L'opposition entre principes directeurs du procès judiciaire

**310.** Un auteur prétend qu'un principe ne peut « *exister* » que s'il se trouve en situation de lutte avec d'autres<sup>1623</sup>. Il tire de la confrontation avec des normes analogues, des signes de sa valeur ou de sa prééminence. En luttant, le principe se crée une place, un « *espace propre* »<sup>1624</sup>. Si le conflit permet à chaque principe de révéler sa puissance, ou son impuissance, la relation d'opposition permet surtout de faire apparaître la contradiction des droits dans le domaine processuel et la nécessité de les faire cohabiter. Dans une perspective radicale, la rivalité pourra se solder par l'éviction d'un principe. Plus généralement, on observe que l'opposition conduit à affaiblir la portée d'un principe ou à concilier les effets de plusieurs.

**311. L'éviction d'un principe.** « *L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* » prévoit l'article 561 du nouveau Code de procédure civile. Cette disposition consacre l'éviction de l'*autorité de la chose jugée* au profit du *double degré de juridiction*. Le premier de ces principes est pourtant mentionné expressément à l'article 480 du même Code : « *le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche* ». Plus généralement, la plupart des voies de recours peuvent évincer partiellement ou totalement l'*autorité de la chose jugée*. L'opposition « *tend à faire rétracter le jugement rendu par défaut* »<sup>1625</sup> à l'égard du défaillant, et le pourvoi en cassation « *tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* »<sup>1626</sup>. Dans ces deux hypothèses, une partie au moins de la chose jugée perd son autorité pour être débattue devant de nouveaux juges. Le *droit au recours* est donc un autre principe qui peut conduire à l'éviction de l'*autorité de la chose jugée*. A l'inverse, si l'une des parties, par sa négligence, laisse

---

<sup>1622</sup> CORNU G. Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions), *Mélanges Bellet*, Litec, Paris, 1991, p. 83.

<sup>1623</sup> EDELMAN B. La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, *Dalloz* 1997, chron., p. 185.

<sup>1624</sup> *Ibid*, p. 188.

<sup>1625</sup> Article 572 nouv.C.pr.civ.

<sup>1626</sup> Article 604 nouv.C.pr.civ. On doit préciser que si l'appel et l'opposition remettent en cause la chose jugée dès lors qu'ils sont recevables, le pourvoi en cassation ne possède cet effet que s'il est bien fondé.

passer le délai pour exercer son recours, la chose jugée retrouve son autorité. L'éviction n'est donc pas systématique<sup>1627</sup>.

L'éviction peut encore prendre des formes différentes. La *publicité des débats* doit céder devant l'*intimité de la vie privée*. Une telle situation peut présenter un caractère obligatoire ou facultatif<sup>1628</sup>. En matière de divorce, de séparation de corps<sup>1629</sup>, d'assistance éducative<sup>1630</sup>, des textes imposent l'audience en chambre du conseil. Ces matières qui concernent tout particulièrement le sort de la famille ou du mineur mettent en jeu l'*intimité de la vie privée*. Ce principe est bien à l'origine de l'éviction obligatoire de la *publicité des débats*. La situation de concurrence<sup>1631</sup> se produit à nouveau avec l'article 435 du nouveau Code de procédure civile. En revanche, cette disposition prévoit que le choix de recourir à la *publicité* ou au *secret* dépend du tribunal. Les magistrats doivent notamment tenir compte dans leur décision du risque d'« atteinte à l'intimité de la vie privée ». Le recours au secret devient facultatif et l'*intimité de la vie privée*, si elle constitue l'un des arguments pour le juge, ne permet pas d'évincer systématiquement la *publicité*. L'un des principes ne prime pas réellement, mais chacun contribue à affaiblir l'autre.

**312. L'affaiblissement d'un principe.** Dans la confrontation entre deux principes, l'éviction n'est pas systématique. Il se trouve des situations dans lesquelles le principe évincé retrouve sa place. L'*autorité de la chose jugée* ne cède que si les conditions d'ouverture d'un recours sont réunies, la *publicité* n'est écartée que si le juge l'estime nécessaire<sup>1632</sup>. Ce phénomène se produit avec l'*autorité au civil de la chose jugée au criminel*. Ce principe est « opposable à tous et par tous »<sup>1633</sup>. Ce caractère pose une difficulté dans la mesure où la chose jugée au pénal s'impose au civil au-delà de la limite de l'identité des parties. En conséquence, une personne n'ayant pas été présente à l'instance pénale peut se voir opposer une décision fondée sur des éléments qu'elle n'a pas débattus contradictoirement. « Cette conséquence (...) constitue une atteinte manifeste au contradictoire » observe un auteur<sup>1634</sup>. Malgré une tentative de justification douteuse<sup>1635</sup>, il faut reconnaître qu'en raison du fait de l'effet absolu de l'*autorité du criminel sur le civil*, le principe du *contradictoire* est mis à l'écart. Il ne s'agit pourtant pas d'une éviction, mais d'un affaiblissement. Un procès contradictoire a bien eu lieu devant les juridictions répressives. Sa solution va s'imposer devant les juges civils. Certaines parties au second procès n'ont pas participé à la discussion de cette solution. Le *contradictoire* a été mis en œuvre mais son champ d'application a été

---

<sup>1627</sup> On se rapproche ici de la relation conditionnelle. Cf. sur cette relation *infra*, n°314 et suiv. Dans cette perspective, on peut considérer que l'*autorité de la chose jugée* est conditionnée par l'épuisement des voies de recours, le renoncement ou la négligence des parties quant à l'exercice de leurs recours.

<sup>1628</sup> COUCHEZ G. *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 1998, n°443, p. 181.

<sup>1629</sup> Articles 248 et 298 C.civ.

<sup>1630</sup> Article 1189 al 3 nouv.C.pr.civ.

<sup>1631</sup> Cf. sur la situation de concurrence comme résultant d'un processus interactif dans un champ normalement non-interactionnel *supra*, n°296.

<sup>1632</sup> Dans l'hypothèse de l'article 435 nouv.C.pr.civ.

<sup>1633</sup> CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P. *Procédure pénale*, 3<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, Paris, 2000, n°669, p. 401. Cf. néanmoins le recul du principe notamment depuis la loi du 10 juillet 2000. Sur ce point, Cf. *supra*, n°218.

<sup>1634</sup> FRISON – ROCHE M. A. *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris 2, 1988, p. 169.

<sup>1635</sup> Le professeur MORVAN cite la théorie du « légitime contradicteur » fondée sur la fiction selon laquelle toutes les questions ont été soulevées et débattues devant la juridiction répressive de sorte que tous les intérêts ont été représentés. Sur la théorie et ses critiques, MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, n°625, p. 585.

restreint quant aux personnes qui ont pu en bénéficier. L'éviction partielle correspond à un affaiblissement si on adopte une vue sur l'ensemble des deux procès.

**313. La conciliation des principes.** Le principe selon lequel l'*autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles* favorise la compétence du juge judiciaire. Il se trouve logiquement confronté à celui de la *dualité des juridictions*<sup>1636</sup>. Inévitablement, se produit un conflit de compétences dans certaines matières qui mettent en jeu l'action de l'administration et les libertés individuelles. Le contentieux croissant relatif au contrôle de l'immigration est un lieu privilégié de rivalités. Les deux principes ont valeur constitutionnelle et chacun d'entre eux est logiquement défendu par ses juges. En matière de reconduite à la frontière, l'ordonnance de 1945 - modifiée notamment par des lois du 9 septembre 1986, 24 août 1993, et 24 avril 1997 - prévoit que le préfet de département peut dans certaines hypothèses décider de la reconduite d'un étranger à la frontière<sup>1637</sup>. Pour cela, le représentant de l'Etat a la possibilité de maintenir l'étranger en dehors des locaux de l'administration pénitentiaire « pendant le temps strictement nécessaire à son départ ». Il doit, au bout de quarante huit heures, saisir le président du Tribunal de grande instance pour demander le prolongement de cette rétention ou l'assignation à résidence. La question s'est posée de savoir quelle était l'étendue de la compétence du juge judiciaire relativement à la procédure qui devait aboutir à la reconduite à la frontière. Une répartition de compétences s'est opérée : le juge administratif conserve le contrôle de la légalité de la reconduite à la frontière alors que celui de la rétention administrative relève du juge judiciaire<sup>1638</sup>. Par ailleurs, la Cour de cassation s'est attribuée le pouvoir de contrôler la légalité d'actes administratifs antérieurs à la décision de rétention tel le contrôle d'identité préventif<sup>1639</sup>.

A travers la répartition des compétences, c'est bien une conciliation entre les principes qui s'opère sous l'égide notamment du Tribunal des conflits. Cette juridiction a dû, autour de la question du contrôle des étrangers, marquer les frontières des compétences administrative et judiciaire à plusieurs reprises<sup>1640</sup>. Dans un arrêt récent, il a considéré que l'article 136 du Code de procédure pénale, qui reproduit fidèlement l'esprit de l'article 66 de la Constitution<sup>1641</sup>, déroge au principe de la *séparation des autorités administrative et judiciaire*<sup>1642</sup>. Dans cette affaire, deux étrangers s'étaient vu refuser par l'administration le débarquement d'un navire faisant escale dans un port français. Ils furent maintenus à bord du bateau et formèrent un recours devant le juge des référés du Tribunal de grande instance de

<sup>1636</sup> Consacré par le Conseil constitutionnel au rang des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. CC 23 janvier 1987, décision 86-224 DC, *Rec.* p. 8. Autrement exprimé en principe de *séparation des autorités administrative et judiciaire*.

<sup>1637</sup> Article 22 de l'ordonnance.

<sup>1638</sup> Celui-ci ne peut apprécier l'opportunité de la mesure. Si elle n'est pas illégale, il peut tout au plus substituer à la rétention, une assignation à résidence.

<sup>1639</sup> Pour une étude détaillée de la question, SAINTE-ROSE J., MUCCHIELLI P. Le contrôle du juge judiciaire sur la rétention administrative, *Gaz. Pal.* 1996, 2, doct, p. 989.

<sup>1640</sup> Notamment dans l'arrêt *Clément* par lequel le Tribunal des conflits a refusé au juge judiciaire la faculté de contrôler la légalité des mesures prises par l'administration en matière d'internement administratif. Cette juridiction est seulement compétente, mise à part l'hypothèse de la voie de fait, pour statuer sur l'indemnisation des dommages résultant de ces mesures. TC 16 novembre 1964, *Clément*, *Daloz* 1965, juris., p. 668, note DEMICHEL A. ; *JCP* 1965, II, 14286, note LANGAVANT E.

<sup>1641</sup> « ... dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents / Il en est de même dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile ».

<sup>1642</sup> TC 12 mai 1997 *Préfet de police*, *Daloz* 1997, juris., p. 567, note LEGRAND A.

Paris en vue d'obtenir leur débarquement dans une zone d'attente. Le juge judiciaire s'est reconnu compétent en vue de sanctionner la voie de fait commise par l'administration. Le Tribunal des conflits saisi par le préfet a rejeté la qualification de voie de fait mais surtout a redéfini le domaine de compétence du juge administratif. Il estime que l'article 136 du Code de procédure pénale ne confère pas à l'autorité judiciaire un pouvoir général de contrôle sur l'action de l'administration en dehors de l'hypothèse de la voie de fait. La mesure prise par l'administration, qui relève de ses prérogatives de puissance publique doit être contrôlée par le juge administratif « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire ». La conciliation des deux principes conduit finalement à rejeter l'affrontement pur et simple. La répartition des compétences renvoie chaque principe à son domaine réservé et permet d'éviter un véritable conflit. Les désaccords entre les juridictions suprêmes sont partiellement résorbés avec la jurisprudence du Tribunal des conflits. L'unité est encore très imparfaite en raison des résistances de la Cour de cassation, mais aussi de la montée en puissance de l'article 66 de la Constitution. Toutefois, quelle que soit l'évolution du rapport de force entre juridictions administrative et judiciaire, le résultat débouche nécessairement sur un partage de compétences. C'est en cela que réside la conciliation entre principes.

L'opposition entre deux principes n'est donc jamais véritablement tranchée. Si l'on trouve des mécanismes d'éviction, un principe ressort amoindri de sa confrontation mais n'a fait que perdre du terrain. Le principe qui recule dans un domaine résiste dans un autre. Il s'affaiblit ou cherche un domaine qui lui soit propre. Le principe peut aussi résister à la concurrence en recevant une application conditionnée.

### B) La relation conditionnelle

**314.** Cette relation ne se détache pas totalement de l'opposition pure et simple. Chaque fois qu'un principe limite l'autorité d'un autre, on trouve à l'origine une confrontation entre les deux normes. La relation conditionnelle tire son existence de l'opposition entre principes, mais elle se présente sous une forme plus complexe. Lorsque les deux principes entrent en interaction, l'un va s'affirmer comme une condition au développement de l'autre. De façon préventive, la relation conditionnelle impose le respect du principe-condition dans la mise en œuvre de principe conditionné. Si le principe-condition n'a pas été pris en compte, la relation conditionnelle conduit à la sanction des procédures conduites en application du principe conditionné. Ce mécanisme est fondé sur l'idée que l'application des principes peut être accompagnée de contraintes.

**315. La relation conditionnelle et la mise en œuvre d'un principe.** Le principe de *coopération* qui s'est développé dans le procès civil a progressivement accru les pouvoirs du juge dans l'instance. Ce rôle grandissant du juge n'est pas sans poser des difficultés quant au respect des droits des parties. C'est pour cette raison que le nouveau Code de procédure civile a instauré l'exigence pour le juge de respecter la *contradiction*. En conséquence, si ce dernier intervient dans le procès en soulevant d'office un moyen de droit, il doit soumettre ce moyen à la discussion des parties<sup>1643</sup>. Le juge ne détient ses prérogatives de *coopération* qu'à la condition qu'il accepte de s'astreindre à la discussion avec les parties. Le principe du *contradictoire* est bien une condition sans laquelle celui de *coopération* ne peut être complètement mis en œuvre. La Cour de cassation souligne, conformément à la lettre de l'article 16 al 3 du nouveau Code de procédure civile, qu'il s'agit d'une obligation préalable

---

<sup>1643</sup> Article 16 al 3 nouv.C.pr.civ.

au relevé d'office des moyens de droit<sup>1644</sup>. Malgré les critiques doctrinales relatives à l'efficacité de ce mécanisme<sup>1645</sup>, la nécessité procédurale du *contradictoire* se présente comme une condition préliminaire sans laquelle un des aspects de la *coopération* ne peut se développer.

Certaines situations contiennent une relation conditionnelle dissimulée. Il se peut que l'application d'un principe soit soumise à l'existence de conditions. L'une d'entre elles se trouve être l'expression d'un autre principe de procédure. L'*autorité de la chose jugée* en ce qu'elle exprime la règle *non bis in idem* est assortie d'un effet relatif. Une décision définitive ne possède cette autorité que relativement à son objet, sa cause et ses parties. Cette troisième condition constituée par l'identité des parties est en réalité l'expression du principe du *contradictoire*. Ce principe « *interdit qu'un tiers soit condamné par une décision qui clôt l'instance à laquelle il n'a pas participé* » affirme un auteur<sup>1646</sup>. Personne ne peut contester la décision qui a été définitivement rendue entre les parties, mais cette décision ne produit pas d'effets à l'égard des tiers qui n'ont pas eu droit à un débat *contradictoire*<sup>1647</sup>. Cette exigence est l'une des conditions de mise en œuvre du principe. La jurisprudence rappelle que pour pouvoir invoquer l'*autorité de la chose jugée*, « *il faut, entre autres conditions, que la demande soit entre les mêmes parties et formée pour elles ou contre elles en la même qualité* »<sup>1648</sup>. Le principe du *contradictoire* n'apparaît ni dans l'article 1351 du Code civil ni dans la jurisprudence, mais l'identité des parties en est une conséquence directe. Le principe s'est immiscé dans la mise en œuvre d'un autre par le biais d'une règle technique.

La jurisprudence peut aussi établir une relation conditionnelle. Le Conseil constitutionnel l'a fait dans sa décision relative à l'injonction pénale. Cette procédure visait à instaurer un mécanisme de conciliation sur l'action publique conclue entre la personne poursuivie et le Procureur de la République. Le Conseil devait censurer le mécanisme qui contribuait au développement du principe de *conciliation*<sup>1649</sup>. La mise en œuvre de ce principe n'était pas directement contraire à la Constitution, mais l'un des principes constitutionnels n'avait pas été respecté : celui de la *séparation des autorités chargées de la poursuite et du jugement*. Dans ce projet de loi, le Procureur de la République acceptait effectivement de transiger sur l'action publique en ayant recours à des mesures assimilables à des sanctions pénales. On lui attribuait les pouvoirs d'une juridiction de jugement. Par la suite, la projet a été modifié et mis en conformité avec la décision de l'autorité

---

<sup>1644</sup> Cass. ch. mixte 10 juillet 1981, *Daloz 1981*, juris., p. 637, conclusions CABANNES J. ; *Gaz. Pal. 1981*, 2, juris., p. 627, note VIATTE J. ; *RTD civ. 1981*, p. 677, observations NORMAND J. ; p. 905, observations PERROT R.

<sup>1645</sup> Le professeur HEBRAUD évoquait avant la réforme de 1981 la « *dégradation* » du principe du *contradictoire* avec le refoulement du principe *dispositif*. HEBRAUD P. La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge, *Annales de la faculté de droit de Toulouse 1978*, p. 379. Plus récemment, M. MARTIN prolongeait l'attitude de méfiance à l'égard du principe de *coopération* estimant que le respect de la contradiction est un « *faux semblant* ». Le juge lorsqu'il soulève d'office un moyen de droit a déjà sa conviction établie, la discussion des parties ne la modifiera pas. MARTIN R. L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, *Daloz 1996*, chron., p. 20.

<sup>1646</sup> FRISON-ROCHE M. A. *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris 2, 1988, p. 105.

<sup>1647</sup> Sur la distinction entre opposabilité et effet direct de la décision à l'égard des tiers, *ibid*, pp. 108 et suiv.

<sup>1648</sup> Cass. requ. 28 février 1991, *Daloz 1993*, 1, p. 405.

<sup>1649</sup> CC 2 février 1995, *Rec. p. 195*, *Daloz 1997*, som. com., p. 130, observations RENOUX TH. ; *RFDC 1995*, n°22, p. 405, observations RENOUX TH. ; BOURDEAU B. L'injonction pénale avortée, scoliées sur une question de confiance, *ALD 1995*, p. 45. PRADEL J. D'une loi avortée à un nouveau projet sur l'injonction pénale, *Daloz 1995*, chron., p. 171.

constitutionnelle<sup>1650</sup>. Le principe de la *séparation des fonctions* a été posé par le Conseil comme la condition nécessaire au déploiement du principe de *conciliation*. La relation conditionnelle conduit aussi à la sanction de la procédure.

**316. La relation conditionnelle et la sanction de la procédure.** On retrouve ici des mécanismes qui recouvrent tout à la fois une relation d'opposition pure et simple et une relation conditionnelle. Dans un arrêt du 19 juin 1989<sup>1651</sup> la Cour de cassation admet que toutes les voies de droit sont ouvertes pour prouver les infractions en matière douanière. Elle pose néanmoins comme condition à cette *liberté* que les moyens de preuve « *ne procèdent pas d'une méconnaissance des règles de procédure et n'aient pas eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense ni au principe énoncé à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* ». Deux principes sont mis en avant pour limiter le recours à la preuve par tous moyens. Il s'agit des *droits de la défense* et de l'*intimité de la vie privée*. En réalité, ces deux principes ne limitent pas les moyens auxquels les enquêteurs peuvent recourir, mais posent des conditions qui doivent être respectées sous peine d'encourir le rejet de la preuve produite en justice. Ces deux principes agissent comme des conditions pour que les preuves produites devant le juge ne soient pas sanctionnées. Si le juge constate la violation des *droits de la défense* ou de l'*intimité de la vie privée*, la preuve doit être rejetée des débats. La relation entre la *liberté de la preuve* et ces deux principes est donc tout à la fois une relation d'opposition qui affaiblit la portée du premier principe, mais aussi une relation conditionnelle qui le soumet à certaines exigences, sous la menace d'une sanction.

Le principe-condition est en quelque sorte un outil de contrôle, un « *principe correcteur* » des excès que risque d'engendrer un autre principe<sup>1652</sup>. Dans la relation conditionnelle, si le principe-condition est respecté, aucune sanction ne va être mise en œuvre. Par exemple l'article 537 du Code de procédure pénale prévoit qu'en matière contraventionnelle, les preuves recevables sont limitées aux procès-verbaux et aux témoignages. Ces preuves peuvent être uniquement combattues par écrit ou par des témoins. Cette disposition qui incarne le principe de la *preuve légale* a été déclarée compatible par la Cour de cassation avec l'exigence conventionnelle de l'*égalité des armes* dans la mesure où l'article 537 s'impose à toutes les parties à la procédure<sup>1653</sup>. L'utilisation du principe de la *preuve légale* n'est admise que si l'*égalité* des parties est respectée. Le respect du principe européen de l'*égalité des armes* constitue une condition nécessaire pour que la disposition du Code de procédure pénale, émanation d'un autre principe, ne soit pas sanctionnée.

**317. La relation conditionnelle révélatrice d'une contrainte.** Le principe-condition est créateur de contrainte. Les parties, si elles veulent accéder à certains principes directeurs doivent en respecter d'autres. L'obtention pour une partie, d'une décision de justice qui répond à sa prétention est l'expression du principe du *droit au juge*. Le juge ne peut refuser de juger s'il ne veut se rendre coupable de déni de justice au sens de l'article 4 du Code civil. En revanche, pour obtenir le droit à une décision de justice, les parties doivent à leur tour respecter certains principes procéduraux et notamment celui selon lequel « *il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention* »<sup>1654</sup>. La chambre

<sup>1650</sup> Cf. *infra*, n°336.

<sup>1651</sup> Cass. crim. 19 juin 1989, *Bull. crim.* n°261.

<sup>1652</sup> Sur la notion de « principe correcteur », Cf. BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°86, p. 99.

<sup>1653</sup> Cass. crim. 10 juillet 1996, *Bull. crim.* n°289, *Procédures 1997*, com. n°19, observations BUISSON J.

<sup>1654</sup> Article 9 nouv.C.pr.civ. Et aussi, article 1315 C.civ. : « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver / Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

commerciale de la Cour de cassation a pu estimer qu'un tribunal ne commettait pas de déni de justice s'il déboutait chacune des parties de sa prétention en retenant qu'aucune d'entre elles n'avait apporté la preuve nécessaire à l'appui de cette prétention<sup>1655</sup>.

Dans le même ordre d'idées, l'existence d'un principe peut être créateur de contrainte quant aux modalités d'application d'un autre. En matière prud'homale, les articles R 516-6 du Code du travail et 946 du nouveau Code de procédure civile prévoient que la procédure est orale. Le principe du *contradictoire* est soumis à cette condition posée par le principe d'*oralité*. La chambre sociale de la Cour de cassation rappelle ainsi qu'« en matière prud'homale, la procédure est orale et le juge doit se prononcer sur les demandes formulées contradictoirement devant lui à l'audience »<sup>1656</sup>. Cette obligation de comparaître créée par le principe d'*oralité* permet de rejeter les conclusions écrites d'une partie qui ne s'est pas présentée à l'audience<sup>1657</sup>. L'application du *contradictoire* n'est pas menacée par le principe d'*oralité*, mais la manière dont les parties vont mettre en œuvre le premier principe est conditionnée par le caractère exclusif du second. Une contrainte est ainsi créée par les parties.

La multiplicité des relations conditionnelles montrent que les principes sont intimement liés les uns aux autres. Un principe doit tenir compte d'un ou plusieurs autres pour se développer sous peine de se voir sanctionner. A son tour, il devient une condition qu'un autre se doit de respecter. Ces imbrications successives permettent de rechercher un équilibre et de limiter le développement de principes dont l'application incontrôlée nuirait au bon déroulement de l'instance. C'est pour cette raison que certains principes doivent être encadrés.

### C) L'encadrement d'un principe directeur par d'autres

**318.** L'encadrement consiste dans le fait de développer autour d'un principe un ensemble de limites qui prennent des formes différentes et proviennent de plusieurs autres principes. Ces limites ont toutes la même finalité : contrôler les risques inhérents à la mise en œuvre du principe encadré (a). Dans cet objectif, le droit processuel développe des techniques d'encadrement (b). Une illustration significative de ce phénomène peut être trouvée avec le principe de l'*intime conviction*.

#### a) Le principe encadré.

**319.** Le système ou principe de l'*intime conviction* est l'un des aspects de la *liberté de la preuve*. Il domine le procès pénal, mais apparaît aussi dans le procès civil avec une certaine discrétion. La règle qu'il édicte autorise le juge à apprécier librement la valeur des

---

<sup>1655</sup> Cass. com. 10 mai 1977, *Bull. civ.*, n°134. *Contra*, a été jugé comme un déni de justice, le rejet de deux revendications de propriété sur un terrain au motif qu'aucune partie n'a prouvé la supériorité de son droit et que l'expertise ne permet pas d'appliquer les titres sur le terrain tout en reconnaissant que ce bien appartenait nécessairement à l'un ou à l'autre. Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 16 avril 1970, *Dalloz 1970*, juris., p. 474, note CONTAMINE-RAYNAUD M. ; *JCP 1970*, II, 16459.

<sup>1656</sup> Cass. Soc. 10 juillet 1990, *Bull. civ.*, n°359; *Dalloz 1990*, IR., p. 208.

<sup>1657</sup> Cass. soc. 22 octobre 1997, *Procédures 1998*, n°1, commentaire n°4, p. 7, note PERROT R. Outre la relation conditionnelle, l'oralité des débats en matière prud'homale peut conduire à des effets pervers quand à l'application du *contradictoire*. Sont ainsi jugées recevables, des prétentions formées pour la première fois à la barre sans que l'on puisse leur reprocher leur tardiveté. Cass. soc. 17 mars 1998, *Procédures 1998*, n°5, com. n°112, p. 9, PERROT R.



preuves produites devant lui<sup>1658</sup>. Si le principe est présent dans le Code de procédure pénale, il apparaît aussi dans de nombreuses décisions jurisprudentielles qui confient aux juges du fond l'appréciation souveraine de la valeur des éléments de preuve produits aux cours des débats et sur lesquels ils vont fonder leur conviction<sup>1659</sup>. Les juges répressifs ne sont pas plus liés par l'aveu<sup>1660</sup> que par les conclusions d'une expertise judiciaire<sup>1661</sup>.

L'*intime conviction* n'est pas une simple impression qui fait pencher le juge en faveur de l'une ou l'autre des parties. Nombre d'auteurs rapprochent cette notion de celle de « certitude ». « *La certitude morale* » écrivait Faustin HELIE « *est pour les juges le critère de la vérité et, par conséquent, doit être l'unique fondement de leurs sentences* »<sup>1662</sup>. L'*intime conviction* est logiquement liée à la vérité. Alliée avec la *liberté de production des preuves*, elle est même le seul moyen qui permette d'atteindre ou au moins d'approcher la vérité<sup>1663</sup>. La conviction est une exigence. Elle s'oppose au doute et le principe qui la représente en procédure impose une « *certitude intérieure* » chez le juge<sup>1664</sup>. La décision de ce dernier doit résulter de la réunion de preuves évidentes qui permettent d'acquérir une « *certitude raisonnée* »<sup>1665</sup>, objet d'un syllogisme qui s'impose.

La difficulté essentielle créée par le principe de l'*intime conviction* réside dans le risque d'arbitraire qui résulte de la liberté d'appréciation laissée au juge. Comment faire pour que les juges puissent passer d'une « *certitude subjective* » à une « *réalité objective* » ? La solution passe tout à la fois par le respect d'une « *procédure pénale parfaite* » qui emporte non seulement la conviction du juge, mais aussi celle des tiers que sont les parties et le public<sup>1666</sup>. Cette procédure « *parfaite* » nécessite de trouver un outil technique qui garantisse la bonne utilisation des pouvoirs du juge en les encadrant. Les principes directeurs vont contribuer à cette finalité.

#### b) Les techniques d'encadrement

**320.** Pour encadrer l'action de l'*intime conviction*, il faut réunir une pluralité de principes. Ces derniers doivent intervenir avant, pendant et après la prise de décision par les juges.

**321. L'intervention des principes avant la décision.** On a déjà pu observer au stade de la recherche des preuves, qu'un certain nombre de principes agissaient en vue de contrôler l'intégrité des éléments recueillis<sup>1667</sup>. Les moyens probatoires qui interviennent au stade de

<sup>1658</sup> MERLE R. VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale*, t. 2, 4<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1989, n°132, p. 167.

<sup>1659</sup> Notamment, Cass. crim. 11 juin 1985, *Bull. crim.*, n°226 ; Cass. crim. 28 octobre 1981, *Bull. crim.*, n°284.

<sup>1660</sup> Par exemple, Cass. crim. 7 mai 1968, *Bull. crim.*, n°140.

<sup>1661</sup> Cass. crim. 11 mars 1964, *Bull. crim.*, n°89.

<sup>1662</sup> HELIE F. *Instruction criminelle*, t. 2, n°2313, cité par BEKAERT H. *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruylant, Bruxelles, 1972, p. 11.

<sup>1663</sup> Le système des preuves légales limite les pouvoirs d'appréciation du juge. Ce dernier n'a pas la possibilité de s'interroger pleinement sur la réalité des faits.

<sup>1664</sup> BREDIN J.D. Le doute et l'intime conviction, *Droits 1996*, n°23, p. 21.

<sup>1665</sup> ZOLLINGER L. L'intime conviction du juge, *Déviante, travaux de l'institut de criminologie de Paris 1976*, p. 33.

<sup>1666</sup> BEKAERT H. *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, *op. cit.* p. 14.

<sup>1667</sup> Cf. *supra*, n°316 et suiv.

l'audience sont logiquement dépourvus de vice. Si aucune instruction n'a eu lieu, les magistrats peuvent encore rejeter les pièces altérées. L'*intime conviction* ne pourra pas être pervertie par un élément susceptible de déformer la vérité. Reste à en déterminer la valeur probante. L'audience est un moment essentiel à cette opération et deux principes se combinent pour éviter qu'une preuve ne soit oubliée ou son interprétation déformée. L'article 427 al 2 du Code de procédure pénale oblige le juge à fonder sa décision uniquement « *sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui* ». Le principe du *contradictoire* s'impose donc au juge et le contraint à entendre chaque partie sur la force probante des éléments qui vont fonder sa conviction. Le respect de ce principe trouve un appui dans la *publicité des débats* qui conduit le juge à asseoir l'autorité future de sa décision<sup>1668</sup>. Le public va non seulement se forger une conviction au cours des débats sur l'affaire à laquelle il assiste, mais il est aussi un acteur qui appréciera la qualité du travail des magistrats dans le respect de l'*égalité des armes* qui passe ici par celui du *contradictoire*. A l'issue des débats, les juges ont pu examiner les différentes preuves et entendre les opinions antagonistes. Ils doivent désormais porter un jugement.

**322. L'intervention des principes lors de la décision.** Lorsqu'ils se retirent pour délibérer, les magistrats<sup>1669</sup> vont devoir élaborer un raisonnement sur la base des éléments qui sont ressortis des débats. Il n'existe pas de principe qui leur indique une méthode particulière, mais en matière répressive, la *présomption d'innocence* va orienter leur décision. Ce principe est tout à la fois un point de départ et d'arrivée concernant la décision sur la culpabilité. Point de départ car la charge de la preuve de la culpabilité repose sur l'accusation. Si cette dernière est déficiente, la relaxe ou l'acquittement s'impose. Au début du raisonnement du juge figure donc l'innocence. Peu à peu, en accumulant les preuves le juge va tenter de construire ou de détruire la thèse de l'accusation. La question qui est posée aux juges n'est pas celle de savoir si la personne poursuivie est coupable ou innocente. Cette question est uniquement celle de la culpabilité. Si les preuves à charge sont suffisantes, les magistrats pourront s'interroger sur la responsabilité et la peine. Si les preuves à charge sont insuffisantes ou renversées par des preuves à décharge, l'innocence s'impose comme un retour au point de départ. Dans la conviction du juge, l'accusé ou le prévenu redevient ce qu'il a toujours été : innocent.

La *présomption d'innocence* est encore un point d'arrivée si, à l'issue de leur raisonnement, les juges conservent un doute. « *Le doute s'impose à l'intime conviction* » écrit un auteur<sup>1670</sup>. En effet, la *présomption d'innocence* a pour corollaire la règle selon laquelle le doute profite à la personne poursuivie. L'*intime conviction* commande que le juge acquière une certitude. Le doute évince l'idée de certitude et le principe qui l'incarne. Au cours des délibérés, si le doute persiste, l'innocence s'impose à nouveau. La présomption qui accompagne la personne mise en examen, accusée ou prévenue, tout au long de son procès poursuit encore les juges à l'issue de l'audience. Ces derniers ne pourront s'en défaire que sous la condition d'acquérir une certitude subjective mais rationnelle. Le processus intellectuel opéré par les juges dans le *secret des délibérés* ne peut rencontrer l'adhésion que

---

<sup>1668</sup> La *publicité des débats* révèle les incertitudes sur la valeur des preuves apportées et discutées à l'audience. PATARIN J. Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la direction de Stéfani G., Dalloz, Paris, 1956.

<sup>1669</sup> Pris au sens large du terme. Il s'agit tant des magistrats professionnels que des jurés d'assises, échevins au Tribunal pour enfant, ou professionnels dans les juridictions civile commerciale ou prud'homale.

<sup>1670</sup> BREDIN J.D. Le doute et l'intime conviction, *op. cit.*, p. 27.

s'il apparaît à la fois logique et dénué de partialité<sup>1671</sup>. L'*intime conviction* va subir de nouveaux contrôles après la décision judiciaire.

**323. L'intervention des principes après la décision.** « Le juge, détenteur d'un pouvoir qui lui a été confié, doit rendre compte de la manière dont il l'exerce »<sup>1672</sup>. L'*intime conviction*, plus qu'un pouvoir, confère une véritable liberté au juge mais « la motivation est l'instrument de sa soumission »<sup>1673</sup>. Le juge qui a pris une décision doit encore la motiver. Le principe de la *motivation* est une garantie essentielle pour vérifier que le juge a utilisé son pouvoir souverain sans négligence, partialité ou abus. La Cour de cassation exige qu'apparaissent dans la décision les éléments de fait sur lesquels la juridiction a fondé sa conviction<sup>1674</sup>. Les motifs ne peuvent constituer de simples hypothèses<sup>1675</sup>. La motivation idéale est celle qui informe sur « toutes les opérations de l'esprit qui ont conduit le juge au dispositif adopté par lui »<sup>1676</sup>. L'application pratique est souvent plus laconique. La Cour de cassation admet d'ailleurs en matière criminelle que la motivation des arrêts de Cour d'assises se limite à l'ensemble des réponses que les magistrats et jurés vont fournir face aux questions soulevées par l'arrêt de mise en accusation<sup>1677</sup>.

Si l'on passe outre les difficultés techniques relatives à la mise en œuvre de la *motivation*, il n'en demeure pas moins que ce principe représente une garantie au regard de la liberté du juge dans l'appréciation des preuves. Il constitue pour ce dernier, un moyen de contrôler le bien fondé de sa conviction. Lorsqu'ils vont rédiger les motifs de sa décision, si des difficultés se manifestent, la « conviction trop légèrement formée »<sup>1678</sup> va apparaître. L'erreur du magistrat se fera sentir et ouvrira la voie de la remise en question. La partie insatisfaite demandera le réexamen de sa cause.

Les voies de recours forment les ultimes outils de sanction d'une *intime conviction* mal employée. Elles mettent en jeu deux nouveaux principes : le *droit au recours* et le *double degré de juridiction*. Il s'agit de vérifier d'une part que la conviction du juge a été établie dans le respect des règles procédurales ou n'a pas été pervertie et d'autre part, de s'assurer que la juridiction de première instance a opéré une appréciation judicieuse des éléments qui ont été produits.

---

<sup>1671</sup> Il faut admettre que le processus est le même lorsque le juge civil statue dans un domaine où préside la *liberté de la preuve*. Le principe de la *présomption d'innocence* est alors écarté au profit du principe selon lequel il appartient au demandeur de démontrer les faits allégués à l'appui de son action. Ce principe dérivé résulte du principe générique exprimé à l'article 9 nouv.C.pr.civ. Le rôle de l'*intime conviction* en procédure civile ne suscite pourtant pas le même engouement doctrinal que chez les pénalistes.

<sup>1672</sup> GIUDICELLI-DELAGE G. *La motivation des décisions de justice*, thèse, Poitiers, 1979, p. 655.

<sup>1673</sup> *Ibid*, p. 655.

<sup>1674</sup> Cass. crim. 3 janvier 1978, *Bull. crim.*, n°1.

<sup>1675</sup> Cass. crim. 19 mars 1986, *Bull. crim.*, n°113 ; Cass. crim. 23 mars 1987, *Bull. crim.*, n°134.

<sup>1676</sup> SAUVEL cité par HUNOUT P. Droit et culture, un couple fondamental, vers une anthropologie des décisions judiciaires, *Droit et Cultures 1986*, n°12, p. 71. Cf. néanmoins la critique de l'auteur selon laquelle la description par le juge de son raisonnement n'est pas suffisante pour justifier la décision. *Ibid*, p. 89.

<sup>1677</sup> Cass. crim. 30 avril 1996, *Bull. crim.* n°181. Sur le projet qui visait à introduire la motivation dans les arrêts d'assises, ANGEVIN H. De la motivation des décisions des juridictions comportant un jury, *Droit pénal 1996*, n°8-9, p. 1.

<sup>1678</sup> Selon l'expression du Procureur général Raikem cité par BEKAERT H. *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, *op. cit.* p. 19.

Le contrôle de la Cour de cassation n'est pas très efficace quant à l'examen du bon usage de l'*intime conviction* par les juges du fond. L'évaluation des preuves relève d'une question de fait qui échappe au contrôle de la juridiction suprême. Cette dernière devra se contenter d'une sanction indirecte à travers le défaut, l'insuffisance, ou la contradiction des motifs<sup>1679</sup>. En revanche, le pourvoi en révision devant la Cour de cassation est un moyen, en matière pénale, d'obtenir l'annulation d'une condamnation pour crime ou délit<sup>1680</sup>. Les conditions du pourvoi évoquent l'erreur judiciaire, mais surtout la dénaturation de la conviction des juges<sup>1681</sup>. La conviction des juges s'est formée autour d'une réalité subjective infidèle ou approximative. La décision qui en est la conséquence est viciée et doit être rejugée.

Le recours en révision existe aussi en matière civile. Visé à l'article 593 du nouveau Code de procédure civile, il est ouvert à toutes les parties au procès et vise à « *faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* »<sup>1682</sup>. Ce recours est inspiré par l'idée de falsification : la partie qui a obtenu gain de cause a agi en fraude ou elle a dissimulé des pièces décisives ; des pièces, attestations, témoignages ou serments ont été judiciairement reconnus comme faux. La révision civile permet ainsi de « *corriger la chose qui a été jugée sous l'effet d'une fraude commise par une partie* »<sup>1683</sup>. C'est donc bien une correction de la conviction intimement formée qui va avoir lieu.

Il reste tout de même que le recours le plus efficace pour contrôler l'utilisation de l'*intime conviction* demeure le *double degré de juridiction*. Que ce soit en matière civile ou pénale, la Cour d'appel est saisie des questions de fait et de droit dans la limite de l'effet dévolutif<sup>1684</sup>. L'appel suppose un nouvel examen au fond de l'affaire jugée en première instance<sup>1685</sup>. Les seconds juges vont pouvoir opérer un contrôle sur la conviction des premiers par le biais de la motivation, mais ils vont à leur tour se forger leur propre conviction. En plus grand nombre et plus expérimentés, les juges d'appel sont supposés opérer un travail de meilleure qualité quant à l'appréciation de la valeur probante des éléments du débat. L'*intime conviction* semble mieux maîtrisée.

Qu'il soit préventif ou correcteur, l'encadrement de l'*intime conviction* par d'autres principes directeurs du procès judiciaire est un mécanisme essentiel de protection contre l'arbitraire du juge. Si ce dernier possède un pouvoir souverain ou discrétionnaire, sa liberté est entravée pas la nécessité d'écouter, de ne pas douter, de se justifier, voire d'être sanctionné. L'encadrement vise aussi à modifier la sentence d'un juge qui, pour des raisons

---

<sup>1679</sup> Par exemple, pour la contradiction des motifs avec le dispositif, Cass. crim. 3 juin 1935, *Dalloz Périodique* 1938, 1, p.118, note MINVIELLE G.

<sup>1680</sup> Sur les conditions et le mécanisme du pourvoi devant la commission de révision puis la chambre criminelle de la Cour de cassation, Cf. notamment CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P. *Procédure pénale*, 3<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, Paris, 2000, n°652 et suiv., p. 392.

<sup>1681</sup> Conditions prévues à l'article 622 C.pr.pén. : Si la victime d'une personne condamnée pour homicide est encore en vie ; si la contradiction entre deux condamnations démontre l'innocence de l'un des condamnés, si un des témoins a été condamné pour faux témoignage, si un fait inconnu de la juridiction au jour de procès s'est produit ou a été révélé par la suite. Cf. sur ce point *infra*, n°437.

<sup>1682</sup> Sur ce recours, Cf. notamment CADIET L. *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 1998, n°1632, p. 694.

<sup>1683</sup> *Ibid*, n°1633.

<sup>1684</sup> PRADEL J. *Procédure pénale*, 9<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1997, n°657, p.740.

<sup>1685</sup> MERLE R. VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale*, t. 2, 4<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1989, n°710, p. 821.

qui lui sont extérieures, n'aurait pas été suffisamment éclairée. Cette interaction entre principes est impérative car à l'issue de la conviction du juge, il y a la vérité judiciaire, celle qui s'impose et sur laquelle on ne peut qu'exceptionnellement revenir. Cet encadrement est théorique, car il n'est pas de phénomène plus difficile à contrôler que la subjectivité d'un juge qui ne peut se retrancher derrière le doute pour refuser sa sentence.

**324. Conclusion.** L'ensemble des relations qui viennent d'être décrites tendent à démontrer que chaque principe n'est pas isolé. Bien au contraire, il ne peut se passer d'autres principes pour se protéger ou se renforcer. D'un autre point de vue, les principes défendent des finalités qui s'opposent. De la confrontation entre les intérêts, naît un équilibre qui passe par la multiplication de relations conflictuelles entre les principes. Chacun d'entre eux possède un domaine d'action qu'il doit partager avec d'autres. Ces interactions sont le signe d'une vie au sein du système des principes directeurs. Par ailleurs, chaque principe exerce une action au sein de son propre domaine. Cette action est fondée sur des relations que les principes entretiennent avec les règles techniques qui gravitent autour de chacun d'entre eux. Il s'agit de l'action externe des principes directeurs.

## **Chapitre 2 : L'action externe : les relations entre les principes directeurs et les autres normes du droit processuel**

**325.** L'action externe est celle que développent les principes directeurs vis-à-vis des règles techniques du droit processuel. Cette action donne aux principes leur fonctionnalité propre. Elle est liée à la place qu'ils occupent dans le système juridique processuel. Elle prend la forme d'une action hiérarchique vis-à-vis des normes formellement supérieures et inférieures. Il s'agit des modalités de l'action des principes directeurs (section 1). Elle poursuit aussi des objectifs essentiels tels que l'organisation et l'orientation du système juridique processuel. C'est la portée de l'action des principes directeurs (section 2).

### *Section 1 : Les modalités de l'action des principes directeurs du procès judiciaire sur les autres normes du droit processuel*

**326.** Les principes peuvent agir selon deux modalités différentes. La première est une action traditionnelle sur les normes qui formellement sont situées à une place hiérarchique inférieure vis-à-vis des principes (§1). Il peut s'agir de l'action d'un principe constitutionnel sur une norme légale. La seconde, plus atypique, est une action sur les normes qui, théoriquement, sont placées à une strate supérieure de la hiérarchie formelle (§2). Les principes peuvent alors jouer un rôle de *neutralisation* de la norme supérieure. Ce phénomène peut s'expliquer à l'aide d'une approche rénovée de la hiérarchie des normes et de la place du juge dans le système juridique.

#### **§ 1 : L'action traditionnelle des principes directeurs sur les normes formellement inférieures**

**327.** L'action des principes sur des normes habituellement considérées comme subordonnées ne présente pas une grande originalité. Si le Conseil d'Etat est saisi en vue de contrôler la régularité d'une règle issue d'un décret, il pourra logiquement confronter cette dernière à une loi, s'il s'agit d'un acte réglementaire délégué, ou à un principe général du droit, s'il s'agit d'un règlement autonome<sup>1686</sup>. La juridiction administrative a été conduite à contrôler certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile au regard des principes généraux du droit<sup>1687</sup>. Les principes du *contradictoire* et de *l'égalité devant la justice* ont ainsi été utilisés pour censurer l'une des dispositions liminaires du Code<sup>1688</sup>. D'un point de vue purement formel, cette action ne présente pas de singularité. La doctrine admet la valeur

---

<sup>1686</sup> En droit processuel il est difficile de comparer le contrôle exercé par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sur les textes réglementaires. En effet, la répartition des compétences déterminée par la Constitution de la cinquième République est partiellement arbitraire. Elle conduit à la situation presque absurde d'un Code de procédure pénale de nature légale et d'un nouveau Code de procédure civile de nature décrétable. Cette distinction semble être très artificielle car elle provient d'une volonté de répartition des compétences entre législateur et pouvoir réglementaire et elle aboutit à un positionnement différent des deux matières dans la hiérarchie formelle. On constatera par la suite que si le Conseil d'Etat s'en tient au respect formel de la hiérarchie, la Cour de cassation ne distingue pas formellement entre sources de la procédure civile et de la procédure pénale.

<sup>1687</sup> DELVOLVE P. Le nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'Etat, *Dalloz 1979*, chron, p. 281.

<sup>1688</sup> C.E. ass., 12 octobre 1979, *JCP 1980*, II, 19288, Conclusions FRANCS, note BORE J. ; *Dalloz 1979*, juris, p. 606, note BENABENT D. ; *Gaz Pal 1980*, 1, juris, p. 61, note JULIEN P.

supérieure des principes généraux du droit sur les normes réglementaires. Plus intéressante est l'influence des principes internationaux sur l'évolution du droit interne (A). A ce titre, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme exerce une emprise, sans cesse croissante, sur les décisions des juridictions internes et la modification de la législation. Les principes constitutionnels ne sont pas en reste, et servent de moyen de contrôle *a priori* ou *a posteriori* sur les normes procédurales légales (B).

#### A) L'action des principes internationaux sur les normes internes

**328.** L'action des principes internationaux résulte de l'application du droit issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le droit interne. Il peut s'agir de condamnations de la CEDH qui conduisent le juge français à modifier sa manière de dire le droit<sup>1689</sup> (a) ou le législateur à réformer le système processuel (b). Cette influence apparaît plus sensible en procédure pénale qu'en droit judiciaire privé.

##### a) L'influence des principes européens sur l'application du droit interne

**329.** C'est la Cour de cassation qui est la plus sensible à l'emprise du droit européen sur l'ordre processuel interne. D'une part, la juridiction interne réagit aux condamnations de la France par la Cour de Strasbourg pour violation des principes conventionnels (1) ; d'autre part, les magistrats français prennent l'initiative d'écarter volontairement une disposition légale sans avoir subi la pression internationale (2).

##### 1) L'influence de la CEDH sur la jurisprudence de la Cour de cassation

**330.** Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont, en théorie, qu'une autorité relative sur l'application interne de la Convention. Les arrêts appelés « *au principal* », statuant sur une question de fond, ont bien pour tâche de dire le droit, mais ils ne possèdent qu'un caractère « *déclaratoire* »<sup>1690</sup> en ce sens que chaque Etat partie au litige conserve sa latitude d'action pour tirer les conséquences d'une éventuelle condamnation. D'un point de vue judiciaire, les décisions de la Cour européenne sont revêtues de l'autorité relative de la chose jugée. Elles ne peuvent être invoquées devant un juge interne dans un litige concernant d'autres parties que si ces parties ont comparu à Strasbourg. Enfin, les requérants devant la CEDH ne disposent, depuis la loi du 15 juin 2000, que d'un recours interne en révision dont le champ d'application est restreint<sup>1691</sup>. Il est donc difficile de parler d'une autorité contraignante de la chose jugée. On peut dire que l'autorité des arrêts de la CEDH peut s'appuyer sur deux idées : *autorité de la chose interprétée* et pratique du *précédent*<sup>1692</sup>. Ces idées trouvent leur fondement textuel dans les articles 19 et 32<sup>1693</sup> de la

---

<sup>1689</sup> DE GOUTTES R. Les principes de la Convention européenne ont bouleversé la manière de dire le droit en France, *Le Monde* 29 juillet 1999, p. 10. Cet avocat général à la Cour de cassation estime que « *désormais, la Convention européenne prime sur la loi, expression de la souveraineté nationale. Elle devient ainsi une véritable Constitution européenne des droits de l'homme* ».

<sup>1690</sup> COHEN-JONATHAN G. *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 1996, p. 46.

<sup>1691</sup> Ce recours est institué par l'article 89 de la loi introduisant dans le Code de procédure pénale des articles 626-1 et suiv. Il ne s'applique qu'en matière pénale, et ne permet de remettre en cause que les décisions de condamnation. Cf. sur ce recours *infra*, n°461.

<sup>1692</sup> DELICOSTOPOULOS Y. S. L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire national sur le fait et le droit, *Justices* 1997, n°6, p. 117.

CESDH qui prévoient l'institution et la compétence interprétative de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est clair que le mécanisme du renvoi préjudiciel n'a pas été envisagé dans la Convention. Cette procédure paraît d'ailleurs incompatible avec la règle de l'épuisement des voies de recours internes qui veut justement que la Cour de Strasbourg ne puisse intervenir que lorsque les juridictions françaises se sont définitivement prononcées. Si elle est saisie, cette dernière ne peut pas imposer une solution sur les décisions nationales. En revanche, son interprétation fera autorité pour l'avenir. Les magistrats français qui seront amenés à statuer ultérieurement sur une question identique devront, sous peine d'une nouvelle condamnation de l'Etat, se conformer à l'interprétation européenne. Il s'agit là de l'effet du *précédent*. Cet effet peut être relativisé par le constat qu'aucun lien n'est établi entre la décision du juge national et celle du juge européen. Le premier garde toute sa liberté d'action. C'est dans la pratique que l'on pourra mesurer l'*autorité de la chose interprétée* des arrêts de la CEDH.

Il faut s'interroger sur les critères qui permettent à cette juridiction de contrôler la régularité du droit français au regard des principes processuels inclus dans la CESDH. L'attitude de la Cour s'oriente vers une analyse de contenu en fonction du *but légitime* de la mesure de droit interne, de même que sa conformité à une *nécessité démocratique*<sup>1694</sup>. Quant au but poursuivi, une atteinte aux principes conventionnels pourra trouver son fondement dans la nécessité de maintien de l'ordre, de la prévention des infractions, de la sécurité nationale. La *nécessité démocratique* appelle un contrôle plus étroit. La mesure dérogatoire au principe doit s'avérer *nécessaire*<sup>1695</sup>. Elle doit aussi être liée avec le but invoqué. L'article 18 de la CESDH stipule expressément que « *les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées aux dits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues* ». Enfin, le lien établi doit être un lien de *proportionnalité*. Cette dernière exigence est appréciée par la Cour au regard de ce que l'on peut appeler l'*esprit démocratique*<sup>1696</sup>. Dans l'arrêt *Malone*<sup>1697</sup>, elle affirme que « *la loi irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites* ». La proportionnalité réside bien dans la mesure de la latitude d'action laissée au pouvoir exécutif et de l'équilibre entre l'exercice de ce pouvoir et la nécessaire protection de l'individu.

Les arrêts de condamnation n'ont pas tous une portée générale visant le dispositif législatif. Certaines décisions condamnent des pratiques judiciaires. C'est le cas de l'arrêt *Unterpertinger*<sup>1698</sup> qui constate une violation de la CESDH dans ses principes processuels, lorsque les déclarations de certains témoins sont simplement lues à l'audience alors même que l'accusé n'a été, à aucun moment de la procédure, confronté à ceux-ci<sup>1699</sup>. La Cour ne juge pas qu'une règle de la procédure interne est en contradiction avec la CESDH ; elle

---

<sup>1693</sup> Cet article stipule que « *la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles (...)* ».

<sup>1694</sup> DELMAS-MARTY M. Légalité pénale et prééminence du droit selon la CESDH, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 151.

<sup>1695</sup> La Cour évoque une gradation de cette nécessité. Certaines mesures sont *opportunes*, d'autres *raisonnables*, ou bien, *absolument nécessaires*. DELMAS-MARTY M. *op. cit.* p. 163.

<sup>1696</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>1697</sup> CEDH, 2 août 1984, *Malone c/ Royaume Uni*, série A, n°82.

<sup>1698</sup> CEDH 24 novembre 1986, *Unterpertinger c/ Autriche*, Série A n°110, RSC 1987, p. 492, observations PETTITI L-E., TAVERNIER P.

<sup>1699</sup> Sur l'audition des témoins et la CEDH, Cf. LECLERC H. Les limites à la liberté de la preuve, aspects actuels en France, RSC 1992, p. 16.



constate seulement que le procès n'a pas été équitable au sens de l'article 6§1. Cet arrêt n'a pas été sans incidence en droit interne puisque la Cour de cassation devait reprendre la solution à son compte dans un arrêt du 12 janvier 1989<sup>1700</sup>. La Cour d'appel de Douai avait refusé de faire droit à une demande d'audition de témoins de la part du défendeur. La décision d'appel a été censurée pour avoir motivé la condamnation du prévenu sur des témoignages alors qu'aucune audition contradictoire n'avait eu lieu tout au long de la procédure.

Plus récemment, c'est le système français des amendes fiscales qui a été sanctionné par la Cour européenne. Celle-ci a, dans un arrêt du 24 février 1994<sup>1701</sup>, décidé que les dispositions de l'article 6§1 de la CESDH s'appliquaient aux sanctions fiscales. Alors que le procès s'était déroulé devant les tribunaux administratifs et que le gouvernement français rejetait l'appellation d'« *accusation pénale* », les juges européens ont noté que l'ensemble des caractères combinés présentés par les amendes fiscales confère à ces sanctions une nature pénale et emporte la soumission de la procédure à l'article 6§1 de la Convention. La Cour de cassation s'est placée dans le droit fil de la jurisprudence européenne. Dans une affaire relative à une amende fiscale pour non paiement d'une surtaxe sur la vignette automobile, un justiciable estimait que cette pénalité relevait de l'article 6§1 et lui était contraire en ce qu'elle ne prévoyait aucun recours. Se référant expressément à la décision de la CEDH, la chambre commerciale affirmait « *qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'un système de majoration d'impôt ne se heurte pas à l'article 6 de la Convention pour autant que le contribuable puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de ce texte* »<sup>1702</sup>. L'attitude de la Cour de cassation conduit un commentateur à remarquer que l'arrêt en question « *marque clairement la présence du droit de la CESDH – entendu comme la Convention telle qu'interprétée par le juge européen – dans notre droit interne* »<sup>1703</sup>. L'action des principes sur les normes inférieures apparaît nettement dans cet arrêt. Le système de la surtaxe ne prévoyait aucun recours contre l'amende fiscale. Il s'avérait contraire au principe européen du droit *au recours*. La Cour de cassation a utilisé ce principe pour réformer<sup>1704</sup> le droit interne et ouvrir ainsi l'accès au juge. Cette juridiction devance parfois la Cour européenne dans l'application de la Convention.

## 2) L'initiative de la Cour de cassation dans l'application de la CESDH

**331.** L'application de la Convention n'est pas uniquement subie par les juridictions internes. Celles-ci peuvent prendre l'initiative de devancer une probable condamnation de la France et réformer d'autorité le droit processuel interne conformément aux principes conventionnels. Ce fut le cas en 1997 dans un arrêt qui mettait en jeu le droit d'appel du Procureur général. L'article 546 *in fine* du Code de procédure pénale permettait au Procureur général de faire appel de tous les jugements de police alors que ce droit était limité pour les

<sup>1700</sup> Cass. crim. 12 janvier 1989, *Bull. crim. 1989*, n°13, *RSC 1989*, p. 350, observations BRAUNSCHWEIG A.

<sup>1701</sup> CEDH 24 février 1994 *Bendenoun c/ France*, *JCP 1995*, II, 22372, note FROMMEL S.N.

<sup>1702</sup> Cass. com 29 avril 1997, *JCP 1997*, II, 22935, note SUDRE F.

<sup>1703</sup> *ibid*, p. 470.

<sup>1704</sup> L'utilisation de ce terme ne vise pas à assimiler l'œuvre réformatrice du législateur à celle de l'autorité judiciaire, mais à montrer que l'utilisation par cette dernière de principes supérieurs conduit à changer la physionomie du système juridique. Il est évident que l'application et l'interprétation de ces principes confèrent au juge un pouvoir important de censure des règles du droit interne. Le juge participe en cela, à une œuvre réformatrice.

parties privées. L'existence d'une telle disposition mettait en jeu une contradiction entre deux principes : celui du *double degré de juridiction* et celui de l'*égalité des armes* tiré du *procès équitable*. La confrontation peut être résolue de diverses manières et l'arrêt qui a tranché, susceptible de diverses interprétations<sup>1705</sup>. On peut estimer que les deux principes ont le même rang. L'*égalité des armes* résulte de l'article 6 de la CESDH et le *double degré de juridiction* est mentionné, en matière pénale, dans le protocole additionnel n°7<sup>1706</sup>. Ils semblent provenir tous deux du droit européen. Cependant, la chambre criminelle ne souhaitait pas rendre le conflit plus complexe qu'il ne l'est. Elle a préféré s'en tenir à un critère purement formel et sans faire appel au principe du *double degré de juridiction*, elle s'est contentée d'une référence au Code de procédure pénale. Officiellement, la hiérarchie organique n'est pas modifiée : la loi interne doit céder devant le principe conventionnel. Telle est la solution adoptée dans un attendu dépourvu d'ambiguïté : « *le principe de l'égalité des armes, tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable, au sens de l'article 6 de la CESDH, impose que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits ; qu'il doit en être spécialement ainsi du droit à l'exercice des voies de recours* ». La Cour a sanctionné la disposition interne et a considéré que « *les dispositions du dernier alinéa de ce texte ne sont pas compatibles avec le principe conventionnel susénoncé* ». A l'évidence, l'interprétation formaliste laisse place à la prédominance des principes du droit européen sur les dispositions légales internes, mais l'apport de cette décision réside bien dans le fait qu'elle devance une éventuelle condamnation par la juridiction strasbourgeoise. Le juge national a su prendre l'initiative d'appliquer lui-même le principe international et de lui faire jouer son rôle sanctionnateur. L'un des commentateurs de l'arrêt remarque à ce titre que l'article 546 prévoyant le droit d'appel du Procureur général subsiste dans le Code mais « *va devenir lettre morte* »<sup>1707</sup>. L'application des principes par le juge conduit à modifier ou réformer le droit interne. Cette action est plus nette encore lorsque législateur et pouvoir réglementaire répondent eux-mêmes à l'incompatibilité déclarée de dispositions nationales avec les règles internationales.

#### b) L'influence des principes européens sur l'évolution du droit interne

**332.** L'œuvre réformatrice du juge contribue à faire évoluer le droit interne. Cependant, plus importante est la prise en compte des condamnations de la CEDH par le législateur ou le pouvoir réglementaire car ceux-ci ont la compétence non de contourner mais de supprimer une norme anticonventionnelle ou de combler une lacune interne. Alors que la Cour de cassation se contente d'exercer un contrôle par voie d'exception sur la compatibilité des dispositions internes et des principes de la CESDH, parlement et gouvernement ont le pouvoir d'éliminer purement et simplement une disposition non conforme. Ce contrôle

---

<sup>1705</sup> Cass. crim. 6 mai 1997, *Daloz 1998*, juris, p. 223, note CERF A. *JCP 1998*, II, 10056, note LASSALLE J.Y.

<sup>1706</sup> Il s'agit de l'article 2-1 du protocole. La France a émis une réserve à cette stipulation selon laquelle le recours en cassation doit être considéré comme un second degré de juridiction. Cette réserve, incohérente en ce qu'elle nie le principe même du *double degré de juridiction* (double examen au fond) était destinée à éviter l'annulation des procédures d'assises non conformes au principe énoncé par le protocole. Avant la loi du 15 juin 2000, instituant un appel en matière criminelle, la Cour de cassation a été contrainte d'utiliser la réserve française pour juger que le *double degré de juridiction* « *peut se limiter à un contrôle de l'application de la loi, tel que le recours en cassation* ». Cass. crim. 23 juin 1999, *Daloz 1999*, som. com., p. 327, observations PRADEL J. On peut espérer un revirement dans le sens d'une définition du *double degré de juridiction* plus conforme à l'objectif poursuivi par ce principe.

<sup>1707</sup> CERF A. note sous Cass. crim. 6 mai 1997, *op. cit.* p. 224. Le législateur a dû tenir compte de cette réalité et la loi du 23 juin 1999 a entériné la suppression du droit d'appel du Procureur général.

s'effectue certes *a posteriori*, mais conserve certains caractères du contrôle par voie d'action. La règle anticonventionnelle sera définitivement retirée du dispositif juridique. Cette attitude relève d'ailleurs plus de la réaction à une condamnation de la France par la CEDH, que d'une initiative nationale.

Il faut constater que l'ensemble des mécanismes prévus par la Convention ne permettent pas de contraindre formellement l'Etat à modifier sa législation. Tout d'abord, la Cour ne peut statuer *in abstracto* sur l'incompatibilité générale d'une règle interne avec la Convention. Elle doit au contraire rechercher *in concreto* si l'application de cette règle a, en l'espèce, conduit à une violation de la Convention<sup>1708</sup>. Pour autant, l'Etat condamné doit trouver les solutions pour éviter d'être à nouveau sanctionné. L'article 46 de la CESDH, prévoit que le Comité des ministres a la charge de veiller à l'exécution des arrêts de la Cour. Le question ne soulève pas de difficultés lorsqu'il s'agit de veiller à l'indemnisation de la victime, mais elle est plus délicate quant à la modification de la norme nationale. L'Etat dispose des moyens pour mettre son système juridique en conformité avec la Convention<sup>1709</sup>. La pratique montre que la France a su trouver les voies d'une adaptation aux exigences des droits de l'homme sans passer par l'économie d'une loi. On a pu le constater à plusieurs reprises : de nombreuses lois ont eu pour objet de répondre aux condamnations relatives à la durée de la détention provisoire<sup>1710</sup>. L'exemple le plus marquant reste celui de l'introduction d'un régime légal des écoutes téléphoniques qui marque l'action effective des principes européens. Pourtant, certains domaines du droit processuel demeurent en porte à faux au regard de la CESDH. Les principes possèdent ainsi un champ d'action potentiel ou prospectif.

**333. L'action effective des principes européens.** La licéité des écoutes téléphoniques en France, trouve son origine dans la jurisprudence des juges du fond<sup>1711</sup>, puis la Cour de cassation a admis à son tour la validité des écoutes en les soumettant au respect des *droits de la défense*<sup>1712</sup>. Ce système semblait conforme au Code de procédure pénale<sup>1713</sup>, mais l'article

---

<sup>1708</sup> COHEN-JONATHAN G. *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 1996, p. 49.

<sup>1709</sup> *Ibid*, p. 51.

<sup>1710</sup> La France a été de nombreuses fois condamnée pour le dépassement du « *délai raisonnable* » de détention provisoire prévu à l'article 5§3 de la Convention. Cf. par exemple, CEDH 26 juin 1991, *Letellier c/ France*, RSC 1991, p. 805, observations PETTITI L-E. Le législateur a dû introduire la notion même de « *délai raisonnable* » dans le droit interne. La loi du 30 décembre 1996 relative à la question de la détention avant jugement mentionne à l'article 144-1 C. pr. pén., que « *la détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen, et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité* ». Sur cette loi, Cf. notamment, MARON A. La détention nouvelle est arrivée, *Droit pénal* 1998, n°1, p. 4. Avec la loi du 15 juin 2000, le *délai raisonnable* est mentionné de façon générale dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale. L'article 175-2 du même Code prévoit de même qu'« *en toute matière, la durée de l'instruction ne peut excéder un délai raisonnable au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen, de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité et de l'exercice des droits de la défense* ». Le principe de *célérité* s'appliquant de façon générale à l'instruction prend une signification particulière pour la détention provisoire. Une section particulière est consacrée dans la loi à la limitation « *des conditions et de la durée de la détention provisoire* » (articles 57 à 69).

<sup>1711</sup> Sur l'historique de cette pratique, PRADEL J. VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel*, t 2, 4<sup>ème</sup> édition, Sirey, Paris, 1998, p. 131.

<sup>1712</sup> Cass. crim., 26 juin 1979, *Bull. Crim.* 1979, n°227. De même Cass. crim. 9 octobre 1980, *Dalloz* 1981, juris, p. 332, note PRADEL J. ; *JCP* 1981, II, 18578, note DI MARINO G. RSC 1982, p. 144, observations ROBERT J.

8§2 de la CESDH - qui subordonne toute ingérence dans la vie privée à l'existence d'une loi – devait conduire à une inévitable condamnation du mécanisme procédural français des écoutes téléphoniques. Deux affaires célèbres, *Kruslin c/ France* et *Huvig c/ France*, firent l'objet de deux arrêts rendus le même jour par la CEDH<sup>1714</sup>. La Cour ne reprochait pas à la France l'absence de législation, mais le fait que les lois en vigueur « *n'indiquent pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation* » des autorités chargées de mettre en œuvre et de contrôler la régularité des écoutes téléphoniques.

La Cour de cassation n'était pas en reste. Dans un arrêt *Baribeau*<sup>1715</sup> du 24 novembre 1989, elle avait anticipé la condamnation de la France et institué un régime définissant la notion et le mécanisme juridique des écoutes<sup>1716</sup>. Cette anticipation n'était en réalité qu'une réponse quelque peu rapide à la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans les affaires *Kruslin* et *Huvig*. C'est donc une attitude à la fois préventive et réactive que la juridiction française adoptait, espérant pouvoir « *faire l'économie d'une loi* »<sup>1717</sup> par le moyen d'un « *arrêt de règlement* »<sup>1718</sup>. Dans cet arrêt, l'assemblée plénière se référait explicitement à l'article 8 de la CESDH dans son visa. Néanmoins, la France se trouvait en contrariété vis-à-vis de la jurisprudence européenne et la doctrine ne manquait pas de souligner la position délicate prise par les juges français<sup>1719</sup>. Le 10 juillet 1991, conformément à la CESDH, une loi entrainait en vigueur pour définir le statut et le régime des écoutes téléphoniques introduisant dans le Code de procédure pénale les articles 100 à 100-7 relatifs aux « *interceptions de correspondances émises par voie de télécommunication* »<sup>1720</sup>.

Cette évolution montre par quel mécanisme les principes inscrits dans la CESDH peuvent, à travers leurs incidences procédurales, agir sur les normes qui leurs sont inférieures en provoquant la modification de la législation en vigueur. En effet, là où la jurisprudence se serait contentée d'un arrêt de principe rendu par l'assemblée plénière<sup>1721</sup>, le principe

<sup>1713</sup> Notamment à l'article 81 autorisant le juge à procéder à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité.

<sup>1714</sup> CEDH 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig*, série A n°176- A et B, *Dalloz 1990*, juris, p. 353, note PRADEL J. ; *RSC 1990*, p. 615, observation PETTITI L. Cf. aussi, COHEN JONATHAN G. La Cour européenne des droits de l'homme et les écoutes téléphoniques. Les arrêts *Kruslin* et *Huvig* du 24 avril 1990, *RUDH 1990*, p. 185.

<sup>1715</sup> Cass. Ass. plén. 24 novembre 1989, *Dalloz 1990*, juris, p. 34 ; *JCP 1990*, II, 21418, conclusions ROBERT E. Cf. aussi PRADEL J. Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme, *Dalloz 1990*, chron, p. 15.

<sup>1716</sup> La construction jurisprudentielle d'un régime d'écoutes avait débuté au début des années 80 et s'était poursuivie dans plusieurs arrêts de la chambre criminelle. Cf. sur cette construction *infra* n°364.

<sup>1717</sup> KOERING-JOULIN R. De l'art de faire l'économie d'une loi, *Dalloz 1990*, chr., p. 187.

<sup>1718</sup> PRADEL J. Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes, *Mélanges Levasseur*, Litec, Paris, 1992, p. 459.

<sup>1719</sup> BOULAN F. La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges Larguier*, PUG, Grenoble, 1993, p. 21.

<sup>1720</sup> PRADEL J. Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, *Dalloz 1992*, chr., p. 40.

<sup>1721</sup> Il est d'ailleurs surprenant de constater que la Cour de cassation a repris le raisonnement tenu dans sa jurisprudence antérieure relative aux écoutes téléphoniques pour admettre la validité des écoutes au moyen de micros. Cette opération de sonorisation a été validée à plusieurs reprises sur le fondement des articles 80 al 1, 151 et 152 C.pr.pén. Cf. Cass. crim. 23 novembre 1999, *Procédures 2000*, n°6, com. 82, p. 23, observations BUISSON J. (pour la sonorisation d'un véhicule de police dans lequel ont eu lieu des actes constitutifs du délit de corruption) ; Cass. crim. 12 décembre 2000, *Procédures 2001*, n°3, com. 70, p. 16, observations BUISSON J. (pour l'enregistrement des propos tenus par une personne mise en examen au parloir de la maison d'arrêt).

européen permet d'exercer une pression sur le pouvoir politique pour conduire à une réforme plus ample et plus formelle du mécanisme des écoutes téléphoniques. Cette action n'est pas immédiate, elle se prolonge dans le temps au gré des espèces et de l'audace des justiciables à saisir la Cour européenne.

**334. L'action prospective des principes européens.** A la lecture de certains arrêts récents, on peut d'ores et déjà prévoir la perspective de réformes à venir. C'est la réflexion que suggère l'arrêt *Vermeulen c/Belgique*<sup>1722</sup>. Dans cette affaire, la CEDH a condamné l'Etat belge pour violation de l'article 6§1 et particulièrement du principe du *contradictoire* inclus dans la notion de *procès équitable*. Etait en cause le rôle joué par le ministère public devant la Cour de cassation belge. L'impossibilité pour les parties privées de répondre aux conclusions de ce dernier constitue, pour la Cour européenne, une atteinte au principe du *contradictoire*. L'originalité d'une telle décision réside d'ailleurs dans le fait qu'elle est rendue dans un litige civil. En matière pénale, la condamnation de l'Etat belge est antérieure. Elle résulte de l'arrêt *Borgers c/Belgique*<sup>1723</sup> qui constate que le Ministère public devient, dans le procès pénal, l'allié ou l'adversaire objectif de l'accusation. Le fait de ne pas pouvoir répondre à ses conclusions et sa présence lors des délibérés conduisent la Cour à constater la violation de l'article 6-1 au nom de l'*égalité des armes* et des *droits de la défense*.

Comme le constate le commentateur français de l'arrêt *Vermeulen*<sup>1724</sup>, on peut douter que le système processuel français soit en conformité avec le principe européen du procès équitable. L'article 1019 du nouveau Code de procédure civile prévoit que « *la Cour statue après avis du ministère public* ». L'avocat général va donc prendre la parole en dernier et les parties privées se trouveront dans l'impossibilité de lui répondre. La pratique de la Cour de cassation française est celle d'accepter le dépôt d'une note en délibéré pour répondre au ministère public par les avocats présents à la barre lors de l'audience, mais il est aussi « *de tradition* » que l'avocat général assiste aux délibérés sans voter ni prendre la parole<sup>1725</sup>. Il est plus que probable que l'état actuel de la procédure française subisse les foudres strasbourgeoises concernant la place conférée au ministère public devant la Cour de cassation. Cela s'est déjà produit avec l'arrêt *Reinhardt* qui a condamné la France en raison de l'absence de communication des conclusions de l'avocat général aux parties<sup>1726</sup>. On peut penser que l'institution du ministère public près la Cour de cassation soit à l'origine de condamnations futures<sup>1727</sup>. C'est là toute la difficulté d'un contrôle extérieur *a posteriori* de la législation interne. A ce titre, les principes vont jouer un rôle plus efficace lorsqu'ils sont consacrés par une juridiction nationale qui leur confère une valeur constitutionnelle.

---

<sup>1722</sup> CEDH 20 février 1996, *JCP* 1997, I, 4000, observations SUDRE F. ; *Dalloz* 1997, som com, p. 208, observations FRICERO N.

<sup>1723</sup> CEDH 24 février 1994, série A n°284, MARCUS-HELMONS S. La présence du ministère public au délibéré de la Cour de cassation ou l'affaire *Borgers*, *Mélanges Velu*, édition Bruylant, Bruxelles, 1992, t. 3, p. 1379 ; LAMBERT P. De la participation du ministère public au délibéré de la Cour de cassation... à l'erreur de menuiserie, *JT* 1992, p. 161.

<sup>1724</sup> FRICERO N. Observations sous CEDH 20 février 1996, *précitée*, p. 208.

<sup>1725</sup> BORE J. *La cassation en matière civile*, *Dalloz*, 1997, n°2643, p. 649.

<sup>1726</sup> CEDH 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaid c/ France*, *Procédures* 1998, p. 16, note BUISSON J.

<sup>1727</sup> DELMAS-MARTY M. Evolution du ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes, *Justices* 1996, n°3, p. 75.

## B) L'action des principes constitutionnels sur les normes inférieures

**335.** L'émergence d'un droit processuel constitutionnel est l'autre aspect marquant de l'action des principes sur les normes formellement inférieures. Certains de ces principes sont inscrits dans la Constitution, mais c'est à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel (a) et du juge judiciaire (b) que ces principes exercent leur action.

### a) Le Conseil constitutionnel et les principes directeurs du procès judiciaire

**336.** Sans revenir sur les sources constitutionnelles des principes directeurs<sup>1728</sup>, il convient de mettre en évidence les méthodes utilisées par la haute autorité pour coordonner l'action de ces principes sur les normes inférieures. Il est très ordinaire de rappeler que le Conseil constitutionnel exerce un contrôle par voie d'action sur les lois non encore promulguées qui sont déférées devant lui. Lorsqu'une disposition est incompatible avec le bloc de constitutionnalité, elle est annulée et ne figurera pas dans la loi lors de son entrée en vigueur. Le Conseil peut aussi procéder à une réserve qui soumet la constitutionnalité des dispositions examinées à l'interprétation qu'il en donne<sup>1729</sup>. C'est dans le cadre de ce contrôle que le Conseil fait jouer aux principes directeurs constitutionnels leur rôle sanctionnateur de normes formellement inférieures<sup>1730</sup>.

Ce fut le cas, par exemple, d'une loi de finances de l'année 1984 qui prévoyait un ensemble de dispositions relatives au droit de visite domiciliaire des agents du fisc. Dans une décision du 29 décembre 1983<sup>1731</sup>, le Conseil censurait la disposition autorisant ces visites sans mécanisme de contrôle de l'autorité judiciaire comme le voudrait l'article 66 de la Constitution. Le législateur devait se pencher sur une nouvelle rédaction pour une mise en conformité avec le principe constitutionnel<sup>1732</sup>.

Le même phénomène s'est produit en 1995 lors de la saisine du Conseil relativement à une loi promulguée par la suite le 8 février de la même année. Cette loi prévoyait un mécanisme d'*injonction pénale* qui permettait au Procureur de la République de prendre un certain nombre de mesures à l'encontre de personnes contre lesquelles des éléments sont susceptibles de motiver l'exercice de poursuites. Ces mesures consistaient soit dans le paiement d'une somme au trésor public, soit dans le fait d'effectuer un travail non rémunéré au profit d'une personne morale de droit public ou d'une association habilitée. Elles

---

<sup>1728</sup> Cf. *supra* n°74 et suiv.

<sup>1729</sup> Sur la technique des réserves d'interprétation, VIALA A. *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1999. De même, VIALA A. L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°6, p. 87.

<sup>1730</sup> Il faut admettre que ce contrôle s'effectue - en raison de la nature réglementaire de la procédure civile - principalement sur la procédure pénale. On notera tout de même l'émergence d'une jurisprudence constitutionnelle en procédure civile. Sur cette question : MOLFESSIS N. La procédure civile et le droit constitutionnel, in, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, Paris, 1998, p. 245 ; GUINCHARD S. Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile, *Mélanges Draï*, Dalloz, Paris, 2000, p. 355. Ce dernier constate « une constitutionnalisation directe par réintégration d'une partie de la procédure civile dans le champ d'application de l'article 34 de la Constitution ». *ibid*, p. 359. Sont ainsi appréhendés par le Conseil constitutionnel les règles relatives à la charge de la preuve ou au recours en cassation.

<sup>1731</sup> CC 29 décembre 1983, *JCP 1984*, II, 20160, note DRAGO R. et DECOCQ A ; *RSC 1984*, p. 473, observations FOUQUET O. selon le conseil, « L'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent ».

<sup>1732</sup> Sur ce point, MAYER D. L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France, *RSC 1988*, p. 439.

pouvaient encore relever de l'indemnisation des victimes ou de la confiscation de la chose ayant permis de causer l'infraction<sup>1733</sup>. Un délai était accordé à la personne susceptible d'être poursuivie pour s'exécuter et dans l'hypothèse d'une exécution totale, le ministère public consentait à abandonner les poursuites. Dans une décision du 2 février 1995<sup>1734</sup>, le Conseil devait annuler la disposition prévoyant l'injonction pénale. Il mettait en évidence les principes de la *présomption d'innocence*, de l'*autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles*, du respect des *droits de la défense* et enfin de la *séparation des fonctions de poursuite et de jugement*. Le Conseil devait encore faire allusion à la notion de « *procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* ». Ces principes ont conduit le juge constitutionnel à estimer qu'une telle mesure d'injonction, même laissée à l'initiative d'un organe chargé des poursuites, devait être soumise à la décision d'une autorité de jugement. Plus qu'une sanction, la haute autorité indiquait expressément les conditions d'une éventuelle constitutionnalité de l'injonction pénale. Le législateur devait attraper tardivement la perche que lui envoyait le Conseil en adoptant une nouvelle loi du 23 juin 1999<sup>1735</sup>. Reprenant dans ses grandes lignes le projet de 1995, la loi institue un mécanisme de *composition pénale*. Outre la reprise pure et simple des mesures susceptibles d'être proposées à l'auteur des faits, la loi nouvelle a rajouté la remise au greffe du tribunal du permis de conduire ou de chasser de l'intéressé. La proposition de composition émane du Procureur de la République et doit être validée par le président du Tribunal de grande instance ou son délégué (le président du Tribunal de police en matière contraventionnelle). La décision du magistrat du siège pourra intervenir, le cas échéant, après audition de l'auteur des faits et de la victime. La validation par la juridiction de jugement mettra fin aux poursuites pénales constituant ainsi une cause d'extinction de l'action publique.

Outre la censure pure et simple, le Conseil constitutionnel utilise les réserves d'interprétation pour modifier directement un dispositif législatif. Il a eu l'occasion de le faire en 1989 à propos d'une loi qui intéressait indirectement la procédure civile<sup>1736</sup>. La haute autorité a admis qu'un syndicat agisse en justice sans avoir à justifier d'un mandat pour défendre les intérêts individuels de certains salariés. Elle a soumis cette possibilité à une réserve selon laquelle l'intéressé doit avoir été « *à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et (...) puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et mettre un terme à cette action* ». L'analyse processualiste de cette décision a conclu au fait que le Conseil constitutionnel avait réécrit la loi en posant « *un principe général de procédure : une action en justice ne peut être introduite sans la volonté de la personne concernée* »<sup>1737</sup>. Sans se prononcer sur l'existence d'un tel principe, il convient de se ranger derrière l'analyse selon laquelle le Conseil constitutionnel utilise les principes directeurs pour modifier directement le contenu d'une loi.

L'action des principes constitutionnels sur les normes légales est ici plus qu'évidente. En utilisant ces principes, le Conseil constitutionnel dispose du pouvoir de censurer une norme non conforme au principe, de l'interpréter pour la rendre conforme ou encore de

---

<sup>1733</sup> L'ensemble de ces dispositions étaient prévues à l'article 35 de la loi.

<sup>1734</sup> CC 2 février 1995, n°95-360, *JO 7 février 1995*, p. 2097.

<sup>1735</sup> Le GUNEHEC F. Présentation de la loi n°99-515 du 23 juin 1999, *JCP 1999*, actualités, p. 1325 (dispositions relatives aux alternatives aux poursuites) et *JCP 1999*, actualités p. 1393 (dispositions renforçant l'efficacité de la procédure pénale) ; PRADEL J. Une consécration du « *plea bargaining* » à la française : la composition pénale instituée par la loi n°99-515 du 23 juin 1999, *Dalloz 1999*, chr., p. 379 ; RUELLAN F. Les modes alternatifs de résolution des conflits, pour une justice plurielle dans le respect du droit, *JCP 1999*, I, 135.

<sup>1736</sup> CC 25 juillet 1989, 89-257 DC, *Rec.* p. 59.

<sup>1737</sup> GUINCHARD S. Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile, *op. cit.*, p. 365.

suggérer les conditions d'une éventuelle conformité et influencer en cela l'action du législateur. Le principe devient la source d'un dialogue entre auteurs de la norme inférieure et supérieure pour faire évoluer le droit législatif dans le sens d'une convergence de solutions avec le droit constitutionnel<sup>1738</sup>. Cette convergence est accentuée lorsque le juge judiciaire s'empare des principes constitutionnels.

b) Le juge judiciaire et les principes directeurs constitutionnels.

**337.** Le phénomène de pénétration du droit constitutionnel au sein de la jurisprudence judiciaire dépasse largement le cadre du droit processuel pour envahir toutes les disciplines du droit privé<sup>1739</sup>. Les juges judiciaires « *ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois. Ce n'est pas dire qu'ils ne puissent manier les principes constitutionnels (...) non pas certes pour contester la validité d'une loi mais pour en paralyser l'application* »<sup>1740</sup>.

La distinction semble subtile. Elle tient essentiellement à l'incapacité constitutionnelle du juge judiciaire d'annuler *erga omnes* une prescription légale pour inconstitutionnalité. Pour autant et bien que l'hypothèse ne soit pas envisagée dans la Constitution, les magistrats utilisent sans complexe principes ou décisions du Conseil constitutionnel pour exercer un contrôle par voie d'exception sur les situations qui ne semblent pas conformes aux principes processuels qui relèvent du bloc de constitutionnalité. Cette attitude peut se limiter à l'intégration de la jurisprudence constitutionnelle. Le juge judiciaire peut aussi se référer directement aux principes inscrits dans la Constitution.

**338. *Le juge judiciaire et la jurisprudence du Conseil constitutionnel.*** Cette appropriation de principes formellement supérieurs à la loi par le juge judiciaire peut procéder d'une référence directe à une décision du Conseil. L'exemple topique est celui de la décision de la Cour d'appel d'Amiens faisant suite à la fameuse décision « *juge unique* » dans laquelle le Conseil avait censuré une loi de 1975 généralisant l'institution du juge unique à la quasi totalité de la matière correctionnelle. En réalité, la loi de 1975 faisait suite à une autre de 1972 qui prévoyait l'institution du juge unique, en fonction du choix discrétionnaire du président du Tribunal pour un certain nombre de délits. Cette dernière n'ayant pas été déférée au Conseil constitutionnel, elle n'avait pas été censurée. Les magistrats répressifs se trouvaient donc dans une situation délicate, contraints d'appliquer la loi de 1972 alors même que son mécanisme, repris dans celle de 1975, avait été déclaré inconstitutionnel sur le fondement du principe de *l'égalité devant la justice*<sup>1741</sup>. La première solution consistait à continuer d'appliquer la loi de 1972 sans se préoccuper de la généralisation opérée et annulée par celle de 1975. Certains juges furent plus audacieux comme la Cour d'appel d'Amiens le 22 janvier 1976. Celle-ci a considéré que la censure constitutionnelle de la loi de 1975 devait s'étendre à celle de 1972 dans la mesure où les mécanismes étaient strictement identiques. Pour autant, le Conseil constitutionnel, auteur d'un contrôle *a priori*, ne pouvait contrôler *a posteriori* une loi dont il n'avait pas été saisi. Le raisonnement de la Cour d'Amiens va donc s'appuyer, non sur l'annulation, mais sur la non conformité de la loi de 1972 à la Constitution. Dans un attendu surprenant, la juridiction

<sup>1738</sup> Sur la convergence des solutions entre le droit privé et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, MOLFESSIS N. *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse, Paris 2, 1994 p. 380 et suiv.

<sup>1739</sup> Pour une analyse quantitative et qualitative du phénomène, MOLFESSIS N. *op. cit.*, p. 652 et suiv.

<sup>1740</sup> ROUHETTE G. *L'ordre juridique processuel, Mélanges Raynaud*, Dalloz – Sirey, 1985, p. 687.

<sup>1741</sup> Sur la question, Cf. notamment, ROBERT J. La loi du 29 décembre 1972 et l'évolution du droit pénal, *JCP* 1973, I, 2525 ; CC 23 juillet 1975, *Dalloz* 1977, juris, p. 629, note HAMON L., LEVASSEUR G. ; *JCP* 1975, II, 18200, note FRANCK.



du fond se prononce ainsi : « attendu que (...) par décision du 23 juillet 1975, le Conseil constitutionnel a déclaré non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 6 de la loi du 29 décembre 1972 (...) qui permettaient par exception à la règle de la collégialité posée par l'article 398-1 du Code de procédure pénale de déférer à un seul magistrat la connaissance de certains délits (...) qu'il échet d'annuler le jugement, comme rendu selon des modalités contraires à la Constitution »<sup>1742</sup>.

Cet arrêt est isolé, mais il montre comment le juge judiciaire peut utiliser un principe constitutionnel dégagé par le Conseil (en l'occurrence celui de l'égalité devant la justice) et l'utiliser en dehors d'un contrôle *a priori*. En ce sens, le principe dépasse sa fonction d'annulation pour occuper une fonction de neutralisation sur la norme légale, formellement inférieure, par le biais de l'exception d'inconstitutionnalité. Le contrôle pratiqué par la Cour d'Amiens est téméraire, mais l'utilisation du principe l'est moins dans la mesure où la décision du juge judiciaire est entièrement calquée sur le raisonnement du juge constitutionnel.

**339. Le juge judiciaire et la Constitution.** Les magistrats judiciaires peuvent faire preuve de plus d'autonomie et emprunter directement des principes dans le corps de la Constitution. Cette utilisation de normes constitutionnelles paraît légitime dans la mesure où il s'agit de dispositions spécifiquement destinées à l'exercice de la fonction juridictionnelle. L'exemple le plus fréquent est celui de la référence à l'article 66 de la Constitution selon lequel le *juge judiciaire est gardien des libertés individuelles*. Dans l'arrêt *Bodgan*<sup>1743</sup>, la Cour de cassation élargit son champ de compétence en estimant qu'il appartient aux juridictions de l'ordre judiciaire de vérifier la régularité du contrôle d'identité d'un étranger dans la mesure où ce contrôle provoque « une restriction temporaire des droits individuels »<sup>1744</sup>. On ne trouve pas, dans cet arrêt, une action purement sanctionnatrice d'une norme légale non conforme à un principe constitutionnel. La Cour de cassation utilise le principe constitutionnel pour ajouter à l'édifice procédural une règle de compétence. En plaçant au sein du système des contrôles d'identité une règle d'origine constitutionnelle, la Cour a souhaité exercer une action préventive tout autant que combler une lacune législative. Comme le constate un commentateur de l'arrêt<sup>1745</sup>, la juridiction aurait pu simplement se référer aux principes généraux du droit, mais elle a souhaité donner plus de poids à l'extension de sa compétence. Il s'agit donc de signifier au législateur qu'elle entend définir elle-même son domaine d'action en appliquant directement une norme constitutionnelle au mépris d'une éventuelle législation contraire.

**340. Conclusion.** L'action des principes directeurs sur les normes formellement inférieures s'analyse donc comme une œuvre plus ou moins classique. Le juge judiciaire emploie une règle tirée de la Convention européenne des droits de l'homme pour évincer une règle légale comme le lui permet l'article 55 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel se sert d'un des principes présents dans le bloc de constitutionnalité pour annuler une loi ou l'un de ses articles qui lui paraît non conforme au principe en question. Il n'y a là aucune originalité, aucun courage de la part des magistrats. L'action des principes ne sort pas d'un cadre défini et reconnu de tous. L'application contradictoire d'un principe et d'une règle inférieure devient plus innovante lorsque le législateur réagit de lui-même à une injonction de la CEDH ou lorsque le juge judiciaire s'arroge la compétence de contrôler les dispositions

<sup>1742</sup> CA Amiens 22 janvier 1976, *Gaz Pal* 1976, 1, *Juris.*, p. 333.

<sup>1743</sup> Cass. crim. 25 avril 1985, *Dalloz* 1985, *juris.*, p. 329, conclusions DONTENWILLE.

<sup>1744</sup> Cf. aussi sur cet arrêt, MAYER D. L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France, *RSC* 1988, p. 439.

<sup>1745</sup> *Ibid*, p. 446.

législatives au regard de principes constitutionnels. On découvre de nouvelles fonctions des principes directeurs intimement liées à la puissance téléologique qui les caractérise et à la légitimité grandissante qu'ils acquièrent dans le discours et la politique juridiques. Ce phénomène est plus manifeste encore, si l'on constate que les principes ont une action sur les normes qui leur sont formellement supérieures.

## § 2 : L'action atypique des principes directeurs sur les normes formellement supérieures

**341.** L'étude des principes prend tout son intérêt lorsque l'on constate que leur action se porte aussi sur des normes vis-à-vis desquelles ils ne se trouvent pas en position de force. Ce phénomène se produit sur l'impulsion du juge qui va prendre en compte l'existence d'un principe pour limiter la portée d'une règle légale ou simplement textuelle. Il faut immédiatement souligner l'ambiguïté que révèle l'expression « règles d'origine textuelle ». Le droit processuel privé en connaît principalement deux catégories : les textes légaux pour la procédure pénale et l'organisation des juridictions ; et les textes réglementaires pour la procédure civile. Officiellement, la norme jurisprudentielle trouve sa place entre les deux. Le juge applique la loi mais peut écarter le règlement contraire aux principes généraux. Il existe des exemples dans lesquels le juge administratif a annulé certains articles du nouveau Code de procédure civile pour non conformité avec un ou plusieurs principes de procédure<sup>1746</sup>. Cette distinction est surfaite et présente de graves faiblesses. Pourquoi le pouvoir constituant aurait-il soumis le Code de procédure civile au bon vouloir des juges et protégé le Code de procédure pénale d'une éventuelle censure ? La célèbre théorie du Professeur CHAPUS est brillante, mais elle ne dit rien sur cette contradiction. La valeur infra-législative et supra-réglementaire des principes généraux n'est pas une hypothèse pertinente. C'est pour cette raison qu'il a été choisi de ne pas dissocier, dans l'argumentation qui va suivre, les règles textuelles légales ou réglementaires, tout en ayant conscience que la doctrine dominante admet l'action des principes sur les règlements. On observera donc que les principes jurisprudentiels agissent de façon inattendue sur les normes textuelles formellement supérieures (A) avant de tirer les conséquences de ce constat en formulant de nouvelles propositions pour une représentation du système juridique (B).

### A) La neutralisation des normes textuelles formellement supérieures aux principes directeurs du procès judiciaire

**342.** Le premier aspect se présente sous une forme traditionnelle. Dans l'application des règles écrites, le juge utilise un principe pour augmenter ou diminuer la portée de la règle en raison de sa compatibilité ou de son incompatibilité avec le principe. C'est le jeu de l'interprétation dans lequel les magistrats excellent (a). Mais le juge utilise, depuis peu, les principes pour écarter purement et simplement la règle écrite (b). Cette éviction s'analyse en une véritable action *contra legem* qu'il est bien difficile d'expliquer si l'on ne dépasse pas les *a priori* conventionnels de la théorie du droit. En droit processuel ce sont principalement et provisoirement les principes relatifs aux voies de recours qui jouent ce rôle, mais ces manifestations se produisent dans d'autres disciplines sans rapport avec les recours. On ne peut donc parler d'un phénomène isolé.

---

<sup>1746</sup> En l'occurrence, le principe du *contradictoire* et celui de l'*égalité*, Cf. *supra* n°327.

a) L'interprétation de la règle écrite conformément au principe jurisprudentiel

**343.** L'interprétation est, de très loin, le moyen le plus confortable pour le juge, de modeler le droit tel qu'il l'entend. Il peut ainsi donner à la règle qu'il est censé appliquer, le sens qui correspond à sa propre conception de la matière ou de la solution à donner au litige. L'interprétation est un instrument de libération du juge vis-à-vis des textes qu'il doit mettre en oeuvre. Ainsi, bien que la loi pénale soit réputée *d'interprétation stricte*<sup>1747</sup>, les magistrats n'hésitent pas à recourir à la méthode téléologique pour pallier les silences, les contradictions, ou les absurdités des textes. Mais pour donner un sens à son action, le juge doit déterminer un cadre de référence, de cohérence. Ce sont les principes qui constituent ce cadre. Grâce à eux, il est possible de dégager des idées qui guideront l'interprétation de la norme jurisprudentielle. Chaïm PERELMAN enseignait ainsi que le recours à l'interprétation téléologique a permis à l'autorité judiciaire de gagner son indépendance, notamment en se démarquant de la méthode du référé législatif<sup>1748</sup>. Progressivement, le juge a accru son pouvoir en déterminant lui-même des normes nouvelles, les principes généraux du droit, émanations de la puissance créatrice jurisprudentielle dont l'objet est de « *concilier le respect de la loi avec les exigences de l'équité* »<sup>1749</sup>. C'est cette œuvre de conciliation qui conduit le juge à adapter l'application d'une règle textuelle à un principe directeur. La règle qui est conforme au principe voit son champ d'application s'étendre (1), alors que celle qui le contraire sera limitée (2).

1) *L'interprétation extensive des normes textuelles conformes à un principe*

**344.** Le *double degré de juridiction* est un principe qui, sans trouver d'expression explicite dans un texte, compte parmi les principes généraux du droit. Le Code de procédure pénale limite fréquemment le droit d'appel en fonction de la qualité des parties, de la nature de leurs prétentions ou encore, de l'importance de l'enjeu. Pourtant, un auteur constate que « *la jurisprudence est parvenue (...) à élargir les frontières de l'appel des ordonnances dans l'instruction* »<sup>1750</sup>. Cette affirmation est corroborée par une décision récente de la juridiction suprême. L'affaire est singulière puisqu'il s'agissait de statuer sur une disposition de la loi du 4 janvier 1993 qui fut partiellement abrogée par la loi du 24 août suivant. La première loi avait confié au Président du Tribunal de grande instance le soin de statuer sur la détention provisoire de la personne mise en examen. L'article 186 al 1 du Code de procédure pénale prévoyait alors un droit d'appel contre la décision du magistrat, mais ce droit n'était prévu que pour le mis en examen. Un refus de placement en détention ne pouvait, selon une interprétation stricte de la loi, être attaqué par le ministère public. C'est à propos du refus par la Cour d'appel de Paris d'examiner le recours d'un Procureur général, que la Cour de cassation fut saisie. Pour cette dernière, « *il résulte de l'article 185 C. pr. pen. et des principes généraux du droit que l'appel du ministère public s'étend à toutes les décisions rendues en matière de détention provisoire* »<sup>1751</sup>. La référence à l'article 185 ne suffisait pas à la juridiction pour ouvrir la voie de l'appel à une partie oubliée dans la loi. Cette disposition prévoit que « *le Procureur général a le droit d'interjeter appel devant la chambre*

<sup>1747</sup> Article 111-4 C.pén.

<sup>1748</sup> PERELMAN CH. Ontologie juridique et sources du droit, *APD* 1982, tome 27, p. 23.

<sup>1749</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>1750</sup> LARGUIER J. Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 287.

<sup>1751</sup> Cass. crim. 6 juillet 1993, *Dalloz* 1993, juris, p. 429, note KEHRIG S.

*d'accusation de toute ordonnance du juge d'instruction* ». La difficulté résidait notamment dans le fait que le juge d'instruction venait d'être dépossédé du contentieux de la détention provisoire. Il fallait désormais trouver un nouveau fondement pour admettre le recours du Procureur. Le principe du *double degré de juridiction* que la Cour vise à travers sa référence aux principes généraux du droit devient le point d'appui pour étendre l'appel initialement réservé au mis en examen, au ministère public.

Plus généralement, c'est le principe du *droit au recours*, qui agit sur des dispositions textuelles pour en étendre le champ d'application. En matière de contrainte par corps, l'article 756 du Code de procédure pénale prévoit que : « *si le débiteur déjà incarcéré requiert qu'il en soit référé, il est conduit sur le champ devant le président du Tribunal de grande instance du lieu où l'arrestation a été faite. Ce magistrat statue en état de référé, sauf à ordonner, s'il échet, le renvoi pour être statué dans les formes et conditions des articles 710 et 711* ». Le Code pose clairement la condition de l'arrestation préalable au recours devant le juge des référés pour la personne qui doit subir une contrainte par corps. Un justiciable fut ainsi informé d'un commandement du Trésorier payeur général pour le paiement d'amendes à la suite duquel le Procureur de la République avait émis des réquisitions d'incarcération. Le condamné menacé décidait alors d'agir immédiatement et sur le fondement de son insolvabilité, il saisissait le président du Tribunal de grande instance comme il est prescrit à l'article 756. N'étant pas encore incarcéré, il vit sa demande rejetée et dut en référer à la Cour de cassation. Celle-ci considéra que « *le débiteur contre qui sont prises des réquisitions d'incarcération peut, avant même son arrestation, saisir le Président du tribunal de grande instance statuant en référé pour qu'il soit sursis provisoirement à l'exécution de la contrainte par corps, sauf le juge à renvoyer la cause au fond devant la juridiction qui a prononcé la sentence* »<sup>1752</sup>. On pourrait souligner l'absence de référence directe aux principes généraux du droit qui ne permet pas de considérer comme irréfutable le lien entre la décision de l'assemblée plénière et le principe jurisprudentiel du *droit au recours*. Cependant, ce qui est tout à fait remarquable, c'est que la Cour reformule l'article 756 du Code de procédure pénale. L'expression « *le débiteur déjà incarcéré* » inscrite dans le texte devient dans l'arrêt « *le débiteur contre qui sont prises des réquisitions d'incarcération peut, avant même son arrestation* ». On ne peut encore parler d'action *contra legem* car l'article en question n'est pas contredit formellement. Il ne s'agit pas d'exclure le recours prévu dans ce texte mais au contraire d'en faire une application anticipée. Le recours n'est plus ouvert à partir de l'incarcération, mais, de façon préventive, dès que sont prises des réquisitions en vue de cette incarcération. Plus que du simple *droit au recours*, la jurisprudence s'inspire purement et simplement du principe de *liberté* appliqué, non à la détention provisoire, mais à l'exécution de la sentence. Ce que l'on peut retenir en substance, c'est bien l'interprétation *praeter legem* d'une disposition dans le sens d'un ou plusieurs principes directeurs.

En matière de voies de recours, ces cas ne sont pas isolés. C'est en se référant aux principes généraux du droit que la Cour de cassation a pu admettre le pourvoi d'une partie civile contre l'arrêt d'une chambre d'accusation en dehors des cas énoncés par l'article 575 du Code de procédure pénale<sup>1753</sup>. Elle a encore accueilli l'appel contre certaines ordonnances du juge d'instruction en se référant au « *principe général du double degré de juridiction* » alors même qu'aucun texte ne prévoyait ce recours<sup>1754</sup>. L'idée dominante est bien celle,

<sup>1752</sup> Cass. ass. plén. 5 avril 1996, *JCP* 1996, II, 22676, rapport CHARTIER Y. note CADIET L.

<sup>1753</sup> Cass. crim. 22 juin 1978, *Bull. Crim.* 1978, n°210 ; *JCP* 1979, II, 19094, note JEANDIDIER W.

<sup>1754</sup> Cass. crim. 24 février 1981, *Bull. Crim.* 1981, n°69 ; *JCP* 1981, II, 19689, note JEANDIDIER W. ; *Dalloz* 1981, juris, p. 469, note MALAVAL P. ; Cass. crim. 10 janvier 1980, *Bull. Crim.* 1980, n°18 ; *Dalloz* 1981, juris p. 96, note CHAMBON P. ; *Gaz Pal* 1980, 2, juris, p. 654.

qu'au-delà des voies de recours expressément prévues par la loi, il y a une place pour ce que la loi ne prévoit pas expressément, sans pour autant l'interdire. L'action du juge consiste à dépasser les prévisions ou les carences du législateur pour mettre en conformité les normes techniques avec les principes directeurs. La règle d'origine textuelle peut se voir combattue par le biais de l'interprétation stricte ou restrictive.

2) *L'interprétation stricte ou restrictive des normes textuelles en contrariété avec les principes directeurs.*

**345.** La distinction entre règles techniques et principes directeurs peut être rapprochée de celle qui s'établit entre lois spéciales et droit commun<sup>1755</sup>. Le Professeur GASSIN explique à ce propos qu'« *en matière d'interprétation, les lois spéciales obéissent à des règles propres qui s'expliquent par cette idée qu'elles sont censées se référer toujours aux lois générales* »<sup>1756</sup>. Si la disposition spéciale déroge au droit commun, sa mise en oeuvre va être limitée au mieux aux cas prévus dans le texte qui l'établit en application de l'adage *exceptiones strictissimae sunt interpretationis*<sup>1757</sup>. En jurisprudence, l'interprétation des règles techniques vis-à-vis des principes se fait soit dans le sens d'une interprétation stricte, soit d'une interprétation restrictive. L'interprétation stricte signifie que l'on ne donne pas plus de portée à la règle technique que celle prévue par le texte qui la contient. L'interprétation restrictive consiste à réduire la portée de la règle textuelle.

L'article 464 al 2 du Code de procédure pénale permet au Tribunal correctionnel de se prononcer sur l'action civile et d'accorder à ce titre une provision qui peut être exécutoire malgré l'appel. Une telle règle peut s'avérer dangereuse au regard du *double degré de juridiction* si la mesure indemnitaire prend un caractère définitif. La Cour de cassation a ainsi considéré qu'en tant que disposition exceptionnelle l'article 464 al 2 du Code de procédure pénale. « *doit être interprété restrictivement et ne peut s'étendre au-delà de ses termes* ». Elle a donc interdit que soit prononcée une réparation civile dont le caractère particulier exclut toute possibilité ultérieure de restitution<sup>1758</sup>. La Cour évoque une interprétation restrictive mais d'un autre côté elle se contente d'empêcher que le texte produise des effets « *au-delà de ses termes* ». Il s'agit donc d'une interprétation stricte. La juridiction suprême a eu la même attitude au regard d'une règle écrite dérogatoire au *secret des délibérés*. Une loi du 11 juillet 1975 autorise les magistrats et futurs magistrats étrangers en stage auprès d'une juridiction française à assister aux délibérés. La Cour a décidé que ce texte « *doit être interprété restrictivement et exclut toute participation de leur part aux décisions de ces juridictions* »<sup>1759</sup>. Ici encore, il s'agit avant tout d'une interprétation stricte qui limite les effets de la loi à ce qu'elle prévoit expressément, c'est à dire, la présence de magistrats étrangers aux délibérés. L'interprétation stricte est parfois visée expressément par la Cour de

---

<sup>1755</sup> Cf. *infra*, n°381 et suiv.

<sup>1756</sup> GASSIN R. Lois spéciales et droit commun, *Dalloz* 1961, chron., p. 91.

<sup>1757</sup> *Ibid*, p. 94. Cet adage règle la situation entre principe et exception. Il s'applique logiquement dans la relation entre principe général et règle spéciale. Ainsi Jean BOULANGER expliquait que, lorsqu'une règle légale « *s'analyse en une dérogation à un principe, la solution est bien connue : la règle exceptio est strictissimae interpretationis. L'exception dont on parle est l'exception à un principe* ». BOULANGER J. Principes généraux du droit et droit positif, *Mélanges Ripert*, t. 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 51.

<sup>1758</sup> Cass. crim. 16 octobre 1968, *Dalloz* 1969, som. com., p. 56. En l'espèce, la réparation consistait dans la publication intégrale du jugement dans un journal condamné pour injures et diffamation.

<sup>1759</sup> Cass. crim. 27 octobre 1983, *Bull. crim.* n°269.

cassation<sup>1760</sup>. La première chambre civile a décidé que « *la règle de la publicité des débats est générale et ne souffre d'exception que dans les cas spécifiés par la loi. Que la disposition (...) qui impose (...) des débats en chambre du conseil, en matière de divorce est, en raison de son caractère exceptionnel, d'interprétation stricte* ».

Il se peut que la Cour de cassation aille plus loin et, sans évoquer la question de l'interprétation, restreigne la portée d'un texte en y ajoutant une condition. Tel fut le cas en matière de contrôles d'identité. En 1992, la chambre criminelle a pu décider que les contrôles effectués en application de l'article 78-2 al 2 du Code de procédure pénale issu de la loi du 3 septembre 1986 étaient subordonnés « *à la prévention d'une atteinte à l'ordre public qui soit directement rattachable au comportement de la personne dont l'identité est contrôlée* »<sup>1761</sup>. Cette condition de rattachement du comportement au trouble à l'ordre public n'était pas prévue par la loi. La jurisprudence a donc interprété restrictivement le texte contraire au principe de l'*intimité de la vie privée* en conditionnant son application. Le législateur a réagi dans une loi du 10 août 1993 pour effacer les effets de cette jurisprudence. Lorsque le contrôle d'identité vise à prévenir une atteinte à l'ordre public, l'identité de toute personne peut être vérifiée « *quel que soit son comportement* » affirmait l'article 78-2 al 3. L'interprétation de la Cour de cassation était explicitement remise en cause. Le Conseil constitutionnel l'a pourtant reprise à son compte. Dans sa décision du 5 août 1993<sup>1762</sup> il a émis une réserve d'interprétation se fondant sur le principe de la *liberté individuelle*<sup>1763</sup>. L'autorité chargée du contrôle d'identité doit « *justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle* ». La légalité et la pertinence des raisons qui ont motivé cette opération va conduire à apprécier, « *s'il y a lieu, le comportement des personnes concernées* ». L'interprétation restrictive émise par la Cour de cassation sur une norme légale théoriquement supérieure, s'est transformée en une réserve d'interprétation formulée par l'autorité constitutionnelle sur une norme formellement inférieure.

L'interprétation restrictive peut aussi être utilisée lorsqu'il s'agit de définir des notions procédurales prévues par un texte. Tel est le cas de l'article 537 du nouveau Code de procédure civile qui exclut tout recours à l'encontre des mesures d'administration judiciaire. Ces mesures sont des actes relatifs au fonctionnement d'une juridiction (délégation d'un juge, règlement du rôle, police de l'audience...) <sup>1764</sup>. Elles ne concernent pas directement la résolution du litige et ne portent pas atteinte aux droits des parties, elles ne sont donc susceptibles d'aucun recours. Cette exclusion n'est pas sans effet pervers en raison de l'absence d'une détermination précise de la notion de mesure d'administration judiciaire par le Code. C'est dans son œuvre d'interprétation que la jurisprudence a entendu limiter le domaine de l'exclusion des voies de recours envisagée par l'article 537. Ont ainsi été exclus du champ des mesures d'administration judiciaire un certain nombre d'actes qui mettaient en cause les droits des parties. Cette qualification a donc été refusée à une ordonnance d'envoi en possession d'un héritier rendue après audition du requérant et du conseil de la partie

---

<sup>1760</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 24 avril 1968, *Bull. civ.*, n°118.

<sup>1761</sup> Cass. crim. 10 novembre 1992, *Bull. crim.*, n°370.

<sup>1762</sup> CC 5 août 1993 93-323 DC, *RFDC 1993*, n°16, p. 837, observations FAVOREU L.

<sup>1763</sup> Pris dans son interprétation constitutionnelle, on peut y inclure l'*intimité de la vie privée*. Cf. *supra*, n°100 et suiv.

<sup>1764</sup> VINCENT J. GUINCHARD S. *Procédure civile*, précis Dalloz, 25<sup>ème</sup> édition, Paris, 1999, n°198, p. 240. MARTIN R. MAS D. *Juris-classeur procédure*, Voies de recours – dispositions communes, fasc 705, n°61 et suiv.

adverse<sup>1765</sup>. De même, l'ordonnance qui refuse le remplacement d'un expert<sup>1766</sup> ou la récusation d'un technicien<sup>1767</sup> ne se limite pas à la simple administration de la justice et ne constitue pas une telle mesure.

L'ensemble de ces exemples ne présente pas un caractère innovant au regard de ce que l'on sait déjà et de ce que l'on accepte de l'autorité juridictionnelle. Un publiciste s'interrogeait sur le pouvoir de gouverner du juge administratif. Dès les années cinquante, il considérait que « *le juge n'a évidemment pas le pouvoir de mettre directement en échec la volonté du législateur ; peut-être n'est il pas pour autant totalement désarmé devant elle. Peut-être, peut-on, sans paradoxe, parler du caractère super-législatif des principes généraux du droit* »<sup>1768</sup>. Selon cet auteur, c'est l'éthique du juge qui le conduit à utiliser les principes généraux dans son travail d'interprétation. En recherchant l'idée qui a pu inspirer le texte, le magistrat réintroduit de façon plus générale, le « *climat idéologique* »<sup>1769</sup> qui transparait dans le conflit. On sait que le principe du *respect des droits de la défense* fut utilisé par le Conseil d'Etat pour ouvrir un certain nombre de droits procéduraux en contradiction avec l'ordonnance du 6 décembre 1943. A l'inverse, considérant qu'une loi contraire à un principe en constituait une exception, la juridiction administrative devait appliquer la règle selon laquelle toute exception est d'interprétation stricte pour limiter l'application des lois de Vichy<sup>1770</sup>. Quelle que soit la portée purement politique et idéologique des décisions du Conseil d'Etat durant cette période, les méthodes utilisées et notamment le recours aux principes généraux du droit, aident à comprendre les mécanismes juridictionnels de résolution des conflits entre règles textuelles et principes jurisprudentiels.

L'un de ces mécanismes est plus audacieux. Il permet au juge d'utiliser un principe dans le but d'écartier purement et simplement l'application de la norme écrite.

#### b) L'éviction de la norme écrite contraire au principe jurisprudentiel

**346.** Il est une chose d'élargir ou de restreindre la portée d'un texte, il en est une autre d'en exclure ou d'en détourner explicitement l'application. C'est pourtant le jeu auquel se livre l'autorité judiciaire, notamment en droit processuel. Cette action *contra legem* des principes directeurs se manifeste principalement dans le domaine de l'appel-nullité (1) et du pourvoi en cassation (2). L'analyse semble indiquer que l'action *contra legem* tient à la spécificité des principes (3).

##### 1) L'appel-nullité, voie de recours malgré une exclusion textuelle

**347.** L'appel « *permet de soumettre à une juridiction du second degré tous les aspects du litige et tous les vices du jugement* »<sup>1771</sup>. Il peut donc tendre à la réformation ou à l'annulation de la décision rendue par les premiers juges. En revanche, l'appel sur la nullité d'un jugement est indissociable de l'appel sur le fond. Cette règle provient d'une transposition de l'adage selon lequel « *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* » dans

<sup>1765</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 7 novembre 1979, *JCP* 1980, IV, p.21.

<sup>1766</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 14 juin 1978, *Gaz Pal* 1978, 2, p. 578, note VIATTE J.

<sup>1767</sup> CA Toulouse 2 avril 1982, *JCP* 1983, IV, p.322.

<sup>1768</sup> RIVERO J. Le juge administratif français, un juge qui gouverne ?, *Dalloz* 1951, Chron, p. 21.

<sup>1769</sup> *Ibid*, p. 23.

<sup>1770</sup> *Ibid* p. 23.

<sup>1771</sup> BOLARD G. L'appel-nullité, *Dalloz* 1988, chron, p. 177.

l'article 460 du nouveau Code de procédure civile qui énonce : « *la nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi* ». Selon le Professeur CADIET<sup>1772</sup>, cet article signifie simplement que les jugements ne peuvent être attaqués en vertu d'un recours autonome fondé sur la nullité mais seulement dans le cadre de l'appel ordinaire qui « *tend à faire réformer ou annuler par la Cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré* »<sup>1773</sup>. La voie de l'appel-nullité est donc ouverte uniquement dans le cadre de l'appel ordinaire et subit les mêmes exclusions que celui-ci. Telle est la solution résultant de la combinaison des articles 460 et 543 du nouveau Code<sup>1774</sup>. Pourtant, on assiste en jurisprudence au développement d'une voie d'appel-nullité autonome qui s'émancipe dans certains domaines où fleurissent les exclusions légales du *double degré de juridiction*.

Née dans les procédures d'arbitrage, cette voie d'annulation s'est étendue à l'encontre des jugements qui violaient ouvertement les fondements même du droit processuel. Au fil des décisions jurisprudentielles, on constate que l'appel-nullité devient nécessaire lorsque sont réunies trois conditions<sup>1775</sup>. D'une part, il faut que la décision de première instance ait été rendue dans les conditions établies par un texte qui exclut la possibilité d'un appel ; d'autre part, la décision en question doit être frappée d'un vice particulièrement grave pour justifier l'ouverture d'un recours contre le texte<sup>1776</sup> ; enfin, aucune autre voie de recours n'est ouverte contre le jugement de première instance<sup>1777</sup>.

On a donc vu apparaître cette institution à la faveur de la multiplication des interdictions de recours en matière de procédures collectives<sup>1778</sup>. L'opinion processualiste n'est pas tendre à l'égard de la loi de 1985 qui prévoit en la matière, l'exclusion ou la réduction de nombreux cas d'appels<sup>1779</sup>. Il est vrai que la complexité des mécanismes procéduraux en matière de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises, l'existence de nombreuses parties au procès due au caractère collectif de la procédure et enfin les enjeux économiques, risquaient de provoquer un accroissement des recours et de rendre la procédure interminable. A l'opposé, la précision des dispositions procédurales et le fait que la loi fût d'ordre public rendaient tout vice particulièrement grave et sujet à correction<sup>1780</sup>. Dans la loi, la balance penche en faveur de la limitation ou de l'exclusion des recours. Certaines

---

<sup>1772</sup> CADIET L. Sur l'appel-nullité dans les procédures collectives, *Rev. proc. coll.* 1988, n°1, p. 17.

<sup>1773</sup> Articles 542 et suiv. nouv. C. pr. civ.

<sup>1774</sup> Article 543 nouv. C. pr. civ. : « *la voie de l'appel est ouverte en toute matière, même gracieuse, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé* ».

<sup>1775</sup> BOLARD G, *op. cit.* p. 180.

<sup>1776</sup> Selon la Cour d'appel de Paris, il est nécessaire que l'appelant ait été partie à la première instance. CA Paris 3<sup>ème</sup> ch 7 février 1997, *Petites Affiches* 8 avril 1998, n°42, p. 22.

<sup>1777</sup> Sur cette dernière condition, Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 27 juin 1984, *JCP* 1984, IV, n°288 ; *RTD Civ.* 1984, p. 775, obs PERROT R.

<sup>1778</sup> Dues à la loi n°67-563 du 13 juillet 1967 réformée par la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 et codifiée par l'ordonnance du 18 septembre 2000 (*JO* 21 septembre 2000). Les dispositions relatives aux voies de recours dans les procédures collectives sont aujourd'hui intégrées dans le Code de commerce aux articles L 623-1 et suiv.

<sup>1779</sup> Pour le Professeur CADIET, la loi de 1985 est composée de dispositions « *désordonnées, tâtonnantes, les décisions du juge se dispersent à tout vent. L'excès de certaines solutions donnerait même à penser sévèrement que la mauvaise graine législative (...) a engendré, en jurisprudence, un véritable monstre procédural* ». CADIET L. Sur l'appel dans les procédures collectives, *op. cit.* p. 17. Cf. aussi, CADIET L. L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises, *Rev. proc. coll.* 1989, n°3, p. 371.

<sup>1780</sup> CADIET L. Sur l'appel dans les procédures collectives, *op. cit.* p. 19



dispositions écartent purement et simplement tout recours contre un certain nombre de décisions<sup>1781</sup> ; d'autres visent plus simplement à réserver l'appel à certaines personnes citées expressément<sup>1782</sup>. Avec cette loi, on se trouve très exactement dans l'hypothèse de l'exclusion d'un appel prévue à l'article 543 du nouveau Code de procédure civile. Cette exclusion est de taille puisque les créanciers sont évincés de toute procédure d'appel alors même que ce sont principalement leurs droits qui sont en jeu. A titre d'exemple, un auteur remarque qu'en pratique la consultation des créanciers serait pour le moins délaissée<sup>1783</sup>. Les propositions de règlement ne sont pas transmises au représentant des créanciers de telle sorte qu'il ne peut lui-même procéder à une consultation. Il s'agit pourtant d'un impératif prévu par la loi.

Consciente du vice profond attaché à l'exclusion de l'appel dans un grand nombre de cas et à ses conséquences sur l'irrégularité des procédures de redressement et de liquidation, la jurisprudence allait avoir recours aux principes directeurs pour se dégager de l'encadrement législatif et ouvrir son contrôle malgré les interdictions légales. Les juges du fond furent les premiers à prendre cette voie. L'idée demeurerait pourtant de ne pas affronter la loi directement mais plutôt de l'oublier. Dans un arrêt du 4 juin 1987, la Cour d'appel de Douai évoquait le fait « *qu'aucune disposition résultant des procédures collectives n'interdit de faire constater selon les voies de recours de droit commun la nullité d'un jugement lorsque celui-ci présente de graves irrégularités commises par les premiers juges qui ont, soit violé l'un des principes fondamentaux de la procédure civile, soit outrepassé leur pouvoir* »<sup>1784</sup>. La chambre commerciale de la Cour de cassation devait confirmer cette prise de position en affirmant que les interdictions posées, notamment par l'article 173-1 de la loi de 1985, n'empêchait pas « *de faire constater, selon les voies de recours de droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir* »<sup>1785</sup>.

<sup>1781</sup> Article 173 de la loi de 1985 (article L 623-4 C.com.) : *Ne sont susceptibles ni d'opposition ni de tierce opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation :*

- 1) *les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge commissaire ;*
- 2) *les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge commissaire dans la limite de ses attributions, à l'exclusion de ceux statuant sur les revendications.*

<sup>1782</sup> Article 174 de la loi de 1985 (articles L 623-5 et L 623-6 C.com.) : *Ne sont susceptibles que d'un appel de la part du Procureur de la République, même s'il n'a pas agi comme partie principale : les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du représentant des créanciers, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts ; les jugements statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation d'activité, ou sur l'autorisation de la location gérance prévue à l'article 42.*

*Ne sont susceptibles que d'un appel de la part, soit du Procureur de la République, même s'il n'a pas agi comme partie principale, soit du cessionnaire ou du cocontractant mentionné à l'article 86, les jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise ; le cessionnaire ne peut interjeter appel du jugement arrêtant le plan de cession que si ce dernier lui impose, en violation de l'article 62 des charges autres que les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation du plan ; le cocontractant mentionné à l'article ne peut interjeter appel que de la part du jugement qui emporte cession du contrat.*

*Ne sont susceptibles que d'un appel de la part soit du Procureur de la République, même s'il n'a pas agi comme partie principale, soit du cessionnaire, dans les limites mentionnées à l'alinéa précédent, les jugements modifiant le plan de cession.*

<sup>1783</sup> SOINNE B. Le recours nullité dans le cadre des procédures collectives, *Gaz Pal* 1987, 2, doct, p. 695.

<sup>1784</sup> CA Douai 2<sup>ème</sup> ch, 4 juin 1987, *Gaz Pal* 1987, 2, juris, p. 691.

<sup>1785</sup> « *Tel est le cas du pourvoi qui reproche à l'arrêt d'une Cour d'appel d'avoir statué dans une matière où elle était incompétente* » Cass. com 30 mars 1993, *Bull. Civ.* 1993, IV, n°131, *Dalloz* 1993, IR, p.

Progressivement, l'appel-nullité s'est développé dans d'autres domaines de la procédure civile<sup>1786</sup>. On citera simplement en exemple l'exclusion de l'appel à l'encontre des ordonnances de non-conciliation rendues en matière de divorce<sup>1787</sup>. Là encore, il eut été regrettable qu'un vice de procédure fut soustrait au contrôle des juges du second degré et la Cour de cassation admit l'appel à l'encontre de cet acte dès lors qu'il tendait non à sa réformation mais à son annulation<sup>1788</sup>.

L'appel-nullité relève bien d'une attitude *contra legem*<sup>1789</sup> de la jurisprudence. Un auteur parle d'une « sorte d'appel sui generis »<sup>1790</sup> en ce sens que ce recours est prévu en dehors d'un texte et qu'il semble difficile à classer. Un autre constate, de manière plus générale que l'ensemble des recours-nullité<sup>1791</sup> est ouvert « malgré l'interdiction légale d'un recours »<sup>1792</sup>. Dépasser l'interdit textuel, aller à son encontre, ce sont là les caractères inéluctables de l'action *contra legem* des décisions juridictionnelles qui admettent ces recours. Pour autant, les magistrats doivent trouver un allié dans leur action subversive à l'égard des textes établis<sup>1793</sup>. Ce sont les principes directeurs qui vont servir de fondement à cette remise en cause de la hiérarchie traditionnelle.

L'action des principes directeurs sur les normes supérieures se manifeste de deux façons distinctes. Si l'on recherche le fondement immédiat de la recevabilité d'un appel interdit par une loi ou un règlement, on doit d'abord se reporter au principe du *droit au recours* et à celui du *double degré de juridiction*<sup>1794</sup>. Il s'agit de faire constater que la procédure n'a pas été d'une suffisante qualité ou qu'elle a tout simplement ignoré certains droits fondamentaux. C'est donc par l'utilisation de principes directeurs relatifs aux voies de recours que la jurisprudence va écarter l'application d'un texte qui lui est supposé supérieur. Mais les principes interviennent à un autre niveau dans le renversement de l'exclusion textuelle car ils vont servir à légitimer le bien fondé du recours. Le motif de l'annulation de la décision de première instance réside dans un vice grave qui peut être constitué par un excès de pouvoir ou par la violation d'un principe essentiel de procédure<sup>1795</sup>. L'ouverture de l'appel

---

131. Parfois, la Cour de cassation a simplement cumulé les voies de recours prévues par les articles 171 et 174 visant respectivement le plan de continuation et celui de cession pour admettre l'appel contre un jugement qui rejetait le premier tout en adoptant le suivant. Cass. com 6 mars 1990, *JCP 1990*, II, 21513, note BOLARD G ; *Dalloz 1990*, juris., p. 218, note DERRIDA F.

<sup>1786</sup> BOLARD G. Les recours-nullité en procédure civile, *Justices 1996*, n°4, p. 119.

<sup>1787</sup> Article 1112 nouv. C. pr. Civ. : « L'ordonnance rendue en application des articles 1110 et 111 est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification, mais seulement quant à la compétence et aux mesures provisoires. »

<sup>1788</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 3 juillet 1985, *Dalloz 1986*, IR, p. 17, observations GROSLIERE J.L. ; *JCP 1986*, II, 20625, observations LINDON R., BENADENT A. ; *Gaz Pal 1987*, 1, juris, p. 103, note J.M. ; *RTD Civ 1986*, p. 643, observations PERROT R.

<sup>1789</sup> Et non d'une interprétation *contra legem*, dans la mesure où aller à l'encontre de la loi nécessite que l'on n'interprète plus la loi. En matière d'appel-nullité, la jurisprudence est nettement sortie du cadre textuel.

<sup>1790</sup> GERBAY PH. Les effets de l'appel voie d'annulation, *Dalloz 1993*, chron, p. 143.

<sup>1791</sup> Parmi lesquels on range aussi la tierce opposition-nullité, et la cassation-nullité, MARTEAU-PETIT M. Les voies de recours prétorienne en procédure civile, *RRJ 1999*, p. 703.

<sup>1792</sup> BOLARD G. Les recours-nullité en procédure civile, *op. cit.* p. 119.

<sup>1793</sup> C'est le Professeur MORVAN qui utilise le terme de « *subversion* » lorsqu'il décrit et analyse « l'action fondamentale de négation du droit » par les principes de droit privé. MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 551 et suiv.

<sup>1794</sup> Cf. *infra*, n°429.

<sup>1795</sup> Cf. *infra*, n°428 et suiv.

*contra legem* utilise donc les principes de deux façons différentes : comme fondement de l'existence du recours et comme motif d'annulation. Ce processus se reproduit au regard du pourvoi en cassation.

## 2) Le recours en cassation malgré les exclusions textuelles

**348.** Le pourvoi en cassation est une garantie procédurale tout à fait fondamentale en ce sens qu'elle permet un contrôle effectif de la qualité juridique des décisions juridictionnelles tant sur la forme que sur le fond. On trouve pourtant de nombreuses dispositions qui visent à exclure ce recours, souvent pour des raisons d'efficacité ou simplement pour accélérer l'issue du procès. Qualité et efficacité sont deux enjeux parfois contradictoires et s'il arrive que la loi en privilégie un au détriment de l'autre, il se peut aussi que la Cour de cassation ne suive pas les directives textuelles et s'affranchisse de l'interdiction légale pour admettre la recevabilité d'un pourvoi.

Loin de se croire à l'abri de toute atteinte, ce sont les juges suprêmes qui remettent en cause leur propre décision. Il est traditionnellement entendu qu'il n'existe pas de recours contre l'arrêt rendu par la Cour de cassation. L'article 621 du nouveau Code de procédure civile indique que si le pourvoi en cassation est rejeté, il n'est plus possible d'en former un nouveau sauf dans l'hypothèse d'une contrariété entre deux décisions de justice. Il en est de même lorsque le pourvoi est déclaré irrecevable. Dans le Code de procédure pénale, on trouve la même formule à travers l'article 618 qui prescrit que lorsqu'une demande en cassation a été rejetée, la partie qui l'a faite ne peut plus se pourvoir en cassation une nouvelle fois. De façon prétorienne, la Cour de cassation a développé la procédure dite du « rabat d'arrêt » qui permet de revenir sur un arrêt lorsqu'une erreur de procédure a affecté la solution du litige<sup>1796</sup>. Loin de ressembler aux mécanismes de rectification d'une décision judiciaire prévus aux articles 461 à 464 du nouveau Code de procédure civile<sup>1797</sup>, le rabat d'arrêt permet de revenir entièrement sur la décision prise, au besoin en « *modifiant fondamentalement son dispositif* »<sup>1798</sup>. Cette procédure se trouve en contradiction avec les dispositions textuelles des deux Codes procéduraux et ne peut puiser en leur sein la légitimité de son existence. C'est bien dans le principe du *droit au recours*, qu'il faut chercher l'origine d'une telle dérogation aux textes<sup>1799</sup>.

L'exemple le plus révélateur de l'action des principes directeurs en matière de pourvoi en cassation résulte d'une dérogation explicite à l'article 16 de la loi de 1927 sur l'extradition. Cet article prévoit que l'avis de la chambre d'accusation sur l'extradition est

---

<sup>1796</sup> Cette procédure initiée en matière criminelle puis civile fut entérinée par l'assemblée plénière en 1995. Cass. Ass. plén. 30 juin 1995, *JCP* 1995, II, 22478, observations PERDRIAU A. Dans cette décision, le rabat d'arrêt est défini de la manière suivante : « *la requête du rabat d'arrêt permet à une partie publique ou privée, d'obtenir la rétractation d'un arrêt de la Cour de cassation lorsque par suite d'une erreur de procédure non imputable aux parties, l'une d'entre elles n'a pas été mise à même de faire valoir normalement ses droits pour le jugement d'une affaire, ce qui a affecté la solution du litige* ».

<sup>1797</sup> Article 461 al 1. : « *il appartient à tout juge d'interpréter sa décision si elle n'est pas susceptible d'appel* ». Article 462 al 1 : « *les erreurs ou omissions matérielles qui affectent un jugement même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il est déféré (...)* ». Article 464 al 1 : « *la juridiction qui a omis de statuer sur un chef de demande peut également compléter son jugement sans porter atteinte à la chose jugée (...)* ».

<sup>1798</sup> PERDRIAU A. note sous Cass. ass. plén. 30 juin 1995, *op. cit.* n°6.

<sup>1799</sup> L'avocat général JEOL qui rendit ses conclusions dans ce dossier se réfère explicitement au « *droit au recours* » soulignant que les juridictions suprêmes y voient « *un principe général du droit* » dont l'existence a même été consacrée par le Conseil constitutionnel. JEOL M. conclusion sous Cass. ass. plén. 30 juin 1995, *préc.*

rendu « sans recours ». L'exclusion s'étend au pourvoi en cassation. Il s'agit d'assurer la rapidité de la procédure d'extradition. Le pourvoi en cassation est suspensif en matière pénale et l'extradition est interrompue le temps de l'examen du pourvoi. La coopération internationale en matière judiciaire souffre nécessairement d'un tel retard. Progressivement s'est développée une jurisprudence favorable à l'admission du pourvoi en cassation, d'abord au profit du Procureur général puis de la personne poursuivie. La Cour de cassation s'est servie, dans un premier temps, de l'article 620 du Code de procédure pénale relatif au pourvoi dans l'intérêt de la loi. Formulée de façon très générale, cette disposition législative pouvait être logiquement opposée à l'article 16 de la loi de 1929<sup>1800</sup>.

La véritable innovation résulte de l'arrêt *Doré* rendu par la chambre criminelle le 17 mai 1984<sup>1801</sup>. Dans un attendu de principe, la Cour de cassation déclarait le pourvoi contre l'avis de la chambre d'accusation recevable au motif que « *si aux termes de l'article 16 de la loi du 10 mars 1927, l'avis motivé de la chambre d'accusation sur la demande d'extradition est rendu sans recours, il résulte des principes généraux du droit que cette disposition n'exclut pas le pourvoi en cassation lorsque celui-ci est fondé sur une violation de la loi qui, à la supposer établie, serait de nature à priver la décision rendue des conditions essentielles de son existence légale* ». On ne peut difficilement être plus clair sur l'utilisation *contra legem* des principes généraux du droit. La question s'est posée de savoir, quels étaient les principes visés et comment ces principes agissaient sur l'admission du pourvoi. On retrouve ici la même logique que pour l'appel-nullité. Tout d'abord, il semble que l'éviction de l'article 16 résulte ici de sa confrontation avec le principe du *droit au recours*. Le recours en cassation est valable, dit la chambre criminelle, parce qu'une disposition législative ne peut écarter un contrôle fondé sur une violation de la loi. Il ne s'agit ici que de l'un des aspects de l'action des principes. D'autres principes vont servir à censurer l'avis de la chambre d'accusation s'il s'avère que la procédure devant cette chambre ne s'est pas déroulée conformément à l'un ou à plusieurs d'entre eux. Dans l'arrêt *Doré*, la Cour poursuit en estimant qu'« *il se déduit des dispositions de l'article 199 précité et des principes généraux du droit que, dans tout débat se terminant par un jugement ou un arrêt, le prévenu ou son conseil devront toujours avoir la parole les derniers ; qu'il doit en être de même quand la chambre d'accusation statue en matière d'extradition* ». Il s'agit là d'une seconde référence aux principes généraux dans le même arrêt, mais cette fois pour sanctionner la procédure devant la chambre d'accusation qui n'aurait pas respecté le droit pour la personne poursuivie ou son conseil, de prendre la parole en dernier. Ce droit est une expression des *droits de la défense*<sup>1802</sup>. De façon générale, les mécanismes d'éviction tiennent à l'utilisation par le juge d'un ou plusieurs principes.

---

<sup>1800</sup> En ce sens, Cass. crim. 25 novembre 1948, *Bull. Crim 1948*, n°259 ; Cass. crim. 10 octobre 1950, *JCP 1950*, II, 5897, note AYMOND P.

<sup>1801</sup> Cass. crim. 17 mai 1984, *JCP*, 1985, II, n°20332, observations BORRICAND J ; *Dalloz*, 1984, juris, p. 536, note JEANDIDIER W. Cf. aussi RODRIGUEZ Y. La Cour de cassation et le contrôle de l'avis de la chambre d'accusation en matière d'extradition, *Dalloz*, 1984, chron., p. 223 ; BORRICAND J. Bilan du droit de l'extradition passive en France en matière politique, *RDPC*, 1987, p. 813 ; LOMBOIS C. *RSC*, 1984, p. 804 ; HUET H., KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, 1994, p. 398.

<sup>1802</sup> On peut aussi déceler, dans cet arrêt, la présence du principe de *l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles*. Sur la combinaison des trois principes dans l'arrêt *Doré*, VERGES E. L'apport du droit extraditionnel à la théorie du droit : La Cour de cassation (arrêt *Doré*) et le Conseil d'Etat (arrêt *Koné*) bouleversent la hiérarchie des normes, *inédit*.

### 3) L'éviction de la règle écrite semble tenir de la spécificité des principes

**349.** Qu'il s'agisse du *double degré de juridiction* ou plus généralement du *droit au recours*, l'action des principes directeurs sur les normes supérieures n'est pas anodine. Loin de contourner les impératifs textuels, le juge les affronte officiellement et les écarte au profit de règles plus conformes au respect des principes. Pourtant, à aucun moment on ne trouve de références à l'ordre constitutionnel ou international dans les arrêts cités. A la date de l'arrêt Doré, le *droit au recours* n'avait pas encore été consacré par le Conseil constitutionnel. Les juges utilisent volontairement le vocable de *principes généraux du droit* pour se démarquer de toute référence au bloc de constitutionnalité. Par ailleurs, il est intéressant de noter que les principes agissent à différents niveaux dans le processus de sanction des décisions juridictionnelles frappées d'un vice procédural. Ils servent de fondement tant à la recevabilité du recours (*droit au recours, double degré de juridiction*) qu'à son bien fondé (*droits de la défense, autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles, motivation des décisions de justice*). Ce qui est plus surprenant, c'est la façon avec laquelle la jurisprudence ordonne et gère les conflits entre les normes qu'elle est censée appliquer.

Un publiciste a tenté d'expliquer ce phénomène en rejetant l'idée selon laquelle s'établit, entre principes généraux du droit et règles légales, une relation de norme supérieure à norme inférieure<sup>1803</sup>. Au contraire, il s'agirait d'un rapport de loi générale à loi spéciale. Les principes seraient utilisés par le juge comme des lois générales et les dispositions législatives comme des lois spéciales. Dès lors, le principe s'émancipe dans les domaines négligés par la loi et doit s'incliner face à celle-ci dans l'hypothèse d'une confrontation<sup>1804</sup>. Sans aller plus loin dans ce raisonnement, il faut constater qu'il ne correspond pas à la réalité de l'action des principes directeurs. Dans l'hypothèse d'une contradiction entre principe et loi, c'est la règle textuelle qui s'incline et non l'inverse<sup>1805</sup>. Cet état de fait n'est pas propre au droit privé. La juridiction administrative tient même le rôle de pionnière puisque dans un célèbre arrêt *dame Lamotte*, le Conseil d'Etat a admis l'existence d'un recours en matière d'octroi de concession alors même qu'une loi évacuait une telle possibilité<sup>1806</sup>.

Il faut chercher ailleurs les raisons du comportement subversif des principes directeurs. Le premier réflexe est celui de se tourner vers le critère téléologique<sup>1807</sup>. Les principes jurisprudentiels possèdent une puissance normative car ils sont consacrés par le juge, mais ils tiennent « *leur autorité et leur rayonnement de la source philosophique et morale à laquelle ils s'alimentent* »<sup>1808</sup>. Pour un anthropologue, le juge se trouve principalement face à deux

---

<sup>1803</sup> MESCHERIAKOFF A.S. La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, *AJDA* 1976, doct, p. 596.

<sup>1804</sup> *Ibid* p. 607.

<sup>1805</sup> Sauf à admettre la flexibilité inhérente à chaque principe. Cf. sur ce point *infra* n°241 et suiv.

<sup>1806</sup> C.E. ass. 17 février 1950, *dame Lamotte*, *RD pub* 1951, p. 478, conclusions DELVOLLE J., note WALINE M. Le Conseil d'Etat ne laisse planer aucun doute sur la réalité de l'éviction : « *Considérant que l'article 4 al 2 de l'acte dite loi du 23 mai 1943 dispose : "l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire" que si cette disposition, tant que sa nullité n'aura pas été constatée conformément à l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine, (...) n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* ». Il faut d'ailleurs remarquer que la haute juridiction évoque un « *recours même sans texte* » mais qu'elle crée en fait un recours *contre un texte*, celui de la loi du 23 mai 1943.

<sup>1807</sup> Cf. *supra* n°155 et suiv.

<sup>1808</sup> JEANNEAU B. La nature des principes généraux du droit en droit français, *Travaux de l'institut de droit comparé de l'université de Paris* 1962, t. 23, p. 203.

questions. La première réside dans les « *caractéristiques axiologiques du cas à résoudre* » ; la seconde vise la recherche des règles qui se rapportent à ce cas et répondent à la nécessité de protéger un certain nombre de valeurs suscitées par le conflit<sup>1809</sup>. C'est dans le choix de ces valeurs que le juge va privilégier une solution vis-à-vis d'une autre, un principe par rapport à une règle textuelle. Le juge est parfois contraint de prendre en compte le fait que l'application de la loi peut conduire à une solution injuste<sup>1810</sup> ou simplement absurde<sup>1811</sup>. Il s'agit d'un « *donné idéal* » qui, transmis au principe, lui donne « *une force juridique particulière qui dirige (son) élaboration contre la loi* »<sup>1812</sup>.

Si l'on veut comprendre la démarche du juge lorsqu'il écarte une loi au profit d'un principe, il faut revenir vers DWORKIN. Le théoricien de l'action juridictionnelle estime qu'il existe, dans chaque système juridique national, une « *doctrine éthique et politique implicite* »<sup>1813</sup>. Elle constitue le fondement et donne une légitimité aux règles de droit qui sont appliquées par le juge. Selon l'auteur américain, un juge idéal devrait être capable, par un raisonnement inductif accompli sur la base de l'ensemble des règles en vigueur, de remonter à la *doctrine éthique et politique* du système. Cette opération lui permet alors de dégager un certain nombre de principes tirés de cette doctrine. Ces principes ne sont pas encore des règles juridiques. Ils exercent une influence sur les magistrats et leur permettent de diriger l'interprétation des dispositions indéterminées ou d'engendrer de nouvelles règles techniques qui fournissent des solutions appropriées aux cas nouveaux.

Il est possible d'aller plus loin dans le syllogisme. Tout d'abord, les principes, qui se dégagent des fondements *éthiques et politiques*, ont déjà pénétré le système juridique par l'intermédiaire du juge ou dans les textes. Ensuite, ces principes servent à combler les lacunes du droit<sup>1814</sup>, mais permettent aussi de corriger ses imperfections ou de concilier les impératifs antagonistes en respectant les évolutions de la *doctrine éthique et politique*. C'est ce que révèle l'application jurisprudentielle des principes directeurs.

Pour autant, cette théorie n'est pas encore suffisante à expliquer l'action des principes et surtout l'ambiguïté de leur position dans le système normatif. Quelle différence existe-t-il entre un principe textuel et un autre jurisprudentiel ? Tous les principes ont-ils vocation à

<sup>1809</sup> HUNOUT P. Droit et culture, un couple fondamental ? Vers une anthropologie des décisions judiciaires, *Droit et Culture* 1986, p. 71.

<sup>1810</sup> D'ORS A. Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges, *Droits* 1989, n°10, p. 51.

<sup>1811</sup> Un auteur constate ainsi que l'application stricte et aveugle des règles légales « *risquerait d'aboutir à des situations aberrantes* ». Il cite l'exemple d'un jugement insusceptible de recours qui aurait été rendu sans que les parties soient entendues ou appelées. PERDRIAU A. Pour une limitation des « *appels-nullité* » *op. cit.* p. 204.

<sup>1812</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, *op. cit.* p. 205. Cet auteur classe parmi les éléments du donné idéal des notions éparses : le droit naturel, l'équité, l'ordre public, et la morale. Parmi ces éléments, équité et morale prennent part à la construction téléologique des principes directeurs. Nous avons rejeté l'idée de droit naturel (Cf. *supra* n°61 et suiv.) et il semble que l'ordre public ne soit pas une notion suffisamment claire pour être classée parmi les valeurs et utilités qui sont à l'origine des principes directeurs.

<sup>1813</sup> GUASTINI R. Théorie et ontologie du droit chez DWORKIN, *Droit et Société* 1986, n°2, p. 15. Nous visons cette « *doctrine* » sous l'expression de *fondements téléologiques du droit*.

<sup>1814</sup> Si l'on considère, avec le Professeur WROBLEWSKI, que les principes du droit positif sont « *les normes en vigueur qualifiées comme plus importantes que les autres* », leur rôle dans l'interprétation juridique dépasse la simple subsidiarité. La norme dite « *ordinaire* » ou technique devra s'incliner devant le principe et non le contraire. Pour l'auteur « *cette directive dirige l'activité interprétative vers une harmonisation du droit selon des principes communs* ». WROBLEWSKI J. Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique, *Archivum juridicum Cracoviense* 1984, vol XVII, p. 5.

évincer des règles qui leur sont supérieures ? Une réflexion nouvelle sur la place de la norme jurisprudentielle dans l'ordre juridique ouvrira la voie de réponses possibles à ces questions. C'est la représentation traditionnelle du système juridique qui risque d'en être bouleversée.

### B) L'apport de l'action de neutralisation sur la représentation du système juridique

**350.** L'attitude d'incompréhension au regard de l'action de neutralisation des principes directeurs jurisprudentiels relève avant tout d'une conception sclérosée et fautive du rôle de l'autorité juridictionnelle dans le système juridique. Aujourd'hui, la méfiance à l'égard des juges tient de l'un des mythes fondateurs de la tradition républicaine et se trouve en porte-à-faux avec la réalité de l'action juridictionnelle. Le dogme d'une norme juridique légitimée par la représentativité de l'organe qui l'a créée doit être dépassé. Les rapports ambigus qu'entretiennent les normes jurisprudentielles et textuelles (a) peuvent être expliqués par une présentation innovante du système juridique (b).

#### a) L'ambiguïté des rapports entre normes textuelles et jurisprudentielles

**351.** La thèse traditionnelle est exprimée de façon péremptoire par un grand publiciste : « *officiellement, notre droit est entièrement un droit écrit et législatif sans participation du juge. Les règles de droit procèdent uniquement de la Constitution, de la loi, des règlements* »<sup>1815</sup>. Cette opinion tranchée, coupée de son contact avec la réalité, a dû évoluer. On a pu s'accorder à dire que le rôle du juge était de compléter le droit écrit dans ses silences ou son obscurité. Dès lors, la norme jurisprudentielle supplée à la norme écrite sans s'imposer à elle ni s'y substituer, sous peine d'être qualifiée d'« *abusive* »<sup>1816</sup>. Pourtant, le Conseil d'Etat, en s'emparant du pouvoir de contrôler la conformité des règlements au regard des principes généraux du droit qu'il dégage lui-même, va conduire la doctrine à revoir sa position<sup>1817</sup>. Les principes créés par le juge administratif se sont vus accorder une place dans la hiérarchie formelle, entre la loi et le règlement<sup>1818</sup>. Cette position dépend des pouvoirs du juge : celui-ci est chargé d'appliquer la loi, mais il peut aussi contrôler les actes réglementaires. La doctrine publiciste a trouvé un écho favorable en droit privé puisque le contrôle par voie d'action du juge administratif sur les règlements a été transféré sur le juge judiciaire par le biais de l'exception d'illégalité<sup>1819</sup>.

L'attitude récente de l'autorité juridictionnelle à l'égard des autres normes de la hiérarchie traditionnelle conduit à ouvrir une nouvelle fois le débat sur la norme jurisprudentielle. Avec l'action sur les normes formellement supérieures, il semble que le

---

<sup>1815</sup> VEDEL G. *Droit administratif*, 5<sup>ème</sup> éd., 1973, p. 288.

<sup>1816</sup> MESCHERIAKOF A-S. La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, *op. Cit.* p. 604.

<sup>1817</sup> L'apparition des principes généraux du droit en droit administratif remonte à l'arrêt du Conseil d'Etat, *Aramu*, en 1945. C.E. *Aramu et autres* 26 octobre 1945, *Rec. C.E.*, p. 213 ; *Dalloz 1946*, juris, p. 158, note MORANGE ; *Sirey 1946*, 3, p.1, conclusions ODENT R.

<sup>1818</sup> Notamment, CHAPUS R. De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif, *Dalloz 1966*, chron, p. 99.

<sup>1819</sup> En matière pénale, la lutte pour le contrôle des règlements entre juge administratif et judiciaire a conduit le Tribunal des conflits à trancher la question dans un arrêt de principe *Avranches Desmaret*. T.C. 5 juillet 1951, *Sirey 1952*, 3, note AUBY J.M., p. 1 ; *Dalloz 1952*, juris., p. BLOEVOET CH. ; *JCP 1951*, II, 6623, note HOMONT A. Le Code pénal réformé a étendu la compétence de la juridiction judiciaire en matière d'exception d'illégalité à tous les actes administratifs dès lors que « *de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* » (article 111-5 C.pén.).

juge se soit approprié le domaine de la supra-légalité. Certaines décisions jurisprudentielles ont à ce titre conduit la doctrine à considérer que les principes généraux du droit avaient une valeur constitutionnelle<sup>1820</sup>. En faveur de cette thèse, on a pu citer des arrêts du Conseil d'Etat<sup>1821</sup> et plus spécifiquement en droit processuel, des décisions de la Cour de cassation, utilisant des principes à valeur constitutionnelle. Le débat n'est pas encore de savoir si le *juge ordinaire*<sup>1822</sup> peut créer un principe constitutionnel. Il faut simplement admettre qu'il s'attribue le droit d'utiliser des normes constitutionnelles, le cas échéant pour sanctionner une disposition légale<sup>1823</sup>.

Cette dernière attitude est plus singulière. Les articles 56 et suivants de la Constitution de 1958 qui créent le Conseil constitutionnel lui ont attribué la compétence de statuer sur la conformité des lois vis-à-vis de la Constitution. Par ailleurs, la Cour de cassation refuse de contrôler la constitutionnalité d'une loi<sup>1824</sup>. Cette position paraît incontestable, mais elle n'a pas toujours été suivie par les juges du fond. En s'interrogeant sur l'opportunité d'un contrôle par voie d'exception en droit français, un auteur cite un jugement du Tribunal de grande instance de Marseille du 21 janvier 1985 dans lequel cette exception a été soulevée d'office par les magistrats<sup>1825</sup>. Il s'agissait d'apprécier la validité de l'article 50 du Code de procédure pénale. Cette disposition permettait au pouvoir exécutif de mettre fin, d'office et à tout moment, à l'affectation d'un juge d'instruction. Le Tribunal a jugé cet article contraire aux principes de l'*indépendance de l'autorité judiciaire* et de l'*inamovibilité des magistrats du siège* visés par l'article 64 de la Constitution. L'article fut donc déclaré contraire à la

---

<sup>1820</sup> Le Professeur GENEVOIS rappelle le débat qui opposa d'éminents auteurs tels, les Professeurs AUBY ET DRAGO partisans de la reconnaissance des principes généraux du droit au rang des normes constitutionnelles et d'autres fermement attachés à une conception intermédiaire comme le Professeur CHAPUS plaidant pour une position infra-législative et supra-réglementaire. GENEVOIS B. Les principes généraux du droit, (aspects de droit administratif), *Journées de la société de législation comparée 1980*, vol 2, p. 279.

<sup>1821</sup> Dans l'arrêt *Syndicat général des ingénieurs conseils*, la haute autorité avait à statuer sur le sort de décrets pris, en 1947, dans le domaine de la loi, du fait d'une habilitation prévue dans la Constitution de la quatrième République. Il fut décidé que le président du Conseil des ministres n'avait pas dépassé ses attributions, mais qu'il « était cependant tenu de respecter, d'une part, les dispositions des lois applicables dans les territoires d'outre-mer, d'autre part, les principes généraux de droit qui, résultant notamment du préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives ». C.E. 29 juin 1959 *Syndicat général des ingénieurs conseils*, *Sirey 1959*, juris, p. 202, note DRAGO R., *Dalloz 1959*, juris, p. 541, note L'HUILLIER J. ; *RDJ 1959*, p. 1004, conclusions FOURNIER. Sans faire prévaloir une norme inférieure sur une autre supérieure, le Conseil décidait, cependant, d'appliquer une norme constitutionnelle et de considérer que certains principes généraux relèvent de ce domaine.

<sup>1822</sup> Le juge ordinaire est constitué de l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. On l'oppose au juge constitutionnel. Cf. MATHIEU B., VERPEAUX M. La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, la contribution de l'arrêt *Koné* du Conseil d'Etat à l'analyse de la hiérarchie des normes en matière de droits fondamentaux, *Dalloz 1997*, chron, p. 219.

<sup>1823</sup> Certains publicistes ne contestent pas ce pouvoir. Les Professeurs MATHIEU, VERPEAUX reconnaissent dans une de leurs chroniques que les limites du contrôle constitutionnel *a priori* « conduit les juges ordinaires à appliquer la Constitution. Tout naturellement d'abord en mettant en œuvre la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais aussi parfois en développant une jurisprudence autonome, procédé qu'il est difficile sur le plan théorique de contester ». Les deux constitutionnalistes ajoutent « en toute hypothèse, le droit constitutionnel matériel, instrument de la pratique juridique, ne peut plus, nous semble-t-il, ignorer cette nouvelle dimension ». MATHIEU B., VERPEAUX M. Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *JCP 1997*, I, 4066.

<sup>1824</sup> Cf. notamment, Cass. crim. 11 mai 1833, *Sirey 1833*, 1, p. 357 ou plus récemment, Cass. crim. 20 décembre 1994, *Bull. Crim. 1994*, n°424.

<sup>1825</sup> DUVERGER M. Pour affermir l'Etat de droit, *Commentaire 1986-87*, n°36, p. 708.



constitution et ne put justifier une limitation dans la durée de l'affectation d'un juge d'instruction. Ce type de contrôle est peu fréquent, mais la même juridiction a eu l'occasion de le mettre en œuvre à nouveau, à l'occasion d'une question d'application de la loi pénale dans le temps. L'article 338 de la loi du 16 décembre 1992 dite « loi d'adaptation » a ainsi été déclaré inconstitutionnel dans un jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Marseille en date du 15 octobre 1994. La solution n'a pas été confirmée en appel et la Cour devait rappeler que le contrôle de constitutionnalité relevait exclusivement de la compétence du Conseil constitutionnel<sup>1826</sup>. Il n'en demeure pas moins que les prémices d'un contrôle par voie d'exception sont en train de voir le jour à travers l'audace de certaines juridictions du fond. La question n'est plus de savoir si le juge judiciaire détient la compétence du contrôle de constitutionnalité. Dès lors qu'une juridiction prend l'initiative de ce contrôle, force est de constater qu'elle crée sa propre compétence. Dès lors, le jour où la Cour de cassation validera une exception d'inconstitutionnalité soulevée devant une juridiction du fond, elle deviendra, d'elle-même, juge de la constitutionnalité des lois. Ce pouvoir ne dépend pas d'une disposition textuelle. La compétence du juge judiciaire dépend de la politique menée par la Cour de cassation et il n'est pas possible de s'y opposer. Ce raisonnement est valable devant l'autorité juridictionnelle administrative. Dans un arrêt *Koné*<sup>1827</sup>, le Conseil d'Etat a dégagé un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui n'avait jamais été évoqué auparavant par le Conseil constitutionnel<sup>1828</sup>. Par le jeu de l'interprétation, le juge administratif devait faire prévaloir le principe constitutionnel sur une disposition insérée dans une Convention internationale. La juridiction s'attribuait ainsi le droit de contrôler la conformité d'une règle de droit international au regard d'une autre de droit constitutionnel interne, entraînant ainsi un renversement des mécanismes traditionnels de contrôle. La doctrine légaliste peut être fondamentalement opposée à l'attitude du juge, il n'en reste pas moins qu'elle n'est pas en mesure de remettre en cause son pouvoir. L'autorité juridictionnelle est capable de déterminer sa propre compétence en l'absence d'autorisation textuelle et même à l'encontre d'une disposition textuelle. Désormais, le légalisme n'est plus apte à expliquer les phénomènes juridiques dont la physionomie a sensiblement évolué.

**352. Conclusion.** Un publiciste s'est posé la question de savoir si le juge administratif gouvernait lorsqu'il utilisait les principes généraux du droit pour sanctionner des textes réglementaires<sup>1829</sup>. Un pénaliste constate à son tour que le juge judiciaire légifère lorsqu'il étend l'application d'une voie de recours *praeter legem*<sup>1830</sup>. La fonction du juge n'est certes pas de légiférer et la représentation d'un juge qui déborderait de sa fonction ne peut être une

---

<sup>1826</sup> BONFILS PH. L'application par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence des dispositions générales du « nouveau » Code pénal, *Bulletin d'Aix 1997-1*, p. 160.

<sup>1827</sup> C.E. Ass. 3 juillet 1996; *JCP 1996*, II, 22720, note PRETOT X.; *Dalloz 1996*, juris, p. 509, note JULIEN-LAFERRIERE F. Cf. aussi MATHIEU B., VERPEAUX M. La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge : la contribution de l'arrêt *Koné* du Conseil d'Etat à l'analyse de la hiérarchie des normes en matière de droits fondamentaux, *Dalloz 1996*, chron, p. 219; FAVOREU L., GAÏA P., LABAYLE H. Trois points de vue sur l'affaire *Koné*, *RFDA*, 1996, p. 882 et suiv.; et les conclusions du commissaire du gouvernement, *RFDA*, 1996, p. 870

<sup>1828</sup> Il s'agit du principe selon lequel une extradition ne peut être accordée lorsqu'elle est motivée par un but politique. Cette notion de **but politique** dépasse le cadre traditionnel de l'interdiction d'extrader lorsque l'infraction a un **caractère politique**. Sur la définition de l'infraction politique, Cf. notamment CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P. *Droit pénal général*, 5<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, Paris, 2000, n°182 et suiv., pp. 101 et suiv.

<sup>1829</sup> RIVERO J. Le juge administratif français, un juge qui gouverne ?, *Dalloz 1951*, chron, p. 21.

<sup>1830</sup> LARGUIER J. Remarques sur l'évolution d'une voie de recours, le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 287.

explication rationnelle face aux réactions atypiques des magistrats vis-à-vis des règles textuelles. On observe pourtant une tendance très nette à la judiciarisation des relations conflictuelles sociales ou individuelles<sup>1831</sup>. Cette tendance se présente à la fois comme une cause et une conséquence du fléchissement de la loi en tant que symbole de la volonté populaire. Faute de pouvoir confier son sort au pouvoir politique, on se réfère désormais à l'autorité juridictionnelle qui est amenée à dire ce qui est « droit » et ce qui ne l'est pas. Le renouveau du pouvoir de juger est corrélatif du déclin de la puissance symbolique des autorités législative et gouvernementale. Cet état de fait met en évidence des phénomènes ignorés jusque là. Les principes dégagés par la jurisprudence ne disposent pas de fondements textuels<sup>1832</sup> ; ils trouvent leur source immédiate d'inspiration ailleurs que dans la loi ou le règlement. Deux auteurs remarquent que le juge ne se contente pas de consacrer un droit « *en uniforme* »<sup>1833</sup>. Celui-ci peut contrarier les règles textuelles ou dégager des normes « *maquisardes* » relevant de « *l'infra-droit* »<sup>1834</sup>. La notion d'« *infra-droit* » n'est pas satisfaisante en ce qu'elle renvoie aux théories jusnaturalistes mais elle a le mérite de faire apparaître l'épicentre de la controverse sur la place des principes jurisprudentiels du droit. Une théorie récente permet d'apporter un éclairage satisfaisant sur cette question.

b) Une représentation nouvelle du système juridique : la « théorie des trois plans »

**353. Présentation de la théorie.** La « théorie des trois plans » a été créée par le Professeur MORVAN dans sa thèse relative au « *principe de droit privé* »<sup>1835</sup>. Elle repose sur un constat préalable selon lequel la loi est une norme d'application « *médiate* ». Cet auteur explique que, par son degré d'abstraction et d'imprécision, la loi nécessite une opération intermédiaire pour être appliquée, « *le relais d'une norme médiate qui la fasse accéder à une vie juridique effective* »<sup>1836</sup>. C'est au juge que revient cette fonction. Le juge enrichit la règle textuelle, mais surtout il la concrétise, l'applique à des faits<sup>1837</sup>. En se référant à la position du Professeur HEBRAUD<sup>1838</sup> qui considère que le juge participe à la vie du droit indépendamment de toute référence à une autre source formelle, l'auteur exprime l'idée selon laquelle, dans son activité de résolution des litiges, le juge détient « *la maîtrise du droit substantiel* »<sup>1839</sup>. Il en déduit une conception réformée de la hiérarchie normative. L'ordre juridique n'est pas organisé en strates successives qui forment, de la base au sommet, une pyramide, mais en un espace constitué de trois plans :

- le premier plan *supérieur* est horizontal, il s'agit du « plan du droit », constitué de l'ensemble des normes abstraites et générales écrites ;

<sup>1831</sup> SALAS D. Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité, *Justices* 1995, n°2, p. 181.

<sup>1832</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon – Assas, Paris, 1999, p. 552.

<sup>1833</sup> OST F., VAN DE KERCHOVE M. « Juris-dictio » et définition du droit, *Droits* 1989, n°10, p. 53.

<sup>1834</sup> *Ibid*, p. 55.

<sup>1835</sup> MORVAN P. *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 612 et suiv.

<sup>1836</sup> *Ibid*, p. 618.

<sup>1837</sup> Sur le syllogisme judiciaire, MOTULSKY H. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 1991.

<sup>1838</sup> HEBRAUD P. Le juge et la jurisprudence, *Mélanges Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

<sup>1839</sup> Selon une citation d'HEBRAUD, MORVAN P. *op. cit.* p. 621.

- le deuxième plan *inférieur* est aussi horizontal, il s'agit du « plan du fait », constitué de l'ensemble des données de fait, susceptibles d'être soumises à l'application d'une règle juridique ;
- le troisième plan coupe les deux autres verticalement et représente l'activité juridictionnelle qui « assure le transit de la norme abstraite vers la réalité du fait au bénéfice d'un travail de réalisation et de concrétisation qui est la force vive de la jurisprudence »<sup>1840</sup> (pour une représentation de la théorie, Cf. annexe 3).

**354. Analyse de la théorie.** Cette approche du système juridique apporte un bouleversement majeur dans la théorie du droit et de l'activité juridictionnelle. Elle permet d'expliquer que les principes juridiques d'origine jurisprudentielle peuvent s'imposer à n'importe quelle norme textuelle. Lorsque le juge est saisi d'un litige, il se trouve face à une situation de fait. Les faits peuvent être constitués par les éléments de l'espèce, mais encore par tous les faits sociaux inhérents au litige<sup>1841</sup>. Pour dégager les règles de droit applicables, le juge doit partir du plan du fait et remonter vers le plan du droit. Par la suite, il applique les règles juridiques aux faits de l'espèce. L'intérêt de cette représentation est de montrer que le pouvoir du juge n'est pas simplement celui d'appliquer une loi. La place de la règle jurisprudentielle dans la hiérarchie des normes n'est pas celle qu'on lui attribue traditionnellement. Au contraire, il ressort de la théorie des trois plans que le juge a le pouvoir de déterminer le rang hiérarchique de la norme qu'il applique. En effet, le juge peut se placer à un endroit quelconque sur le plan du droit. C'est à dire qu'il peut se situer tant sur le niveau réglementaire, que sur le niveau légal ou constitutionnel. Il peut donc utiliser toutes les règles juridiques quelle que soit leur valeur. De plus, lorsqu'il détermine une norme nouvelle, le juge peut conférer à celle-ci un rang réglementaire, légal ou constitutionnel. Le juge a donc la possibilité de gérer de façon autonome les conflits de normes qui se présentent devant lui. Il peut faire prévaloir un principe jurisprudentiel sur une règle technique textuelle. Cette analyse donne un nouvel éclairage sur l'activité juridictionnelle et sur la hiérarchie des normes, mais elle peut faire l'objet de certaines critiques.

**355. Critique de la théorie.** Dans un premier temps, on peut reprocher à la théorie des trois plans de n'être qu'une explication partielle de la réalité. Cette représentation du système juridique comporte des lacunes. En effet, si le juge a le pouvoir de déterminer l'autorité d'une norme, il reste difficile d'établir sur quel critère matériel il se fonde pour dire qu'une norme aura un rang constitutionnel, légal ou réglementaire.<sup>1842</sup> Si la Cour de cassation décide de conférer au principe des *droits de la défense* une valeur constitutionnelle, elle le fait librement. On pourrait penser qu'elle se contente de suivre la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>1843</sup>, mais l'argument ne résiste pas à l'attitude du Conseil d'Etat qui consacre lui même des principes constitutionnels absents du bloc de constitutionnalité<sup>1844</sup>.

Une autre lacune peut être relevée, dans la mesure où la théorie des trois plans néglige la complexité du plan du fait. Cette représentation est lacunaire dans la description de la réalité. Les plans du droit et du fait sont effectivement parallèles en ce qu'ils n'ont aucun point commun. Ce constat est fondé sur une double distinction. La règle de droit se distingue

---

<sup>1840</sup> *Ibid* p. 622. On peut aussi dire que ce plan permet de faire remonter la réalité factuelle jusqu'au niveau juridique pour influencer la création normative. Dans notre représentation, le « plan du fait » contient aussi les faits sociaux qui donnent naissance à la règle du droit quel qu'en soit le processus de création.

<sup>1841</sup> C'est à dire, l'enjeu du litige et plus précisément les valeurs et utilités mises en cause par le conflit.

<sup>1842</sup> Pour une tentative d'explication graphique du choix opéré par le juge en fonction du critère téléologique, Cf. annexes 4 et 5.

<sup>1843</sup> Cass. ass. plén. 30 juin 1995, *préc.*

<sup>1844</sup> C.E. Ass. 3 juillet 1996, *préc.*

du fait selon la séparation fondamentale entre *être* et *devoir être*. La règle de droit est prescriptive ; le fait ne l'est pas. Cette affirmation n'est pas entièrement juste car il faut considérer les normes sociales comme des faits (sociaux). Dès lors, il existe sur le plan du fait des éléments prescriptifs. Ces éléments se distinguent des règles juridiques en application du critère de juridicité qui a été défini plus haut : la reconnaissance étatique<sup>1845</sup>. La règle sociale ne devient juridique que dans sa consécration par l'un des organes habilités à créer du droit. C'est le cas du juge qui peut opérer un transfert d'une norme sociale prise dans le plan du fait vers le plan du droit : la norme sociale devient une norme juridique.

Dans un second temps, on peut reprocher à la théorie des trois plans de considérer que seul le juge détient la fonction de relier le plan du fait et celui du droit. Pourtant, il existe d'autres méthodes permettant d'obtenir ce résultat. Par exemple, on peut imaginer deux individus qui, contractuellement, tentent de résoudre un différend qui les oppose. Ils peuvent décider d'appliquer une règle de droit contraire à la disposition légale d'ordre public qui régit leur relation. Le litige existe ; il est né d'un ensemble d'éléments de fait ; mais les deux parties ont décidé de le résoudre en dehors du processus judiciaire. Ils ont, le cas échéant, fait application d'une règle de droit choisie parmi celles que comporte l'ordre juridique, mais différente de celle qu'aurait dû appliquer le juge. L'autorité juridictionnelle ne détient pas le monopole de la résolution des conflits en appliquant le droit positif. Toute personne a la possibilité de réaliser cette opération qui consiste à relier le plan du fait avec celui du droit. Le particularisme de l'activité juridictionnelle réside justement dans l'opération de créer une nouvelle règle. Lorsque l'autorité juridictionnelle procède à cette opération, la règle nouvelle détient une juridicité qui découle de l'origine étatique de l'organe qui l'a créée. Au contraire, si deux individus décident ensemble d'appliquer une norme inexistante dans le système juridique (textuel et jurisprudentiel), ils ne font que déterminer une règle d'application limitée et qui ne présente aucune juridicité<sup>1846</sup>.

On pourrait affirmer, dans le même ordre d'idées, que le législateur, lui même, n'ignore par les faits lorsqu'il exerce son action créatrice de droit. Toutefois, le mouvement législatif ainsi opéré depuis le plan du fait vers le plan du droit est un mouvement unilatéral et incomplet. Unilatéral car le législateur n'applique pas, à l'instar du juge, le droit au fait. Incomplet car le législateur détermine des règles générales (d'application médiate) alors que le juge détermine des règles générales (solution jurisprudentielle, principe juridique) et particulières (solution juridique donnée au litige dont il a été saisi). La spécificité de l'action juridictionnelle est donc soulignée et représentée dans la théorie des trois plans.

Nonobstant ses imperfections, cette théorie présente l'intérêt de montrer qu'à travers l'établissement d'un lien entre le droit et le fait, le juge n'exerce pas une action créatrice arbitraire. Il est au contraire « *tenu d'ancrer sa décision dans le plan horizontal du fait* »<sup>1847</sup>. On trouve dans cette réflexion le fondement même de l'origine sociale des principes créés par le juge<sup>1848</sup>. Le juge décide de ne pas appliquer une règle textuelle car elle ne semble pas conforme à la dimension téléologique des faits qui génèrent la contestation portée devant lui.

---

<sup>1845</sup> Cf. *supra* n°42 sur le caractère étatique de la norme comme critère de sa juridicité.

<sup>1846</sup> Le professeur MORVAN reconnaît par ailleurs que certaines pratiques (professionnelles entre autres) peuvent conduire à éluder une disposition légale. L'ineffectivité de la disposition relèverait cependant plus d'une question de fait que d'une question de droit. Cette remarque est juste si la pratique déroge purement et simplement à toutes les règles de droit, mais elle ne l'est pas si elle consiste dans l'application d'une règle juridique existante plutôt qu'une autre. *Ibid*, p. 624.

<sup>1847</sup> *Ibid* p. 629.

<sup>1848</sup> Cf. sur l'origine sociale des principes directeurs créés par le juge *supra* n°62 et pour plus de détails, Etienne VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse dactylographiée, Aix-en-Provence, 2000, n°86, p. 95.

En effet, on ne peut considérer que l'aspect factuel du conflit puisse être appréhendé de façon tout à fait neutre. Derrière les faits de l'espèce, c'est un ensemble d'intérêts qui s'affrontent et se déclinent selon différentes valeurs et utilités. Le juge ne peut ignorer cette dimension téléologique du litige et choisit ou détermine une règle de droit en relation avec celle-ci. A titre d'exemple, lorsqu'un procès met en évidence un conflit entre deux normes telles que la *liberté de la presse* et la protection de *l'intimité de la vie privée*, le juge doit opérer un choix et privilégier l'une ou l'autre de ces valeurs (*liberté* ou *intimité*). Il applique alors, par préférence, l'une ou l'autre des normes qui en découlent. En théorie, il ne privilégiera pas celle qui a sa préférence, mais celle qui se trouve la plus conforme à l'autorité sociale que détient la valeur incarnée dans la norme. Progressivement, l'action des principes révèle une nouvelle représentation du système juridique.

**356. Combinaison des représentations théoriques.** Il est possible de combiner la théorie des trois plans et celle du repère-plan, qui a été développée plus haut,<sup>1849</sup> car les deux raisonnements sont complémentaires. Pour comprendre cette combinaison, il est indispensable d'admettre au préalable que l'ensemble des faits matériels et des enjeux sociaux qui en découlent, forment la matière première du procès. C'est sur cette base que va se dérouler le processus du choix de la norme applicable par le juge.

Le juge n'est pas maître des faits qui sont dans le débat. Au contraire, le processus juridictionnel se fonde entièrement sur des faits préexistants. Le rôle du juge est de joindre le fait et le droit. Le fait indique au juge quelle est la norme juridique applicable. S'il n'existe pas de norme adéquate pour résoudre le litige, les faits sociaux (valeurs et utilités sociales) indiquent au juge la marche à suivre pour déterminer une nouvelle règle. Ce sont les mêmes faits sociaux qui donneront à la norme son autorité. Plus la valeur ou l'utilité protégée par la règle juridique est importante, plus cette règle possède une puissance normative importante. C'est par un va et vient entre le plan du fait et le plan du droit que le juge exerce son action. En recherchant les faits, en les interprétant, en dégagant un certain nombre de valeurs et d'utilités sociales, le juge est conduit vers la règle de droit applicable. Un fois que cette règle est déterminée, le juge revient vers le plan du fait et résout le conflit en appliquant la règle juridique aux faits de l'espèce (pour une représentation graphique, Cf. annexe 6).

**357. Le rôle du juge dans la hiérarchie des normes.** Selon la théorie du repère-plan la hiérarchie des normes ne correspond pas seulement à la position qu'occupe une règle dans la pyramide organique, mais dépend aussi de sa dimension téléologique. Si le juge dégage deux normes, applicables dans un même procès et contradictoires, il devra se poser la question de l'origine de chacune de ces normes sur le plan du fait et les replacer correctement sur le plan du droit, en fonction de leur position hiérarchique. Cette position est déterminée, tant par le critère organique (source formelle d'où provient la norme) que par le critère téléologique (valeur ou utilité incarnée dans la norme). La norme la plus puissante, selon ces deux critères, sera appliquée par préférence à l'autre. Le va et vient permanent - qui est l'essence même de l'activité juridictionnelle - permet au juge, non seulement de pratiquer le syllogisme judiciaire, mais aussi d'organiser et de choisir la norme qu'il va appliquer. En ce sens, il semble que l'emploi des termes de « majeure » ou « mineure » dans la théorie de l'activité juridictionnelle ne soit pas totalement justifié dans la mesure où la règle de droit, dite « majeure », a pour origine un ensemble de considérations factuelles. Chaque fait ou ensemble de faits est sous-tendu par une fin et communique cette finalité à la norme juridique qui s'appliquera par la suite.

Lorsque le juge est confronté à un vide normatif ou lorsque les règles en présence sur le plan du droit ne sont pas satisfaisantes compte tenu des enjeux téléologiques du procès, il est

---

<sup>1849</sup> Cf. *supra*, n°155 et suiv.

possible de recourir à la création d'une règle nouvelle ou d'un principe nouveau. Dans l'arrêt *Doré*<sup>1850</sup>, la Cour de cassation utilise une règle jurisprudentielle selon laquelle la personne menacée d'extradition doit, lors de l'audience devant la chambre d'accusation, avoir la parole en dernier. Dans l'arrêt *Dame Lamotte*<sup>1851</sup>, rendu par le Conseil d'Etat en droit processuel, la haute juridiction admet un recours, même en l'absence de texte, en se fondant implicitement sur le principe du *droit au recours* qu'il fait prévaloir sur une loi. Dans l'arrêt *Dame David*<sup>1852</sup>, rendu à propos du nouveau Code de procédure civile, le Conseil d'Etat transfère le principe de la *publicité des débats*, du domaine réglementaire au domaine légal ou tout au moins, supra-réglementaire.

Cette représentation du droit, si elle est complexe et abstraite, permet d'expliquer la faculté dont dispose le juge de définir lui-même l'autorité hiérarchique d'une norme. Ce même juge peut encore déterminer le contenu d'une norme nouvelle et donner à cette norme une certaine puissance. Il peut enfin utiliser une règle existante et modifier sa place dans la hiérarchie des normes. Cette prérogative est essentielle car elle permet au juge, en toutes circonstances, de trouver une règle adaptée à la résolution du litige ou encore de résoudre un conflit entre plusieurs règles applicables au même litige.

Le pouvoir du juge est immense et infime à la fois. Immense si l'on évoque la possibilité de manipuler ou de créer toute norme selon son bon vouloir. Infime si l'on considère que le juge se réfère systématiquement au plan du fait pour diriger son action. C'est bien sur ce dernier point que porteront les réserves qui peuvent être formulées à l'encontre de ces théories. Le légalisme est source de contradictions et ne peut expliquer certains phénomènes juridiques, mais il est aussi protecteur. A l'inverse, le fait d'admettre sans retenue l'expression du pouvoir jurisprudentiel part du postulat de l'infailibilité juridictionnelle et relève d'une confiance certaine envers les magistrats. C'est bien pour cette raison que DWORKIN<sup>1853</sup> a imaginé un juge modèle, digne des héros de la Grèce antique, qu'il choisit de nommer *Hercule*. Il semble en effet impossible de raisonner sur l'activité juridictionnelle sans postuler au préalable la qualité du travail accompli par les magistrats dans l'exercice de leur fonction. C'est pourtant dans cette aptitude qu'ont les juges à dégager des principes, puis à les interpréter, que se révèle la nature de l'action des principes directeurs sur les autres normes du droit processuel.

## Section 2 : La nature de l'action des principes directeurs du procès judiciaire sur les autres normes du droit processuel

**358.** « Propositions directrices, les principes règnent sur le droit positif ; ils en dirigent le développement » affirmait Jean BOULANGER<sup>1854</sup>. De son côté, le professeur MERLE évoque la « double fonction régulatrice et coordinatrice »<sup>1855</sup> des principes directeurs en matière pénale. Par leur généralité et leur abstraction, ces formules montrent

---

<sup>1850</sup> Cass. crim. 17 mai 1984, *prec.*

<sup>1851</sup> C.E. ass. 17 février 1950, *prec.*

<sup>1852</sup> C.E. ass. 4 octobre 1974, *prec.*

<sup>1853</sup> TROPER M. Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon DWORKIN, *Droit et société* 1986, p. 41.

<sup>1854</sup> BOULANGER J. Principes généraux du droit et droit positif, *Mélanges Ripert*, t. 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 51.

<sup>1855</sup> MERLE R. Lignes directrices pour une harmonisation européenne en matière pénale, *RSC* 1987, p. 183.

que la nature de l'action des principes directeurs paraît tout à la fois évidente et obscure. Evidente, puisque les principes directeurs possèdent, par leurs caractères, la capacité de gouverner l'action du droit processuel. La domination idéologique et technique qu'ils exercent au sein de ce droit semble incontestable. Obscure, car cette action est diffuse. Elle n'existe pas formellement dans le droit positif. Aucun texte normatif ne définit clairement la fonctionnalité des principes. On peut néanmoins observer le phénomène sous-jacent qui conduit les principes à dessiner l'architecture du procès. C'est l'action fondatrice des principes directeurs (§ 1). L'étude des principes et de leur évolution montre encore que ces normes tendent à donner une structure commune aux procédures civile et pénale. Ils permettent de démontrer qu'au-delà des divergences apparentes, les deux procès se rejoignent dans leurs dimensions essentielles. C'est l'action unificatrice (§ 2).

### § 1 : L'action fondatrice des principes directeurs du procès judiciaire

**359.** Les principes se comportent comme les éléments générateurs du système normatif processuel. En cela, ils constituent les fondements de ce système. Si l'on se réfère au vocabulaire philosophique, on apprend que le fondement désigne « *ce qui donne à quelque chose son existence ou sa raison d'être* »<sup>1856</sup>. Les principes ont pour rôle de donner un sens, une raison d'être aux règles qui en sont les applications. Le fondement est encore « *la proposition la plus générale et la plus simple (...) d'où l'on peut déduire tout un ensemble de connaissances ou de préceptes* »<sup>1857</sup>. Pris individuellement, chaque principe est effectivement à l'origine de nombreuses règles juridiques. Il fonde leur existence, les agence, oriente leur développement, permet d'en éclairer la signification ou d'en étendre les effets.

Les principes dominent l'ensemble du droit processuel, ils gouvernent donc sa construction (A). Par ailleurs ils contribuent à fournir des solutions aux juges lorsque ces derniers rencontrent des difficultés dans la réalisation des règles existantes. Les principes agissent alors dans la mise en œuvre du droit processuel (B)

#### A) L'action fondatrice dans la construction du droit processuel

**360.** La perspective contemporaine du droit est celle de la profusion et du foisonnement. Le thème de l'inflation normative est récurrent dans la doctrine et dans le discours parlementaire<sup>1858</sup>. Certains auteurs décrivent ainsi l'entrée du droit dans la perspective de la post-modernité caractérisée notamment par une complexité croissante, un recours à l'individualisation relative des normes, un renoncement à la systématisation du droit<sup>1859</sup>... L'action des principes prend le contre-pied de ce phénomène. Elle permet théoriquement de limiter le recours à la multiplication et à l'individualisation des normes juridiques. Comme fondements du droit processuel, les principes directeurs permettent à cette discipline de se structurer autour de normes stables. Les principes organisent donc le droit construit (a). Le droit évolue, s'adapte, se transforme, les principes agissent alors pour orienter le droit à construire (b).

<sup>1856</sup> LALANDE A. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 1956, p. 364. V° fondement.

<sup>1857</sup> *Ibid.*

<sup>1858</sup> BIGNON J., SAUVADET F. *L'insoutenable application de la loi*, rapport d'information de l'Assemblée nationale, n°2172, p. 6.

<sup>1859</sup> MODERNE F. *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, *RFDA* 1999, p. 722. Pour une bibliographie abondante sur la « post-modernité » ou la « néo-modernité » ; spécialement p. 734, note 91.

## a) Le droit construit

**361. Cohérence et multiplicité des règles de procédure.** Le droit, de par sa fonction, épouse la multiplicité des situations qu'il doit régler. La procédure, droit spécial dont l'objet est plus restreint, n'échappe pas à cette réalité. La logique de l'accumulation de règles complémentaires permet de donner une réponse juridique précise à une situation de fait déterminée, mais elle fait perdre à la matière sa lisibilité et sa cohérence. Le rôle des principes directeurs est précisément d'assurer ou de restaurer la cohérence du droit processuel.

Cette analyse se retrouve dans de nombreux écrits. « *Les principes jouent (...) dans un ordre de droit, le rôle de schèmes directeurs et organisateurs. Ils sont la raison constituée du droit en son aspect systématique ; ils assurent, du juridique, la cohérence et la cohésion* » confie le professeur GOYARD-FABRE<sup>1860</sup>, ajoutant que l'on peut voir en eux une « *trame abstraite dont la réalité juridique ne peut se passer* ». Un autre auteur évoque à son tour l'idée que les principes généraux forment « *l'armature de la pensée juridique* »<sup>1861</sup>. C'est dans leur fonction d'assurer la cohérence du système normatif que les principes trouvent une part de leur légitimité<sup>1862</sup>.

Le droit construit se structure autour des principes directeurs. Cette idée repose sur deux explications. La première réside dans la dimension téléologique des principes. Ces derniers matérialisent juridiquement les idées, valeurs, exigences qui gouvernent le droit processuel. Une société démocratique nécessite que les parties privées puissent opposer des droits aux représentants de l'Etat (*contradiction, coopération, liberté individuelle...*) ; que ces droits appartiennent également à tous les individus (*égalité, égalité des armes*). Un Etat de droit suppose l'accès à la règle juridique par le biais de l'institution judiciaire (*droit au juge, au recours, double degré de juridiction, droits de la défense...*). Henri MOTULSKY estimait ainsi qu'en procédure, les principes sont inspirés par « *les conceptions qui inspirent le combat judiciaire* »<sup>1863</sup>. Dans la définition d'enjeux et de finalités du procès judiciaire, la société donne à cette institution une certaine physionomie. Les principes transmettent à d'autres règles les finalités qui ont été à l'origine de leur création dessinant ainsi la forme de la procédure.

La seconde explication tient à la généralité des principes. Un principe domine un champ important du droit processuel. Le principe, seul, manque de précision. Pour régir des situations précises, il va donner naissance à des règles textuelles ou jurisprudentielles. Les règles se déploient autour du principe et réagissent par rapport à la finalité qui a été préétablie. Conçus comme les manifestations du « *dessein initial de tout système juridique* », les principes montrent « *la direction selon laquelle le droit entend régler, bien plus encore que les conduites individuelles, l'existence communautaire et inter-subjective* »<sup>1864</sup>. L'idée est donc bien celle d'une direction indiquée par un ensemble de finalités sociales qui transitent par les principes et atteignent leur pleine efficacité avec les règles techniques.

---

<sup>1860</sup> GOYARD-FABRE S. *Essai de critique phénoménologique du droit*, Librairie Klincksieck, Paris, 1972, p. 286.

<sup>1861</sup> BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°84, p. 98.

<sup>1862</sup> MODERNE F. *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, *op. cit.* p. 728.

<sup>1863</sup> MOTULSKY H. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *Dalloz* 1972, chron., p. 91. Pour cet auteur, un seul principe résiste à l'évolution des conceptions du procès : celui des *droits de la défense*. *Ibid*, p. 93.

<sup>1864</sup> GOYARD-FABRE S. *Essai de critique phénoménologique du droit*, *op. cit.*, p. 286.



Le droit processuel, comme d'autres, repose sur la simple idée de justice. On pourrait trouver légitime que ce seul principe puisse structurer le système. Il faut au contraire considérer la pluralité d'objets qui existent en procédure. Le système processuel se déploie en sous-systèmes. Lorsqu'un système juridique se scinde en niveaux spécifiques, chaque niveau est dominé par un nouveau principe. Au niveau très général des disciplines juridiques, on retrouve les principes du droit civil, commercial<sup>1865</sup>... En droit processuel, ce sont les principes qui vont régir les différentes phases du procès (l'instruction, l'audience, le délibéré, les voies de recours), ou encore différents objets (l'instance, l'objet du litige, les preuves)<sup>1866</sup>. Si certains principes gouvernent un domaine déterminé (*publicité des débats*), d'autres traversent plusieurs phases de la procédure. Se créent entre eux « un réseau serré de relations et d'interdépendances » qui permet la convergence des différents secteurs de la procédure<sup>1867</sup>. Par exemple le principe de la *motivation* attaché à une décision de première instance, en combinaison avec le *double degré de juridiction*, établit un lien entre la première et la seconde instance. Grâce à ces principes, les juges d'appel possèdent la compétence et les moyens de contrôler la décision des premiers magistrats.

**362. Principes directeurs et organisation des Codes procéduraux.** La codification fait figure de symbole du formalisme et de la systématisation du droit. Un Code représente l'unité d'une discipline juridique, la rigueur de son organisation. Pour autant, de par sa « *logique linéaire* »<sup>1868</sup> l'œuvre de codification n'est pas intrinsèquement l'outil qui assure la cohérence des règles que le texte contient. La juxtaposition d'articles complémentaires n'est pas suffisante à faire apparaître une organisation normative. L'insertion de principes dans un Code va permettre d'établir un lien entre l'ouvrage et l'esprit que son créateur a souhaité lui insuffler. « *Un Code peut (...) symboliser une des idées philosophico-politiques qui l'a inspiré* » affirme-t-on<sup>1869</sup>. Pour le Professeur CORNU, le nouveau Code de procédure civile « *se reconnaît aux idées qui l'animent et c'est dans ses dispositions liminaires qu'il est naturel d'en chercher d'abord l'esprit* »<sup>1870</sup>. L'esprit du Code se trouve donc dans ses principes. L'initiateur de ce Code explique que les dispositions liminaires forment une véritable charte qui répartit les rôles entre juge et parties. Le problème qui apparaît alors est celui de la place qu'occupent les principes dans un tel ouvrage.

Plusieurs conceptions sont envisageables. La première consiste dans le rassemblement des principes en tête du Code. Regroupés, les principes figent l'économie de l'œuvre telle une inscription sur le fronton d'un monument. L'intérêt d'une telle méthode réside, d'une part, dans la mise à l'écart des règles essentielles dénotant un certain particularisme et d'autre part, dans l'énonciation claire et concise de l'esprit du Code. L'inconvénient principal réside dans le fait que les principes sont sortis de leur contexte. Ils n'entretiennent pas de lien apparent avec les règles techniques qui en sont les applications. En droit processuel, cette technique a été initiée avec le nouveau Code de procédure civile en 1975. Parmi les dispositions liminaires de ce texte figurent les principes de *coopération*, du *contradictoire*, de la *publicité des débats*, ou encore relatifs à la *charge de la preuve*. Le Code de procédure

<sup>1865</sup> BRIMO A. Les principes généraux du droit et les droits de l'homme, *APD* 1983, t. 28, p. 257.

<sup>1866</sup> Henri MOTULSKY explique l'optique adoptée dans le décret du 9 septembre 1971. Il s'agit non pas d'énoncer les principes les uns à la suite des autres, mais de découper le procès en plusieurs domaines dans lesquels on peut « *déceler le jeu de ces principes* ». MOTULSKY H. *op. cit.* p. 93.

<sup>1867</sup> GOYARD-FABRE S., *op. cit.*, p. 286.

<sup>1868</sup> DELMAS-MARTY M. Pour des principes directeurs de législation pénale, *RSC* 1985, p. 225.

<sup>1869</sup> CABRILLAC R. Le symbolisme des Codes, *Mélanges Terré*, PUF-Dalloz-Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 212.

<sup>1870</sup> CORNU G. L'élaboration du Code de procédure civile, in *La codification*, Dalloz, Paris, p.71.

pénale vient récemment de se doter d'un dispositif similaire. La loi du 15 juin 2000 a ajouté un article préliminaire au Code évoquant les principes du *procès équitable*, de la *séparation des fonctions*, de l'*égalité*, de la *présomption d'innocence*, du *droit au recours*, ou encore de la *célérité*.

La deuxième méthode réside dans l'incorporation d'un principe en tête des dispositions dont il doit gouverner l'application. Cette fois, le principe est intégré au sein des règles techniques. Une illustration peut être trouvée avec l'article 543 du nouveau Code de procédure civile selon lequel « *la voie d'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuse, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé* ». Cette disposition n'est précédée dans le chapitre relatif à l'appel que d'un seul article définissant ce recours. On peut considérer que l'article 543 illustre en procédure civile le principe du *double degré de juridiction*. Dans le même ordre d'idées, l'article 427 du Code de procédure pénale placé en tête du paragraphe relatif à l'administration de la preuve devant le tribunal correctionnel évoque le principe de la *liberté de la preuve*. L'intérêt de cette technique tient au fait que le principe est placé de telle façon qu'il insuffle directement l'esprit dont il est animé aux règles dont il doit commander l'application à tel point que certaines dispositions techniques se contentent de répéter avec plus de précision ce que dit le principe avec une certaine généralité. L'article 428 du Code de procédure pénale énonce ainsi que « *l'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation du juge* ». Il ne s'agit ni plus ni moins que d'une expression particulière du principe de l'*intime conviction* édicté à l'article 427 al 1. Le problème posé par l'inclusion d'un principe dans le corps même du Code est celui de son assimilation aux dispositions techniques qui lui font suite. Le principe ne se distingue pas formellement d'une autre règle. Il est dès lors plus délicat de le reconnaître. Plus généralement, on peut se poser la question de la nature des dispositions qui figurent en tête d'un chapitre. A titre d'exemple, l'article 421 du nouveau Code de procédure civile forme la première règle parmi celles qui sont consacrées au ministère public. Il dispose que « *le ministère public peut agir comme partie principale ou intervenir comme partie jointe. Il représente autrui dans les cas que la loi détermine* ». Son statut de règle première du titre consacré au ministère public lui confère-t-il la qualité de principe ? La réponse assurément négative montre l'ambiguïté de la méthode qui consiste à intégrer le principe dans le corps d'un Code.

La troisième méthode soulève la même difficulté. Elle consiste à faire figurer un principe à une place quelconque au sein du Code ou même en dehors du Code. La *présomption d'innocence* a figuré pendant sept ans uniquement à l'article 9-1 du Code civil au milieu du titre relatif aux droits civils des personnes. L'article 1351 du même Code héberge le principe de l'*autorité de la chose jugée* au sein des règles sur les présomptions en droit civil. Dans ce cas de figure, la singularité du principe est encore plus délicate à établir.

La dernière méthode fait disparaître formellement le principe. Celui-ci apparaît par fragments dans des dispositions techniques. Tel est le cas du principe du *contradictoire* en procédure pénale. On le trouve à l'article 427 al 2 du Code sous la forme de l'obligation pour le juge de ne fonder sa décision que sur les preuves qui auront été contradictoirement discutées devant lui. L'article 145<sup>1871</sup> prévoit que le placement en détention provisoire devant le juge des libertés et de la détention ne peut avoir lieu qu'après un débat contradictoire. L'article 723-13 en matière d'application des peines envisage encore la nécessité d'un débat contradictoire lorsque le juge prévoit de retirer sa décision de placement sous surveillance électronique. D'autres dispositions font appel au principe sans viser une obligation particulière. C'est le cas de l'article 498 relatif au droit d'appel qui prévoit que « *sauf dans le cas prévu à l'article 505, l'appel est interjeté dans le délai de dix jours à compter du*

---

<sup>1871</sup> Dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000 (article 52 de la loi).

*prononcé du jugement contradictoire* ». L'ambiguïté est alors à son comble car le principe n'apparaît nullement en tant que tel dans l'ensemble de ces dispositions. Paradoxalement, c'est dans cette hypothèse que l'effet du principe est le plus immédiat.

Quel que soit le procédé utilisé, les principes directeurs conservent leur action d'organisation des règles qui les entourent. Il convient de remarquer que c'est dans la quatrième hypothèse que le principe est le plus efficace. Certes, il n'apparaît pas comme un principe, mais il n'en dirige pas moins, avec une puissance incontestable, la disposition technique au sein de laquelle il est directement intégré. L'obligation du débat contradictoire en matière de détention provisoire est l'incarnation la plus parfaite du principe du *contradictoire* dans le contentieux de la détention provisoire. Echapper à l'emprise du principe devient dès lors impossible. Ce qui manque pourtant au Code de procédure pénale, c'est que le principe du *contradictoire* n'est pas énoncé précisément dans l'article préliminaire. D'un autre côté, il faut admettre que le principe conserve son autorité et exerce son action en l'absence de tout formalisme.

Ce dernier exemple montre comment les principes peuvent apparaître en filigrane dans l'œuvre de codification. Leur efficacité n'est pas atteinte par cette situation. Les dispositions techniques intègrent l'esprit des principes sans que ceux-ci n'apparaissent. En vertu de l'article 205 al 2 du nouveau Code de procédure civile, les enfants ne peuvent, dans la procédure de divorce de leur parents, être entendus sous prestation de serment. L'idée exprimée par ce texte est bien celle du doute à l'égard de l'impartialité des enfants<sup>1872</sup>. « *Ces derniers ne présentent pas les qualités d'impartialité nécessaires pour emporter la conviction du juge* » écrit un auteur<sup>1873</sup>. Le doute sur l'impartialité des enfants introduit un risque de falsification dans leur témoignage. En filigrane, c'est le principe de *loyauté*, qui exige que l'audition des enfants soit évincée. Le principe agit, mais il n'est pas formellement visible. L'action des principes sur le droit construit est donc plus souvent latente qu'apparente. Elle l'est encore lorsqu'il s'agit d'orienter les développements du droit à construire.

#### b) Le droit à construire

**363. Développement et complexité dans la construction du droit processuel.** Les développements du droit connaissent depuis longtemps une complexité croissante, du fait de la production et de l'accumulation des textes juridiques. En 1995, la France comptait plus de 7500 lois applicables sur son territoire et entre 80 000 et 90 000 décrets. Pour les auteurs, ce foisonnement est signe d'une dégradation<sup>1874</sup>. L'hermétisme et le manque de lisibilité côtoient l'instabilité des règles légales et réglementaires. La boulimie de réformes est source d'insécurité. Cela conduit nécessairement à une perte de légitimité<sup>1875</sup>. En procédure pénale, un auteur compte près de quarante réformes depuis 1945<sup>1876</sup>. Un autre recense les lois projetées puis abandonnées. En 1939 ce fut le projet MATTER, en 1949 le projet DONNEDIEU DE VABRES, en 1990 le projet DELMAS-MARTY, et finalement en 1997 le

---

<sup>1872</sup> La protection des enfants ne semble pas être l'objectif essentiel du texte. Ces derniers pouvant tout de même être entendus sans prestation de serment sur les questions autres que les griefs invoqués par les époux à l'appui de leur demande.

<sup>1873</sup> LEBORGNE A. L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, *RTD civ.* 1996, p. 535.

<sup>1874</sup> BEGUIN J. Peut-on remédier à la complexité croissante du droit ? *Mélanges Blaise*, Economica, Paris, 1995, p. 1.

<sup>1875</sup> « *loi jetable n'est pas respectable* » écrit encore M. BEGUIN. *Ibid*, p. 10.

<sup>1876</sup> GARAPON A. Prendre la justice au sérieux, *Projet 1997*, n°252, p. 95.

projet RASSAT. Tous visaient à transformer en profondeur la procédure pénale, tous furent délaissés<sup>1877</sup>.

Parallèlement, on assiste à la multiplication des réformes de plus ou moins grande ampleur : en 1981, la loi du 2 février « Sécurité et Liberté », abrogée et modifiée partiellement en 1983 ; en 1984, une loi du 9 juillet sur la détention provisoire ; en 1985, une loi du 18 novembre sur la police judiciaire ; le 30 décembre de la même année, une loi réformant de nombreuses dispositions du Code de procédure pénale ; en 1986, une loi du 3 septembre sur les contrôles et vérifications d'identité ; en 1987, une nouvelle loi du 30 décembre sur le placement en détention provisoire et le contrôle judiciaire modifiée par une loi du 6 juillet 1989 ; en 1991, une loi du 10 juillet sur la mise en conformité des écoutes téléphoniques avec le droit de la CESDH et une autre le même jour sur l'aide juridictionnelle ; les 4 janvier et 24 août 1993, deux lois réformant en profondeur la procédure de mise en état des affaires pénales ; le 10 août de la même année, une loi sur les contrôles d'identité ; le 8 février 1995, une loi sur l'organisation des juridictions et la procédure pénale ; en 1996, une loi sur la répression du terrorisme et la police judiciaire et le 30 décembre un autre réformant la détention provisoire et les perquisitions de nuit en matière de terrorisme ; en 1999 une loi visant notamment les mécanismes d'alternatives aux poursuites pénales et le 15 juin 2000, une loi relative à la *présomption d'innocence* et aux droits des victimes qui atteint l'ensemble du procès pénal. Cette réforme d'ampleur a d'ailleurs été modifiée par une loi du 4 mars 2002 sur certains points.

Cette énumération des principales réformes de la procédure pénale au cours des vingt dernières années montre à quel point le mouvement réformateur initié par le législateur apparaît tout à la fois boulimique, désordonné et incohérent. Sur certains aspects précis comme celui de la détention provisoire, chaque réforme est venue annuler les effets de la précédente. Certaines lois ont été abrogées avant même d'être entrées en vigueur. De plus, les modifications sont parcellaires, dépourvues d'une vue d'ensemble, d'une réflexion sur la matière. La commission « Justice pénale et droits de l'homme » nommée en 1988 et présidée par le Professeur DELMAS-MARTY a mené une étude méthodique pour dégager les principaux problèmes posés par la procédure, comparer les systèmes envisageables, énoncer des principes directeurs et enfin, émettre des propositions techniques<sup>1878</sup>. La loi du 4 janvier 1993 devait s'inscrire dans la perspective du rapport adopté par la commission, mais elle fut au contraire en rupture avec les principales orientations de la commission.

Les réformes successives de la procédure pénale ne procèdent en rien d'une vue d'ensemble de la matière. Chaque problème est examiné sous un angle de vue fermé. Les discussions au parlement sont porteuses de compromis politiques distincts de ceux qui animent le droit processuel. D'une façon plus générale, deux parlementaires se sont interrogés sur les raisons qui conduisent à la multiplication des lois dans un mouvement inversement proportionnel à leur qualité<sup>1879</sup>. Les lois répondent à des demandes sociales grandissantes et contradictoires. Ce sont d'une part « *l'approfondissement de la démocratie* » et le développement de l'Etat de droit « *d'avantage fondé sur le droit que sur la force* » ; d'autre part la « *demande croissante de sécurité juridique des citoyens* » qui conduit à légiférer sur des aspects de plus en plus nombreux de la vie sociale ou individuelle. D'un point de vue technique, le foisonnement législatif peut être une conséquence de la multiplication des lois

---

<sup>1877</sup> RASSAT M.L. La réforme de la procédure pénale en France, *RICPT 1997*, p. 259.

<sup>1878</sup> Deux rapports furent remis en 1989 et 1990 rassemblés en un ouvrage : Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, La Documentation française, Paris, 1991.

<sup>1879</sup> BIGNON J., SAUVADET F. *L'insoutenable application de la loi*, rapport d'information de l'Assemblée nationale, n°2172, pp. 43 et suiv.

« faire-valoir » dont la raison d'être se trouve dans la volonté d'un ministre de voir une loi porter son nom. L'alternance politique, le rôle joué par les groupes de pression, la prise en compte des droits européens, sont d'autres facteurs qui contribuent à recourir systématiquement à la loi.

Un tel phénomène a suscité une explication théorique généralisante. Un auteur démontre que l'évolution de tous les concepts juridiques se fait dans le sens de la complexité<sup>1880</sup>. Chaque concept juridique, dès sa naissance, va évoluer « selon une loi à généralisation et à complexité toujours croissantes »<sup>1881</sup>. Une norme va, avec le temps, avoir à s'appliquer à un nombre de cas distincts de plus en plus importants. Le concept originaire étend progressivement son champ d'application. Dans le même temps, il s'adapte aux situations nouvelles et développe en conséquence d'autres règles. Une telle situation est irrémédiable ; ce qui l'est moins, c'est la cohésion de l'ensemble des règles qui se perd au fil des réformes. Les principes directeurs peuvent jouer à ce titre un rôle essentiel.

**364. L'apport des principes directeurs à la création du droit processuel.** Pour Henri BUCH, « les principes généraux constituent un support idéologique de l'action juridique. Ils en tracent les lignes directrices sans lesquelles un système juridique confronté avec les innombrables et imprévisibles situations qu'engendrent les rapports humains, ne pourrait maintenir son unité et sa cohésion. (...) Sans eux, la construction d'un système juridique n'est pas concevable »<sup>1882</sup>. Les principes directeurs sont des normes chargées d'une dimension idéologique au sens noble du terme. « Ils orientent l'action du législateur »<sup>1883</sup>, mais ils permettent aussi au juge de bâtir sa jurisprudence autour de normes stables et flexibles. Le juge utilise les principes comme une structure autour de laquelle va se développer un « véritable microsystème normatif »<sup>1884</sup>.

La méthode utilisée par le juge ou l'auteur d'un texte de procédure est similaire. Elle part de la définition d'un ou plusieurs principes qui expriment les finalités essentielles que doit poursuivre l'ensemble normatif à construire. Elle se poursuit par la définition de règles techniques qui découlent des principes comme des modalités de mise en œuvre ou comme des restrictions. Certaines règles techniques peuvent encore résulter de la combinaison ou de la confrontation de plusieurs principes.

Les principes qui gouvernent la création du droit nouveau peuvent préexister à cette création. Par exemple, la loi du 15 juin 2000 vise la protection d'un principe déjà établi dans le procès pénal : la *présomption d'innocence*. A l'inverse, le droit nouveau peut formuler expressément un principe. Tel est le cas du nouveau Code de procédure civile qui introduit officiellement dans le procès le principe de *conciliation*<sup>1885</sup>. Si ce principe connaissait des applications antérieures au nouveau Code, cet ouvrage lui a donné une existence formelle sur la base de laquelle se sont créées de nombreuses procédures amiables.

Le principe fondateur peut encore être extrait d'un domaine normatif extérieur. Une règle de procédure peut émaner d'un principe inscrit dans le Code civil, mais aussi dans le droit international. Un auteur souligne ainsi l'influence des principes de la CESDH ou

---

<sup>1880</sup> GHIRARDI O.A. Quelques réflexions sur une loi qui régit l'évolution des concepts juridiques fondamentaux, *RRJ* 1985, n°23, p. 723.

<sup>1881</sup> *Ibid.*, p. 724.

<sup>1882</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p. 55.

<sup>1883</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>1884</sup> FORTIER V. La fonction normative des notions floues, *RRJ* 1991, n°46, p. 769.

<sup>1885</sup> Article 21 nouv.C.pr.civ. : « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

déterminés par la CEDH sur les réformes de la procédure française<sup>1886</sup>. Les lois du 4 janvier et du 24 août 1993 réformant la procédure pénale ont été inspirées par le principe de l'*égalité des armes*. Ce dernier a conduit le législateur à renforcer les droits des parties privées au cours de la mise en état. L'article 82-1 du Code de procédure pénale autorise désormais les parties privées à solliciter du juge qu'il procède à certains actes d'instruction. Dans le même sens, l'article 170 permet à celles-ci de demander la nullité d'un acte ou d'une pièce de la procédure.

Le même raisonnement est opéré par le juge. Celui-ci utilise parfois les principes pour édifier un ensemble de dispositions techniques orientées vers un but. Le cas topique est celui des écoutes téléphoniques. En apparence, avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 1991, le droit français présentait une lacune en matière de réglementation de ces écoutes. Telle ne fut pas l'opinion des magistrats de la Cour de cassation. Se fondant sur les articles 81<sup>1887</sup> et 151<sup>1888</sup>, sur les « *principes généraux de la procédure pénale* »<sup>1889</sup> et sur certains principes de la CESDH, la juridiction suprême a construit un régime complet d'écoutes<sup>1890</sup>. Dans un arrêt du 9 octobre 1980, la chambre criminelle admet la légalité des écoutes à la condition qu'elles ne procèdent pas d'un stratagème ou artifice (principe de *loyauté*) et qu'elles laissent entiers les *droits de la défense*<sup>1891</sup>. En 1985, elle pose comme condition aux écoutes qu'une information soit ouverte « *sur présomption d'une infraction déterminée* », cette procédure répondant aux exigences de l'article 8 de la CESDH (principe de l'*intimité de la vie privée*)<sup>1892</sup>. En 1987, elle réunit les principes de *loyauté*, des *droits de la défense*, et de l'*autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles* pour valider le mécanisme des écoutes si elles sont ordonnées par voie de commission rogatoire<sup>1893</sup>. Dans le même sens, elle décide en 1989 que les officiers de police judiciaire ne peuvent, sans l'autorisation du juge d'instruction procéder à des écoutes (principe selon lequel *l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles*)<sup>1894</sup>. Les interceptions de communications téléphoniques mettent en jeu de nombreux principes. En les combinant, la Cour de cassation en dégage des règles techniques circonstanciées. Les principes coordonnent cette construction et tentent de rendre compatibles les impératifs de l'instruction<sup>1895</sup> avec la protection des droits individuels.

**365. Constance des principes et évolution des techniques.** La question se pose – compte tenu de la stabilité des principes directeurs - de savoir comment ces derniers peuvent s'adapter à l'évolution des nouveaux besoins procéduraux. Il faut admettre que les principes

---

<sup>1886</sup> LASSALLE J.Y. note sous Cass. crim. 6 mai 1997, *JCP* 1998, II, 10056.

<sup>1887</sup> Qui permet au juge d'instruction d'accomplir tout acte qu'il juge utile à la manifestation de la vérité.

<sup>1888</sup> Relatif aux commission rogatoires délivrées par le juge d'instruction.

<sup>1889</sup> Cass. crim. 4 novembre 1987, pourvoi n°87-84.874.

<sup>1890</sup> Notamment l'article 8 relatif au *respect de la vie privée*.

<sup>1891</sup> Cass. crim. 9 octobre 1980, *Dalloz* 1981, juris., p. 332, note PRADEL J. ; *JCP* 1981, II, 18578, note DI MARINO G. ; *RSC* 1982, p. 144, observations ROBERT J.

<sup>1892</sup> Cass. crim. 23 juillet 1985, *Bull. crim.* n°275 ; *Dalloz* 1986, I.R., p. 120, observations PRADEL J.

<sup>1893</sup> Cass. crim. 4 novembre 1987, *précit.*

<sup>1894</sup> Cass. crim. 13 juin 1989, *Bull. crim.* n°254. Cass. ass. plén. 24 novembre 1989, *Bull. crim.* n°440, *Dalloz* 1990, juris., p. 34 ; *JCP* 1990, II, 21418, conclusions ROBERT E. ; *Gaz. Pal. Pal* 1990, 1, juris., p. 92, note DOUCET J.P.

<sup>1895</sup> L'avocat général à la Cour de cassation fit allusion dans ses conclusions qui ont conduit à l'arrêt d'assemblée plénière du 24 novembre 1989 au principe de la *liberté de la preuve* comme fondant la possibilité de recourir aux écoutes.

présentent une certaine continuité qui n'exclut pas la possibilité d'une évolution<sup>1896</sup>. Si les finalités du droit processuel se transforment, les principes suivent ces changements et s'adaptent ou disparaissent. Le problème est celui de l'ajustement des principes lorsque les faits sociaux demeurent et que les techniques évoluent. On pense notamment au bouleversement des techniques d'écriture avec le développement de la communication par voie informatique. Dans le système des *preuves légales*, la preuve littérale tient une place essentielle. Elle est garante d'une certaine sécurité probatoire et d'une traçabilité qui permet la conservation des documents de preuve. L'apparition et la multiplication des transactions informatiques devaient conduire, soit à l'abandon du système des *preuves légales*, soit à une adaptation de ce principe à l'évolution technologique<sup>1897</sup>.

C'est la seconde voie qui fut prise par la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. Le principe des *preuves légales* n'est pas modifié en tant que tel. Par contre, les règles techniques qui le mettent en œuvre s'ouvrent aux technologies de l'information. L'article 1316 du Code civil est modifié et procède à une redéfinition de la preuve littérale : « *la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* ». L'article 1316-1 ajoute que « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».

L'esprit du système des *preuves légales* reste intact. Il s'agit de pouvoir préconstituer une preuve et de donner à celle-ci une certaine force probante en raison de la vraisemblance de la vérité qu'elle porte en elle. L'impératif de sécurité demeure. Une nouvelle forme de preuve est admise, mais cela ne veut pas dire que l'on s'achemine vers le principe de la *liberté*<sup>1898</sup>. Seules les preuves prévues par la loi (ici les articles 1316 et suivants du Code civil) sont admissibles devant les juridictions. Le principe des *preuves légales* a simplement fait montre d'une certaine souplesse en élargissant son champ d'action de la preuve sur papier à la preuve électronique. La loi du 13 mars 2000 ne fait d'ailleurs que poursuivre une évolution débutée en jurisprudence<sup>1899</sup>.

---

<sup>1896</sup> Cf. *supra*, n°210 et suiv.

<sup>1897</sup> Cf. notamment HUET J. Vers la consécration de la preuve et de la signature électronique, *Dalloz* 2000, chron. P. 95 ; SAILLARD J.P., MORENO D. La réforme du droit de la preuve et les nouvelles technologies, position du CCI de Paris, *JCP* 2000, actualité, p. 55 ; CATALA P., GAUTIER P.Y., HUET J., DE LAMBERTERIE I., LINANT DE BELLEFONDS X. L'introduction de la preuve électronique dans le Code civil, *JCP* 1999, I, p. 182 ; NATAF PH., LIGHTBURN J. La loi portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information, *JCP E* 2000, étude, p. 836 ; GAUTIER P.Y., LINANT DE BELLEFONDS X., De l'écrit électronique et des signatures qui s'y rattachent, *JCP* 2000, I, 236 ; CAPRIOLI E., La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne, *JCP* 2000, I, 224. NOTTE G. La directive 2000/31/C.E. du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, *JCP* 2000, n°38, actualités, p. 1687 ; *Dalloz* 2000, Législation, p. 333.

<sup>1898</sup> Pour une opinion contraire, CATALA P., GAUTIER P.Y. L'audace technologique de la Cour de cassation, vers la libération de la preuve contractuelle, *JCP* 1998, actualités, p. 905. Cf. aussi autour de la question, CATALA P. Écriture électronique et actes juridiques, *Mélanges Cabrillac*, Litec-Dalloz, 1999, p. 91.

<sup>1899</sup> La Cour de cassation avait admis les conventions de preuves relatives aux cartes magnétiques de crédit. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 8 novembre 1989, *Bull. civ.*, n°342, *JCP* 1990, II, 21576, note VIRASSAMY G., *RTD com.* 1990, observations CABRILLAC M., TEYSSIE B., p. 78. Dans une autre décision, elle avait déclaré qu'une télécopie devait être considérée comme une preuve littérale, l'écrit pouvant « être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées ». Cass. com. 2 décembre

**366. Des qualités potentielles peu exploitées.** Les principes sont les normes idéales qui permettent une évolution cohérente du droit. Leur relative stabilité est un vecteur de sécurité et évite les transformations brutales de l'ordre juridique. Leur flexibilité permet de modifier les règles techniques en se plaçant dans une certaine continuité. Les principes sont enfin facteurs de clarté. Un texte ou une jurisprudence qui prend appui sur un principe annonce nettement le cadre et l'esprit dans lequel le droit nouveau s'inscrit. Evidemment, il n'est pas certain que chaque règle de droit processuel puisse être rattachée à un principe, ni que chaque institution procédurale soit gouvernée par une telle norme. Les principes n'agissent donc pas de façon exhaustive sur tout le champ du droit processuel. Cette limite n'exclut pas le rôle essentiel que ces derniers peuvent jouer dans la construction du droit. Il ne s'agit pourtant que d'un rôle potentiel.

Si l'on revient au constat du foisonnement et de la complexité croissante du droit, il faut admettre que les principes ne sont pas utilisés à la mesure des possibilités qu'ils offrent. Les règles techniques se multiplient, sont modifiées à plusieurs reprises, sont écartées ou réintègrent les Codes sans que l'on puisse percevoir une quelconque idée maîtresse dans l'enchaînement des textes procéduraux. Sur une longue période, une évolution globale se dessine. Elle peut être schématisée par la croissance des droits individuels dans le procès. Toutefois, cette lente mutation est conduite de façon désordonnée à plusieurs niveaux de la hiérarchie organique. Le droit interne répond au coup par coup aux condamnations européennes. Le droit législatif avance par corrections successives, suite aux censures du Conseil constitutionnel. De leurs cotés, les juridictions suprêmes font avancer la procédure dans les limites déterminées par leur saisine. En définitive, seules certaines œuvres doctrinales utilisent les principes comme une méthode de création du droit<sup>1900</sup>. Ces outils sont pourtant indispensables pour maîtriser l'inéluctable complexification du droit.

**367. Principes et complexité.** Si l'on conçoit que le droit se développe selon une loi logique de complexification<sup>1901</sup>, il faut aussi admettre que les principes peuvent constituer un moyen de conserver la clarté et la dimension téléologique du droit futur. Conserver la cohérence d'un ordre juridique passe par la définition d'objectifs. Ces objectifs sont concrétisés sous la forme de normes générales que sont les principes. Ces derniers vont donner naissance à des règles techniques en nombre nécessairement croissant puisque toute situation nouvelle nécessite que l'on adopte des règles adaptées à sa singularité. Si chaque règle se situe vis-à-vis du principe soit comme une règle de mise en œuvre, soit comme une exception, la cohérence du droit nouveau avec l'ancien est conservée. En dernier lieu, l'existence d'un principe permet de limiter la croissance des règles techniques dans le droit écrit. En effet, si l'on admet que le principe indique la philosophie générale du domaine normatif qu'il domine, il est inutile de multiplier à l'excès les règles techniques prises pour son application. Le juge peut, par l'interprétation des principes, donner une solution à chaque litige. Face aux difficultés d'application, la norme jurisprudentielle doit prendre le relais de la norme textuelle et c'est au juge d'utiliser les principes pour mettre en œuvre le droit processuel.

---

1997, *Dalloz* 1998, juris., p. 192, note MARTIN D. ; *JCP E* 1998, p. 178, note BONNEAU TH. Dans le même esprit la Cour de cassation a récemment laissé aux juges du fond l'appréciation souveraine de la valeur probante d'une télécopie. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 28 mars 2000, *JCP* 2000, II, 10368, LEVENEUR L.

<sup>1900</sup> Cf. notamment le projet DELMAS-MARTY, *précit*

<sup>1901</sup> GHIRARDI O.A. Quelques réflexions sur une loi qui régit l'évolution des concepts juridiques fondamentaux, *op. cit.*



## B) L'action fondatrice dans la mise en œuvre du droit processuel

**368.** Un auteur énumère les difficultés qui se présentent au juge dans sa mission de réalisation du droit<sup>1902</sup>. Ce dernier peut rencontrer des situations dans lesquelles le droit écrit ne suffit pas à résoudre le litige<sup>1903</sup>. A l'inverse, plusieurs normes textuelles peuvent se contredire, ou encore, la règle applicable peut présenter un contenu mal défini. Dans ces différentes hypothèses, le juge va trouver dans l'interprétation des principes qu'il applique ou qu'il dégage, le moyen de donner un sens aux règles textuelles (a) ou de compléter des vides juridiques (b).

### a) Donner un sens aux règles du droit écrit

**369.** Le terme « sens » doit être entendu dans sa double acception. Il s'agit d'abord de donner une signification exacte à chaque règle afin d'en connaître la portée (1). Les principes déterminent ensuite une direction à prendre lorsque les normes en présence semblent incompatibles (2).

#### 1) Donner une signification aux règles textuelles

**370. Les dispositions textuelles éclairées par les principes.** D'un point de vue théorique, HART s'est intéressé à la question des « zones d'ombre » que comportent les règles de droit<sup>1904</sup>. Ces zones existent du fait de la « texture ouverte » de chaque règle. Celle-ci possède une part de « sens établi » et une part d'indétermination. Un autre auteur explique que le système juridique repose sur des « généralisations conceptuelles dont la loi reste l'expression principale »<sup>1905</sup>. L'intérêt consiste ici à remarquer que chaque règle écrite, quel que soit son degré de généralité, se présente effectivement sous une forme conceptuelle dont l'abstraction est l'un des caractères. Les textes ont vocation à régir un nombre indéterminé de situations de fait et c'est en cela que réside la difficulté relative à leur sens. Il faut rendre compatible la généralité de la norme textuelle et la singularité de la situation factuelle. La question se pose dès lors de connaître la portée de la norme écrite.

L'article 464 al 2 du Code de procédure pénale permet au tribunal correctionnel, s'il ne peut se prononcer en l'état sur l'action civile, d'attribuer à la partie qui exerce cette action une provision malgré l'appel ou l'opposition contre le jugement. Cette disposition se présente comme une atténuation du principe du *double degré de juridiction* qui possède un caractère suspensif. La Cour de cassation en a tenu compte dans son interprétation estimant que l'article 464 al 2 est une disposition exceptionnelle et que « les juges ne sauraient notamment user de la faculté qu'il prévoit lorsqu'ils condamnent le prévenu à des réparations civiles dont le caractère particulier exclut toute possibilité ultérieure de restitution »<sup>1906</sup>. Le droit d'appel est conçu comme un recours suspensif car il permet un double examen au fond de l'affaire. Le jugement frappé d'appel ne peut être que provisoire dans ses conséquences car

<sup>1902</sup> GUASTINI R. Théorie et ontologie du Droit chez Dworkin, *Droit et société* 1986, n°2, p. 15.

<sup>1903</sup> C'est la question des lacunes du droit.

<sup>1904</sup> Cité par DUBOUCHET P. Herméneutique et théorie normative du droit, *RRJ* 1994, n°58, p. 735.

<sup>1905</sup> MODERNE F. Légitimité des principes généraux et théorie du droit, *RFDA* 1999, p. 722.

<sup>1906</sup> Cass. crim. 16 octobre 1968, *Dalloz* 1969, som. com., p. 56. En l'espèce, il s'agissait de la publication intégrale du jugement dans un périodique condamné pour injure et diffamation. En application de ce texte, les juges ne peuvent pas non plus ordonner, avec exécution provisoire, la parution d'un communiqué dans la presse. CA Paris 15 mars 1996, *Gaz. Pal.* 1997, 1, som. ; p. 43.

suspendu à une infirmation ou une confirmation. Le versement de provisions prévu à l'article 464 al 2 affaiblit la portée du principe mais ne le remet pas en cause. Il demeure possible de revenir sur l'attribution d'une provision et d'en ordonner éventuellement la restitution. A l'inverse, si la décision des premiers juges attribue un droit à la victime sur les effets duquel la Cour d'appel ne pourra plus revenir, le *double degré de juridiction* est tout simplement renié. La chambre criminelle donne à la disposition en question une interprétation qui vise à mettre sa portée en conformité avec le principe.

Dans le même ordre d'idées, l'article 253 du Code de procédure pénale interdit à certains magistrats de siéger dans une Cour d'assises. Il s'agit de ceux qui ont, dans la même affaire, accompli un acte de poursuite ou d'instruction, ou encore participé à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé. Dans une espèce, un magistrat présidait une Cour d'assises, alors qu'il avait auparavant participé à la décision de la chambre d'accusation qui s'était prononcée sur la demande de mise en liberté formulée par l'accusé. Ce cas de figure devait-il entrer dans le domaine de l'article 253 ? La Cour de cassation a répondu à cette question par l'affirmative. Elle estime qu'en statuant sur une demande de liberté, le magistrat en question « *avait participé à une décision impliquant nécessairement un examen préalable au fond de l'affaire* »<sup>1907</sup>. Dans cet arrêt, l'interprétation de l'article 253 n'est pas littérale. La chambre criminelle a oublié que la décision au fond devait porter sur la culpabilité de l'accusé. Ce n'est pas le cas d'une décision relative à la détention provisoire qui ne préjuge en rien de la culpabilité ou de l'innocence de la personne mise en examen. Cependant, l'attitude de la Cour de cassation est dictée par le principe de la *séparation des fonctions*. Ce principe donne à la disposition légale un sens moins étroit que celui affiché de prime abord. L'utilisation permet au juge, par la voie de l'interprétation, de se dégager de la lettre du texte pour se diriger vers une application plus générale conforme au principe.

Ces exemples montrent que derrière un texte apparemment clair, se pose inévitablement le problème de son application à des situations juridiques particulières. Le Professeur RIALS, sur cette question, reprend les idées du professeur HART à propos des « *zones d'ombres* » qui s'attachent à chaque règle. L'auteur français décrit ainsi comme naïve l'opinion selon laquelle il n'y aurait pas à interpréter un texte clair et reconnaît inévitablement que la *juris-dictio* ne peut se limiter à une *legis-dictio*<sup>1908</sup>. Le juge dans son rôle d'interprète déborde le cadre du texte qu'il a pour mission d'interpréter. Dans l'exercice de cette mission, le recours même implicite aux principes directeurs s'avère souvent indispensable.

**371. La dimension téléologique des principes, source d'interprétation.** Un auteur affirme ainsi que « *les règles techniques (...) demandent pour être interprétées, de pouvoir être rapportées à des principes* »<sup>1909</sup>. Selon lui, le recours aux principes « *inaugure un autre raisonnement juridique, plus téléologique que syllogistique* ». En droit processuel, c'est effectivement la dimension téléologique des principes qui permet de conduire un tel raisonnement.

Dans des domaines autres que procéduraux, certaines juridictions reconnaissent à leur tour le rôle joué par les principes dans l'interprétation. C'est le cas de la CJCE qui affirmait en 1976 à propos de la définition internationale du concept de « *matière civile et commerciale* » que cette notion devait être interprétée, « *non selon le droit d'un quelconque des Etats concernés, mais par référence aux objectifs et au système de la Convention, ainsi qu'aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes des droits*

<sup>1907</sup> Cass. crim. 3 décembre 1997, *Procédures 1998*, n°4, com. n°94, p. 15, observations BUISSON J.

<sup>1908</sup> RIALS S. La fonction de juger, *Droits 1989*, n°9, p. 3.

<sup>1909</sup> GARAPON A. Prendre la justice au sérieux, *Projet 1997*, n°252, p. 95.

*nationaux* »<sup>1910</sup>. Les termes utilisés par la Cour de justice montre que cette juridiction met sur le même plan les principes du droit national et les objectifs du texte à interpréter. Les principes sont intimement mêlés aux objectifs poursuivis pas le droit dans son ensemble.

HART estime ainsi que le juge est guidé par les « *politiques sociales* » qui ont présidé à l'édition du texte<sup>1911</sup>. Ces « *politiques* » ou encore valeurs et finalités sociales sont à l'origine de la création des principes directeurs. Ces derniers se présentent comme les normes les plus à même de donner les informations que le juge recherche dans le cadre de l'interprétation téléologique. On peut trouver une illustration procédurale de ce phénomène à propos de l'interprétation de l'article 5 du nouveau Code de procédure civile. Cette disposition fait obligation au juge de se prononcer « *sur tout ce qui est demandé* ». Elle est inspirée par deux principes : celui du *droit au juge* qui prescrit au juge de donner une solution au litige et celui de la *coopération* en vertu duquel « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* »<sup>1912</sup>. Le juge dans son obligation de *coopérer*, ne peut ni ignorer, ni déborder le cadre défini par les prétentions des parties. Une question relative à l'interprétation de l'article 5 se pose dans l'hypothèse où existe dans le litige des demandes implicites ou virtuelles. L'une des parties n'a expressément formulé qu'une seule demande, mais virtuellement, cette prétention en induit une autre. Le juge est dans une situation délicate : il ne peut statuer ni *infra*, ni *ultra petita*. S'il ne se prononce pas sur la prétention implicite, il s'expose au déni de justice ; s'il s'en saisit, il court le risque de dépasser ses pouvoirs. Pour régler cette contradiction, il est nécessaire de se référer à la dimension téléologique de l'article 5. Inspiré par les deux principes susvisés, ce texte vise à garantir aux parties la résolution complète du conflit qui les oppose. Le juge doit coopérer et statuer en extrayant si nécessaire les questions incidentes qui émanent du litige. La jurisprudence a tranché dans ce sens en décidant par exemple que la personne qui réclame l'annulation d'une convention entend que soit annulée pour défaut de cause l'effet de commerce qu'elle avait accepté en exécution de cette convention<sup>1913</sup>. De même, la demande d'expertise au fin de déterminer les causes d'un désordre implique nécessairement que le juge soit aussi saisi d'une action en responsabilité<sup>1914</sup>. Pour admettre que le juge se prononce sur les prétentions implicites, la Cour de cassation a dû procéder à une interprétation téléologique de l'article 5. Pour cela, elle a pu se référer aux principes qui ont présidé à la création de ce texte.

Paradoxalement, l'interprétation des principes, règles générales, conduit le juge à donner aux règles textuelles une signification plus précise. En réalité, le paradoxe n'est qu'apparent. La règle technique tire sa raison d'être du principe. Le juge pour l'interpréter remonte logiquement la chaîne de production du droit, passant de la règle technique au principe, et du principe à la finalité protégée. S'il existe plusieurs règles en conflit, le juge doit résoudre une antinomie. Il peut alors suivre la direction qui lui est indiquée par le principe.

---

<sup>1910</sup> CJCE 14 octobre 1976, *Rec.* p. 1541 ; *Rev. Crit. DIP* 1977, p. 772, note DROZ G. La Convention visée est celle du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire et l'exécution en matière civile et commerciale.

<sup>1911</sup> Cité par DUBOUCHET P. Herméneutique et théorie normative du droit, *op. cit.*, p. 762.

<sup>1912</sup> Article 4 nouv.C.pr.civ.

<sup>1913</sup> Cass. com. 10 novembre 1982, *JCP* 1983, IV, n°33.

<sup>1914</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 mars 1985, *Bull. civ.*, n°58.

## 2) Donner une direction aux règles textuelles

**372. L'antinomie entre règles techniques.** Selon un auteur, les lois « sont souvent faites de conflits de valeurs non résolus, escamotés, rabattus sur un pragmatisme plat, et en définitive renvoyés au juge »<sup>1915</sup>. Les conflits de valeurs sont inévitables. Ils produisent des contradictions entre les normes juridiques qui résultent de ces valeurs. Ce phénomène est communément désigné sous le terme d' « antinomie » du droit. Il se réalise lorsqu'apparaît une « contradiction (...) de deux lois applicables »<sup>1916</sup>. Certains préceptes peuvent être posés pour gérer la contradiction. Les plus communs sont ceux qui consistent à écarter la règle hiérarchiquement inférieure ou encore à privilégier la règle spéciale par rapport à une autre générale. Il est pourtant des cas dans lesquels il n'est pas souhaitable d'écarter purement et simplement une règle sous peine de négliger un droit essentiel. Il se peut encore qu'aucune règle de conflit ne permette d'évincer l'une ou l'autre des normes antinomiques. Il est possible pour finir, que l'affrontement ne soit pas direct, qu'il n'y ait pas de contact immédiat entre les dispositions contradictoires<sup>1917</sup>.

Il faut alors trouver un autre moyen de gérer le conflit. La méthode peut résider dans l'interprétation. La préoccupation principale du juge n'est plus d'éclairer un texte mais de trouver une direction à prendre qui ménage les intérêts concurrents ou qui privilégie certains de ces intérêts. DWORKIN développe l'idée selon laquelle le juge va tenter de résoudre les cas difficiles qui se présentent devant lui en cherchant la meilleure interprétation dans « un ensemble cohérent de principes au sujet des droits et devoirs de chacun »<sup>1918</sup>. Cette question a pu se poser à propos de la procédure devant la Cour de justice de la République.

Cette juridiction a été instituée par une loi constitutionnelle du 27 juillet 1993. Le texte a soulevé l'importante question de la motivation des arrêts de la Cour de justice. Un auteur a pu mettre en évidence l'existence d'une antinomie au sein de cette procédure<sup>1919</sup>. Si on considère que la Cour est composée notamment de parlementaires, magistrats non professionnels, on doit lui appliquer les règles relatives à la motivation qui régissent la Cour d'assises. La motivation de l'arrêt d'assises résulte des réponses données aux questions par les membres de la juridiction. Pourtant, l'article 26 de la loi constitutionnelle renvoie la procédure relative au débat et au jugement devant la Cour de justice de la République, aux règles en vigueur devant le Tribunal correctionnel. L'obligation de motivation devient dès lors plus complète. Elle oblige la Cour de justice à viser les éléments de fait et de droit qui ont permis de fonder sa décision. L'antinomie est bien réelle. D'un côté, la composition de la Cour de justice justifie une motivation succincte assimilable à celle de la Cour d'assises ; de l'autre, le renvoi à la procédure devant le Tribunal correctionnel rend nécessaire une motivation circonstanciée. En définitive la première décision de la Cour de justice rendue dans l'affaire du sang contaminée fut motivée<sup>1920</sup>. La juridiction a donc penché en faveur de l'article 26 de la loi constitutionnelle. Ce choix plus conforme au principe de la *motivation*

<sup>1915</sup> SALAS D. Le juge dans la cité, nouveaux rôles et nouvelle légitimité, *Justices* 1995, n°2, p. 181.

<sup>1916</sup> HUNOUT P. Droit et culture, un couple fondamental ? *Droit et Cultures* 1986, n°12, p. 71. On peut estimer plus généralement qu'il peut exister une contradiction entre plusieurs règles que leur origine soit textuelle ou jurisprudentielle.

<sup>1917</sup> Une norme est apparente et l'autre est sous-jacente au conflit.

<sup>1918</sup> DWORKIN R. La chaîne du droit, *Droit et société* 1985, n°1, p. 1985.

<sup>1919</sup> PRADEL J. La procédure de jugement applicable devant la Cour de justice de la République. Un mode d'emploi à préciser, *Dalloz* 1996, chron., p. 1.

<sup>1920</sup> CJR 3 mars 1999, *Dalloz* 1999, I.R., p. 86.

des décisions de justice<sup>1921</sup> nécessite que la juridiction s'explique sur les circonstances qui justifient sa décision<sup>1922</sup>.

**373. L'antinomie au sein d'une même disposition technique.** Une antinomie peut aussi résider dans une seule et même disposition textuelle. C'est le cas de l'article 9 du nouveau Code de procédure civile qui attribue la charge de la preuve à la partie qui allègue des faits nécessaires au succès de sa prétention. Par ailleurs, en matière de faits juridiques, domine le principe de la *liberté de la preuve*. En vue de confondre l'un des ses salariés et de procéder à son licenciement pour faute lourde, un employeur avait engagé un enquêteur privé chargé de le faire suivre. Cette méthode semblait être le seul moyen d'obtenir la preuve de la faute de l'employé. L'employeur devait légitimement pouvoir utiliser tout moyen de preuve pour y parvenir. A l'inverse, il semblait tout aussi équitable que la mise en place d'une surveillance dans le cadre de l'activité salariale soit accompagnée d'une information à l'égard des personnes concernées. Les preuves ne devaient pas résulter d'un stratagème occulte. Les droits procéduraux du salarié et de son employeur étaient nécessairement antagonistes. D'un côté, la *charge* et la *liberté* de la preuve, de l'autre, le respect de la *loyauté*<sup>1923</sup>. Dans une interprétation de l'article 9 du nouveau Code, la Cour de cassation a jugé que « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés* »<sup>1924</sup>. La preuve déloyalement obtenue devenait illicite et fut rejetée par la juridiction suprême.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne disposait que d'une seule règle écrite. Celle-ci mettait pourtant en jeu des principes et intérêts contradictoires. Les magistrats ont dû confronter les principes pour trouver une direction à prendre. L'article 9 fut interprété comme devant concilier les intérêts de celui sur qui repose la charge de la preuve et de celui à qui certains modes de recherche de la preuve peuvent nuire. Paul ROUBIER écrivait ainsi que les principes généraux expriment « *le contenu de la justice* » et permettent d'établir « *une hiérarchie des intérêts et de faire respecter ceux qui sont les plus respectables* »<sup>1925</sup>. Cette méthode d'interprétation permet non seulement de confronter deux règles de droit écrit en considération de leurs origines, mais aussi de contrôler qu'un texte est appliqué conformément aux rapports de force entretenus par les finalités de la matière processuelle. Le recours aux principes est encore essentiel pour permettre au droit écrit de suivre la bonne direction.

**374. L'antinomie entre un texte et un principe.** Un texte peut porter en lui une contradiction implicite avec un principe. La dérogation n'est pas visible, mais le texte peut la susciter. Le juge peut alors interpréter le texte pour le mettre en conformité avec le principe. La Cour de cassation a eu l'occasion de résoudre une telle question dans deux arrêts de

---

<sup>1921</sup> Plus généralement, le choix en faveur de la motivation a permis de renforcer la légitimité d'une juridiction qui connaît, sur certains points, une procédure dérogatoire aux principes procéduraux. Cf. notamment sur ce point, BURGELIN J.F. De la constitution de partie civile devant la Cour de justice de la République, *Dalloz 2000*, n°22, interview, p. IV.

<sup>1922</sup> Cf. par exemple Cass. crim. 6 mars 1996, *Bull. crim.*, n°105. Cet arrêt impose que la juridiction du fond précise l'existence de circonstances exigées par la loi pour que les faits soient punissables.

<sup>1923</sup> Ces règles antagonistes n'ont d'ailleurs pas toutes une origine textuelle. Le juge est tenu de prendre en compte dans son raisonnement les normes provenant de différentes sources.

<sup>1924</sup> Cass. soc. 4 février 1998, *Bull. civ.*, n°64. Dans le même sens à propos de l'enregistrement de l'image ou des paroles des salariés à leur insu. Cass. soc. 20 novembre 1991, *Dalloz 1992*, juris., p. 73, conclusions CHAUVY.

<sup>1925</sup> ROUBIER P. L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, p. 9.

1952<sup>1926</sup>. Un décret de 1947 instituait les Cours criminelles en Afrique équatoriale française. La procédure différait sensiblement de celle des Cours d'assises métropolitaines puisque le texte excluait tout droit de récusation des jurés à l'accusé. La question s'est posée de savoir si cette exclusion emportait aussi l'impossibilité pour l'accusé ou son défenseur d'assister au tirage au sort. La Cour de cassation a répondu clairement à cette question en affirmant qu'« à défaut de texte spécial sur ce point, les principes généraux qui concernent et régissent en matière criminelle l'exercice du droit de la défense (ou de la partie civile ou de son représentant) suffisent à établir que la présence de l'accusé et de son défenseur est une condition absolue de la validité de cette opération ». Le texte de 1947 introduisait des restrictions aux *droits de la défense*. L'esprit même de cette disposition était contraire à celui du principe. La Cour de cassation a résolu l'antinomie en redonnant à la procédure du tirage au sort des jurés une direction plus conforme à celle indiquée par les *droits de la défense*. Elle établit non seulement la possibilité pour les parties privées d'assister à cette phase du procès, mais elle fait encore de cette possibilité, « une condition de validité de l'opération ». L'interprétation du juge réoriente le texte dans le sens indiqué par le principe des *droits de la défense*.

Un auteur confie ainsi au juge le devoir de « pallier l'opposition entre le droit et l'équité et d'en organiser la complémentarité »<sup>1927</sup>. La règle jurisprudentielle est souple et peut compenser la rigidité des textes. A cet égard, les principes directeurs sont des outils très utiles pour le juge. Leur caractère est la flexibilité ; leur force, l'adaptation aux finalités de la procédure ; leur effet, l'orientation du droit technique par le biais de l'interprétation. Les principes fournissent au juge les moyens de suppléer à toute défaillance des textes. Cette défaillance apparaît encore lorsque le droit écrit est lacunaire. Il faut alors le compléter.

#### b) Assurer la complétude du droit processuel

**375. La complétude potentielle de l'ordre juridique.** L'idée selon laquelle l'ordre juridique est complet ou au contraire lacunaire n'appelle aucune confirmation ou infirmation<sup>1928</sup>. Tout dépend en réalité de la question que l'on pose. Un auteur affirme justement que les systèmes juridiques « reposent sur le postulat de leur complétude potentielle »<sup>1929</sup>. Effectivement, la complétude ne signifie pas que les règles existantes peuvent répondre à toutes les situations juridiques, mais plutôt que le système juridique, notamment grâce à l'autorité juridictionnelle, est capable de fournir une solution juridique à chaque litige qui se présente. La complétude repose donc sur la capacité du système à utiliser les règles existantes, à les interpréter, ou à en créer de nouvelles. En définitive, cette problématique ne se dissocie pas entièrement de celles qui viennent d'être évoquées<sup>1930</sup>.

Admettre que le droit puisse être lacunaire nécessite qu'à un moment donné, on ne trouve pas dans le droit écrit ou jurisprudentiel, la réponse à une question juridique soulevée dans un procès. Dans un arrêt de 1993, se posait une question de droit qui ne trouvait de

<sup>1926</sup> Cass. crim. 21 février et 5 août 1952, *Recueil Penant*, 1953, n°1, note SOTO et LEAUTE, cité par LEAUTE J. Les principes généraux relatifs aux droits de la défense, *RSC* 1953, p. 47.

<sup>1927</sup> CINTURA P. L'usage de la conception de l'équité par le juge administratif, *RIDC* 1972, p. 657.

<sup>1928</sup> Pour une revue des explications théoriques de la complétude du droit, GUASTINI R. Théorie et ontologie du droit chez Dworkin, *Droit et société* 1986, n°2, p.15, spécialement p. 18.

<sup>1929</sup> MODERNE F. Légitimité des principes généraux et théorie du droit, *RFDA* 1999, p. 722.

<sup>1930</sup> Cette question met en jeu tout à la fois des problèmes d'interprétation du droit existant ou encore de l'orientation du droit à construire. Elle est pourtant singulière, car elle pose la question de l'existence de vides juridiques dans le droit.

réponse dans aucun texte. Cette année là, le contentieux de la détention provisoire avait été durant une courte période confié à un autre magistrat que le juge d'instruction<sup>1931</sup>. L'appel contre les ordonnances de ce juge de la détention provisoire était ouvert aux parties privées par l'article 186 (ancien) du Code de procédure pénale. En revanche, aucune disposition ne prévoyait de recours au profit du Procureur de la République. Celui-ci ne pouvait que se prévaloir de l'article 185 du même Code lui permettant de former un appel contre les ordonnances du juge d'instruction. Cet exemple illustre parfaitement la question des lacunes du droit processuel. En effet, la règle qui oblige ou interdit, permet par le jeu de l'interprétation *a contrario*<sup>1932</sup> de résoudre les cas qui n'entrent pas dans son champ d'application. A l'inverse, la règle qui habilite ou crée un droit échappe à ce mode d'interprétation littérale. Tel est le cas de l'ancien article 186 qui ouvrait le droit au recours pour certaines parties à la procédure mais restait silencieux sur celui du ministère public. Le jeu de l'interprétation va permettre au juge de suppléer à la défaillance du législateur. Utilisant l'article 185 et se référant aux principes généraux du droit, la Cour de cassation a permis au Procureur de la République d'exercer son droit d'appel en matière de détention provisoire<sup>1933</sup>. La lacune était comblée. Cet arrêt montre que les principes directeurs jouent un rôle essentiel lorsqu'il s'agit de résoudre une question de droit dans le silence des textes. Cette action est très largement reconnue par la doctrine.

**376. Le rôle des principes directeurs dans la complétude du droit processuel.** Qu'ils admettent ou rejettent l'idée de la complétude du droit, les auteurs soulignent tous le rôle joué par les principes pour résoudre le problème des vides juridiques. René DAVID par exemple estimait que le droit comporte des lacunes susceptibles d'être complétées de différentes manières<sup>1934</sup>. Le juge trouve dans les Codes des règles particulières. Par ailleurs, il peut « tirer sa décision des principes généraux de l'ordre juridique »<sup>1935</sup>. George RIPERT défendait aussi cette thèse, en se référant à Jean BOULANGER<sup>1936</sup> : « les principes juridiques sont invoqués par les tribunaux lorsque ne découvrant pas de loi applicable ils ont besoin de justifier une solution pour qu'elle ne paraisse pas arbitraire »<sup>1937</sup>.

DWORKIN semble se fonder au contraire sur le postulat de la complétude du droit mais son raisonnement est pratiquement le même. Le droit est complet car le juge suppose qu'il est « structuré par un ensemble de principes cohérents concernant la justice, l'équité et la procédure »<sup>1938</sup>. L'ambiguïté du raisonnement de ce théoricien réside dans l'assimilation qu'il opère entre les « principes » et les « politiques »<sup>1939</sup>. Une confusion existe dans cette présentation car si les « principes » au sens strict peuvent être identifiés comme des principes généraux du droit, les « politiques » se rangent dans la catégorie des finalités sociales ou des origines matérielles du droit. En conséquence, l'ordre juridique est complet par ce qu'il comporte en son sein des normes juridiques en nombre fini mais aussi des finalités sociales

---

<sup>1931</sup> Ce système a été rétabli par la loi du 15 juin 2000.

<sup>1932</sup> Sur les méthodes d'interprétation, Cf. de façon générale, BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°228 et suiv., p. 243 et suiv.

<sup>1933</sup> Cass. crim. 6 juillet 1993, *Dalloz 1993*, juris., p. 429., note KEHRIG S.

<sup>1934</sup> DAVID R. La doctrine, la raison, l'équité, *RRJ 1986*, n°24, p. 159.

<sup>1935</sup> *Ibid*, pp. 164 et 181.

<sup>1936</sup> RIPERT G. *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 1955, p. 326.

<sup>1937</sup> « L'appel aux principes ne joue alors qu'à titre supplétif » poursuit RIPERT.

<sup>1938</sup> DWORKIN R. La chaîne du droit, *op. cit.* p. 57.

<sup>1939</sup> Sur cette assimilation, MODERNE F. Légitimité des principes généraux et théorie du droit, *op. cit.*, p. 725.

capables de produire des normes juridiques nouvelles à l'infini. C'est bien de « *complétude potentielle* » dont il faut parler en ce sens que le système juridique est à même de produire autant de règles juridiques que l'ordre social présente de situations conflictuelles.

Les principes sont utilisés par le juge qui doit compléter le droit existant, comme des normes générales susceptibles d'engendrer des normes techniques nouvelles. L'analogie ou l'induction amplifiante sont les moyens juridictionnels les plus courants dans le recours aux principes.

**377. Généralité des principes et détermination de règles nouvelles.** Le processus de l'induction amplifiante consiste dans le fait de partir de règles de droit connues, de remonter au principe qui les a inspirées, puis de redescendre vers un espace de vide juridique pour le combler<sup>1940</sup>. L'induction amplifiante peut parfois se traduire plus simplement par une analogie<sup>1941</sup>. Le juge procède par comparaison de situations et applique une règle à une situation similaire qui n'entre pas expressément dans son champ d'application. L'analogie peut tenir simplement d'un travail d'interprétation mais elle peut encore résulter d'un phénomène d'induction-déduction tel qu'il vient d'être décrit. En droit processuel, tous ces mécanismes sont utilisés par le juge souvent de façon sous-jacente, de sorte qu'il est difficile de les distinguer. L'emploi des principes poursuit toujours le même but : combler un vide juridique.

Dès le 19<sup>ème</sup> siècle, la Cour de cassation a utilisé les principes directeurs en l'absence de texte. Le cas typique est celui des nullités de l'instruction pénale. Le Code d'instruction criminelle était muet sur la question. Il n'avait envisagé des cas de nullité que pour l'audience et le jugement. La règle qui dominait alors était celle de l'adage *pas de nullité sans texte*. Pourtant, l'article 408 al 2 du Code d'instruction criminelle, prévoyait dans des conditions restrictives l'annulation d'actes en dehors d'un texte<sup>1942</sup>. C'est en prenant appui sur cet article que la Cour de cassation a pu développer une théorie des nullités substantielles. En 1835, elle annulait une instruction préparatoire conduite sans qu'il n'ait été procédé à l'audition de la personne poursuivie<sup>1943</sup>. Par la suite, les lois de 1897, 1933 et 1935 sont venues ajouter des cas de nullité textuelle lors de l'instruction, mais la jurisprudence a continué à accroître sa liste de nullités virtuelles. Le principe fondateur de ce système était évidemment celui des

---

<sup>1940</sup> Cf. sur ce processus Jean BOULANGER qui se réfère aux considérations de François GENY. Il explique que le juge « *s'empare d'un texte ou d'une série de textes ; (...) en extrait un principe. Puis le principe une fois découvert, (le juge) redescend vers des applications plus concrètes* ». GENY F. *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1919, t 1, n°20 et suiv. De son côté, le Professeur MODERNE expose un processus similaire qui consiste à dégager un nouveau principe général pour généraliser l'application d'une règle à des hypothèses non prévues par les dispositions particulières. Ces thèses postulent l'existence d'un phénomène d'induction qui permet de dégager les principes de normes techniques. MODERNE F. *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 731. Ce phénomène n'existe pas avec certitude. On peut en effet postuler que les principes préexistent à leur consécration dans le droit positif. Tout au plus, le juge leur confère-t-il une juridicité. Sur cette question, Cf. *supra* n°204.

<sup>1941</sup> Cf. sur l'analogie, CORNU G. *Le règne discret de l'analogie*, *Mélanges Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 129. Plus généralement Cf., BERGEL J.L. (sous la direction de), *Analogie et méthodologie juridique*, *Les cahiers de méthodologie juridique*, RRJ 1995-4.

<sup>1942</sup> Sur cette question, MERLE R., VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1989, n°476, p. 549.

<sup>1943</sup> Cass. crim. 12 février 1835, *Sirey 1835*, 1, p. 459.



*droits de la défense*. Sa présence dans le système des nullités fut un temps exprimée dans le Code de procédure pénale à l'article 172 al 1<sup>1944</sup>.

Le principe des *droits de la défense* fut aussi à l'origine de l'arrêt d'assemblée plénière du 30 juin 1995 relatif au droit à l'assistance d'un avocat dans une procédure de rabat d'arrêt<sup>1945</sup>. L'avocat général constatait dans ses conclusions qu'aucun texte ne prévoit ni l'organisation de la procédure du rabat d'arrêt ni les règles de la commission d'office devant la Cour de cassation. Le Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat avait refusé de commettre un avocat d'office dans une procédure de rabat d'arrêt au motif que la prétention du demandeur (le rabat d'arrêt) n'était pas prévue par un texte et que l'irrégularité invoquée n'existait pas. L'assemblée plénière a censuré la décision du Conseil de l'ordre sur le simple visa de la violation des *droits de la défense*. Le principe fut déclaré applicable en l'absence de texte et a contraint l'ordre des avocats à commettre un défenseur à toute personne qui dispose de ce droit.

L'intervention d'un principe en l'absence de texte est une technique récurrente dans la jurisprudence de la juridiction de cassation. Dans un arrêt de 1951, elle utilise l'induction amplifiante en matière de recours en cassation. Elle affirme qu'« *il résulte de la combinaison des articles 408, 413 et 416 du Code d'instruction criminelle que la voie du pourvoi en cassation est ouverte contre toutes les décisions sur le fond définitives et en dernier ressort émanant d'une juridiction française* »<sup>1946</sup>. En visant trois dispositions du Code, la Cour de cassation induit le principe du *droit au recours* en matière de pourvoi en cassation et étend son application en l'espèce à une décision rendue par le Tribunal supérieur du haut commissariat français en Allemagne.

**378. Lacunes artificielles et principes directeurs.** La Cour de cassation utilise artificiellement la présence de lacunes dans le droit écrit. Elle peut ainsi constater qu'il n'existe pas de texte contraire à l'application d'un principe en déformant la réalité du droit. Sous prétexte de combler un vide juridique, la haute juridiction résout en fait une hypothèse d'antinomie en évinçant une règle technique contraire à un principe. Le cas du recours nullité est un exemple de ce type de raisonnement<sup>1947</sup>. Dans un arrêt du 12 mai 1992<sup>1948</sup>, la chambre commerciale était confrontée à l'article 175 de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives. Cette disposition interdit le recours en cassation contre les jugements arrêtant ou rejetant un plan de cession de l'entreprise. La Cour a pourtant considéré qu'« *aucune disposition régissant les procédures collectives n'interdit de faire constater selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir* ». Le stratagème utilisé par la juridiction suprême ne trompe pas. Elle vise d'abord un article excluant le recours en cassation et considère ensuite qu'il n'existe pas de disposition qui interdise le recours en nullité. La méthode utilisée pour faire prévaloir le principe du *droit au recours* est habile. Elle consiste à restreindre la portée du texte existant puis à utiliser le vide ainsi créé pour laisser le principe s'immiscer. Au final, le principe a comblé une lacune fabriquée artificiellement par le juge. Il s'agit ni plus ni moins que d'une éviction.

---

<sup>1944</sup> L'article 172 al 1, abrogé par la loi n°93-1013 du 24 août 1993, prévoyait des nullités « *notamment en cas de violation des droits de la défense* ». Cf. notamment MERLE R., VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale, op. cit.*, n°477, p. 550.

<sup>1945</sup> Cass. ass. plén. 30 juin 1995, *Dalloz 1995*, juris., p. 513, conclusions JEOL M.

<sup>1946</sup> Cass. crim. 13 mars 1951, *Bull. crim.*, n°84.

<sup>1947</sup> Sur l'utilisation de ce recours dans l'action des principes sur les normes supérieures, Cf. *supra*, n°347 et suiv.

<sup>1948</sup> Cass. com. 12 mai 1992, *Dalloz 1992*, juris., p. 345, note BOLARD G.

**379. Principes directeurs et droit nouveau.** En dernier lieu, les principes s'imposent aux procédures nouvelles pour lesquelles les vides juridiques sont en général assez importants. C'est le cas de la procédure devant certaines autorités administratives indépendantes à propos desquelles la Cour de cassation a développé une jurisprudence abondante notamment fondée sur les principes de la CESDH. Concernant la Commission des opérations de bourse, elle a assimilé les sanctions administratives prononcées par cette autorité à des sanctions pénales et a ainsi pu faire utilisation de l'article 6 de la Convention<sup>1949</sup>. La Cour de cassation a notamment reconnu au dirigeant d'une société le droit à la *présomption d'innocence*. Son respect devait s'imposer notamment au président de la COB qui avait fait état de faits infractionnels avant l'issue de la procédure devant cette autorité<sup>1950</sup>. Dans le même arrêt, la Cour de cassation a soumis la COB à l'exigence du tribunal *impartial* au sens de la CESDH. De même la chambre commerciale, en se référant à l'article 6§1 et §2, a déclaré applicables devant la COB les principes d'*impartialité* et de la *présomption d'innocence*<sup>1951</sup>. L'assemblée plénière a poursuivi dans cette voie en soumettant l'autorité administrative au principe de *séparation des fonctions* et la contraignant à modifier son règlement<sup>1952</sup>. La Cour d'appel de Paris utilise aussi les principes de la Convention européenne dans le contentieux boursier dont l'appel relève de sa compétence. Elle a pu décider que la COB devait se prononcer de façon *impartiale*, selon une procédure garantissant l'*égalité des armes*, et respectant la *présomption d'innocence*<sup>1953</sup>. Récemment, la Cour d'appel de Paris a repris la jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en appliquant *in concreto* le principe de la *séparation des fonctions* à une procédure de sanction. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a constaté que le même collège de la COB avait « *successivement (...) décidé la mise en accusation de la société X sur des faits qu'il a constatés, formulé les griefs visant la personne poursuivie, statué sur sa culpabilité et sanctionné cette dernière* »<sup>1954</sup>. Cet arrêt a contraint l'autorité à modifier une nouvelle fois son règlement en vue de se mettre en conformité avec le principe de *séparation des fonctions*. De son côté, le Conseil constitutionnel soumet la Commission, « *en dépit du silence des textes qui la régissent* »<sup>1955</sup> à une obligation d'*impartialité* et au respect des *droits de la défense*<sup>1956</sup>. En revanche, l'*autorité de la chose jugée* reçoit une application partiellement dérogatoire devant la Commission. Conformément à la réserve formulée par la France à l'article 4 du protocole n°7 additionnel à la CESDH, le droit interne connaît le cumul des sanctions judiciaires et administratives<sup>1957</sup>. La Cour de cassation a pu décider que la règle *non*

<sup>1949</sup> Cass. com. 9 avril 1996, *Juris.-Data*, n°001496.

<sup>1950</sup> Cass. com. 18 juin 1996, *Bull. civ.*, n°179.

<sup>1951</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> décembre 1998, *JCP 1999*, II, 10057, GARAUD E.

<sup>1952</sup> Cass. ass. plén. 5 février 1999, *JCP 1999*, II, 10060, note MATSOPOULOU H. ; MAGNIER V., La notion de justice impartiale à la suite de l'arrêt Oury, *JCP 2000*, I, 252.

<sup>1953</sup> CA Paris 7 mai 1997, *Dalloz 1998*, som. com., p. 77, observations REINHARD Y.

<sup>1954</sup> CA Paris 7 mars 2000, 1<sup>ère</sup> chambre, section H, R.G. n°1999/15862. ; *Droit pénal 2000*, n°6, p. 13, observations ROBERT J. Sur cet arrêt, DUFOUR O. Article 6 de la CEDH : la COB revoit sa procédure de sanction, *Petites affiches 31 mars 2000*, p. 3.

<sup>1955</sup> DOUVRELEUR J. et O. Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes, *Mélanges Robert*, Monchrestien, Paris, 1998, p. 323.

<sup>1956</sup> CC 28 juillet 1989 89-260 DC, *Rec. p.* 71 ; *RFDA 1989*, n°4, p. 671, observations GENEVOIS B.

<sup>1957</sup> Cette réserve stipule que « *seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent protocole* ».

*bis in idem* « n'interdit pas l'exercice de poursuites devant le juge répressif parallèlement à une procédure conduite devant la COB aux fins de sanctions administratives »<sup>1958</sup>.

En ce qui concerne le Conseil de la concurrence, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de se prononcer sur la validité de l'utilisation de faits prescrits comme éléments dans une procédure. Les juges ont constaté qu'une telle attitude était conforme au respect des *droits de la défense*<sup>1959</sup>. D'un autre côté, se référant à la jurisprudence de la CEDH, la Cour d'appel a admis que la procédure juridictionnelle devant les organes administratifs<sup>1960</sup> pouvait, en raison des impératifs d'efficacité et de souplesse, ne pas respecter intégralement les prescriptions de l'article 6 de la CESDH. Ces dérogations ne sont valables que dans la mesure où les décisions de ces organes sont contrôlées par une juridiction d'appel répondant aux obligations de l'article 6 (*double degré de juridiction*).

Le Conseil d'Etat s'est prononcé plus généralement sur l'applicabilité de l'article 6§1 de la CESDH aux autorités administratives indépendantes<sup>1961</sup>. Sa réponse a été mitigée. Dans un premier temps, le Conseil a décidé que l'article 6§1 ne s'appliquait pas aux autorités administratives prononçant des sanctions mais il y a dégagé un principe d'*impartialité* issu du droit interne qui s'impose à ces organes. Dans un second temps, Le Conseil s'est fondé directement sur l'article 6§1 de la CESDH pour soumettre la Commission bancaire au principe d'*impartialité*<sup>1962</sup>. Le Conseil d'Etat a donc fini par suivre la Cour de cassation dans l'utilisation des principes de la CESDH pour définir un cadre procédural applicable aux autorités administratives indépendantes.

La procédure devant les autorités administratives indépendantes se construit donc au fil de la jurisprudence en conformité avec certains principes directeurs du procès qui comblent les lacunes des textes spéciaux<sup>1963</sup>. Si des exceptions sont autorisées en raison du particularisme procédural, c'est à condition qu'existe un double examen au fond de l'affaire devant une juridiction de l'ordre judiciaire soumise aux principes. L'action fondatrice des principes directeurs est donc essentielle au développement de nouveaux contentieux. Elle permet, malgré la concision des textes qui les régissent, de créer un cadre procédural plus complet. Le droit écrit peut par la suite rattraper les avancées jurisprudentielles. Concernant la Commission des opérations de bourse, une charte des *droits de la défense* a été adoptée en 1997<sup>1964</sup>. Elle intègre quatre principes directeurs dans la procédure de cette autorité : le respect des *libertés individuelles*, celui des *droits de la défense*, de la *motivation* des sanctions, et enfin du *droit au recours devant l'autorité judiciaire*. L'action des principes directeurs dans le contentieux des autorités administratives indépendantes permet de créer des liens entre ces procédures spéciales et le droit commun processuel. En utilisant des principes communs, on rapproche progressivement les différents types de procédures. Les défenseurs d'un droit processuel unifié mettent en avant l'intérêt d'une telle discipline qui permettrait d'embrasser les contentieux spéciaux et de résoudre les problèmes posés par cette

<sup>1958</sup> Cass. crim. 1<sup>er</sup> mars 2000, *Droit pénal 2000*, n°6, p. 16, observations ROBERT J.H.

<sup>1959</sup> CA Paris 29 avril 1993, *Juris.-Data*, n°022212.

<sup>1960</sup> En l'espèce, le Conseil de la concurrence.

<sup>1961</sup> C.E. 3 décembre 1999 *Didier*, *JCP 2000*, II, 10267, note SUDRE F. Cf. aussi, BONICHOT J.C. L'application de l'article 6§1 de la CEDH aux autorités de régulation : la position du Conseil d'Etat, *Petites affiches 11 mai 2000*, p. 3.

<sup>1962</sup> C.E. 20 octobre 2000, *Société Habib Bank limited*, *JCP 2001*, II, 10459, conclusions LAMY F.

<sup>1963</sup> Sur la soumission des autorités administratives indépendantes aux principes directeurs, Cf. SALOMON R. Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière, conformité aux garanties fondamentales, *JCP 2000*, I, 264.

<sup>1964</sup> *Bull. COB* ;°315, juillet – août 1997, p. 5.

spécialisation<sup>1965</sup>. Au cœur de ce droit, réside assurément les principes directeurs. On peut constater l'importance de leur action fondatrice pour orienter, organiser, interpréter, résoudre les conflits ou combler les lacunes du droit construit et à construire. En droit processuel privé, l'action des principes a pour effet de faire tomber les barrières entre procédures civile et pénale. C'est en cela que réside leur action unificatrice.

## § 2 : L'action unificatrice des principes directeurs du procès judiciaire

**380.** Si l'on regarde l'ordre juridique dans son entier, on constate que « *les principes généraux débordent les limites des différentes branches du droit* »<sup>1966</sup>. Effectivement, des principes tels que ceux d'*égalité* ou de *dignité* qui s'attachent à la protection de l'individu en général, trouvent des applications dans toutes les disciplines juridiques. Les théoriciens vont plus loin dans leur observation. Ils voient dans le corps des principes un facteur d'unité du système juridique. Pour le Professeur GOYARD-FABRE, ces normes assument une « *fonction unificatrice dans l'univers du droit* »<sup>1967</sup>. Cette fonction est très importante en droit processuel. Les procédures civile et pénale, traditionnellement présentées comme opposées dans l'esprit et dans le contenu, s'organisent en réalité autour de principes communs. Un grand nombre de principes directeurs semblent ainsi agir en vue d'établir l'unité de la justice civile et pénale<sup>1968</sup>. Cette vision doit être nuancée. S'il est vrai que les principes directeurs expriment un certain renouveau du droit commun processuel (A), ils doivent aussi composer avec les particularismes de chaque procédure (B).

### A) Les principes directeurs comme expression d'un droit commun processuel

**381.** La dualité entre droit commun et droit spécial est très présente en droit privé substantiel. Elle repose sur l'idée que le Code civil constitue le fondement de tous les droits particuliers qui se développent dans son sillage. Jean BOULANGER est allé plus loin en recherchant, dans le Code civil les « *principes énoncés ou implicites* » qui constituent plus précisément le droit commun de la législation civile<sup>1969</sup>. En droit processuel, il fut un temps où le Code de procédure civile a servi de droit commun au droit processuel privé. Le juge pénal y trouvait les solutions à certaines questions restées sans réponse dans le Code d'instruction criminelle (a). Aujourd'hui, les mécanismes d'intégration de la procédure dans le droit constitutionnel et européen, montrent que les principes initialement utilisés en procédure civile débordent le cadre de cette matière<sup>1970</sup>. Ces principes fondent le droit commun processuel contemporain (b).

---

<sup>1965</sup> FRISON-ROCHE M.A., BARANES W., ROBERT J.H. Pour le droit processuel, *Dalloz* 1993, chron., p. 9.

<sup>1966</sup> BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°75, p. 92.,

<sup>1967</sup> GOYARD-FABRE S. *Essai de critique phénoménologique du droit*, Librairie Klincksieck, Paris, 1972, p. 284.

<sup>1968</sup> Sur cette unité, Cf. notamment, CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P. *Procédure pénale*, 3<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, Paris, 2000, n°32 et suiv., pp. 19 et suiv.

<sup>1969</sup> BOULANGER J. Principes généraux du droit et droit privé positif, *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, p. 51.

<sup>1970</sup> FRISON-ROCHE M.A., BARANES W., ROBERT J.H. Pour le droit processuel, *op. cit.*, p. 11.

a) La solution traditionnelle : le Code de procédure civile comme droit commun

**382.** Historiquement, les procédures civile et pénale ont d'abord été confondues. La distinction fut établie nettement avec l'avènement de la procédure inquisitoire en matière pénale<sup>1971</sup>. Avec la codification, la séparation devait sembler définitive entre le Code de procédure civile (1806) et celui d'instruction criminelle (1808). Ce ne fut pourtant pas le cas. Des auteurs rappellent que le Code d'instruction criminelle présentait des lacunes<sup>1972</sup>. La chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésita pas à trouver dans le Code de procédure civile des règles susceptibles de les combler<sup>1973</sup>. En 1945, elle affirmait clairement qu'« *il est de principe que le juge correctionnel ne peut recourir au Code de procédure civile qu'autant que ce dernier énonce soit des règles d'un caractère tellement général qu'elles s'étendent à toutes les matières, soit des mesures pratiques qui s'accordent avec les dispositions du Code d'instruction criminelle et en forment le complément naturel* »<sup>1974</sup>.

Certaines règles de procédure civile furent appliquées au procès pénal, notamment par ce qu'elles concernaient les droits de la partie civile qui avaient été négligés dans le Code d'instruction criminelle<sup>1975</sup>. Plus remarquable est le transfert de deux mécanismes visant la responsabilité des magistrats et garantissant leur *impartialité*. Le premier est celui de la « prise à partie ». Il visait à condamner un magistrat qui avait commis des fautes qualifiées<sup>1976</sup> à des dommages et intérêts au bénéfice des justiciables victimes de ces fautes. La prise à partie était visée à l'article 505 du Code de procédure civile. Elle fut étendue aux juges répressifs par la jurisprudence<sup>1977</sup>. Le second est le mécanisme de récusation des magistrats qui n'existait pas dans le Code d'instruction criminelle. Il fut étendu pour les magistrats des juridictions pénales sur la base des articles 378 à 396 de l'ancien Code de procédure civile<sup>1978</sup>.

Avec la Constitution de la cinquième République, les procédures civile et pénale ont subi une séparation formelle. La procédure pénale, la création des juridictions et le statut des magistrats relèvent du domaine de la loi, la procédure civile de celui du règlement autonome. Les emprunts de la première à la dernière sont devenus impossibles. On imagine mal en effet, une procédure d'origine législative, régie par le principe de la *légalité criminelle*, puiser dans le règlement autonome les dispositions dont elle aurait besoin. La Cour de cassation a confirmé cette solution à plusieurs reprises<sup>1979</sup>. Cette juridiction a eu une réaction légitime aux changements formels apportés par la Constitution de 1958. Sur le fond pourtant, les deux

---

<sup>1971</sup> VITU A. Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile, *Mélanges Voirin*, LGDJ, Paris, 1967, p. 812.

<sup>1972</sup> MERLE R., VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale*, t 2, 4<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1989, n°7, p. 21.

<sup>1973</sup> Cass. crim. 11 février 1932, *Gaz. Pal.* 1932, 1, p. 601. L'exception de litispendance prévue à l'article 171 est applicable en matière criminelle.

<sup>1974</sup> Cass. crim. 19 juillet 1945, *Bull. crim.*, n°84 ; *Sirey* 1946, 1, p. 45 ; *RTD civ.* 1946, p. 55, observation RAYNAUD.

<sup>1975</sup> VITU A. Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile, *op. cit.*, p. 822.

<sup>1976</sup> Vol, fraude, concussion, faute lourde professionnelle.

<sup>1977</sup> LALOU H. Le Code de procédure civile et la procédure pénale, *Dalloz* 1951, chron., p. 33.

<sup>1978</sup> Cass. crim. 19 juillet 1873, *Dalloz Périodique* 1874, 1, p. 451.

<sup>1979</sup> Cf. notamment Cass. crim. 5 novembre 1970, *Bull. crim.*, n°292 ; Cass. crim. 29 mars 1979, *Bull. crim.*, n°129.

procédures trouvent une source d'inspiration commune. Cette source réside dans les principes directeurs du procès.

b) La solution contemporaine : le recours aux principes directeurs

**383. Les principes directeurs, socle du droit commun processuel.** L'idée d'un droit commun correspond moins à l'accumulation de règles techniques applicables à plusieurs contentieux qu'à l'élaboration de règles essentielles qui constituent les fondements de ce droit. On s'aperçoit que les fondements de la procédure civile et pénale sont très proches, pour ne pas dire identiques. La recherche de la vérité, de la solution la plus juste, le respect des droits individuels, la libre discussion autour de questions de fait et de droit, sont les attributs de toute procédure démocratique. Les normes qui incarnent ces finalités doivent régner sur ce type de procès.

D'un point de vue formel, on peut considérer que les principes exprimés dans l'article 6§1 de la CESDH forment le noyau dur du droit commun processuel. Cette stipulation précise qu'elle est applicable aux contestations portant sur les « *droits et obligations à caractère civil* » et sur les « *accusations en matière pénale* ». Les premiers principes communs sont donc ceux du *procès équitable*, de l'*indépendance* et l'*impartialité* des juridictions, de la *célérité* de la procédure, de la *publicité de la justice* ou encore de l'*égalité des armes*. On peut y inclure, comme découlant de la notion de *procès équitable*, le *droit au juge*, la *contradiction*, la *motivation des décisions de justice*, ou la *loyauté dans la recherche des preuves* qui ont été déduits de l'article 6§1 par la CEDH<sup>1980</sup>. Toujours dans le cadre du droit de la CESDH, certains principes sont attachés à l'individu et doivent être pris en compte dans les deux procédures. La protection de la *dignité* de l'être humain et le respect de l'*intimité de sa vie privée* sont des principes qui débordent même le cadre du procès.

D'autres principes sont traités en droit interne de façon identique quelle que soit la juridiction judiciaire qui les applique. Les *droits de la défense* sont très proches dans leur contenu du *procès équitable*<sup>1981</sup>. La CESDH semble réserver certains aspects de ces droits à la procédure pénale. Un auteur explique que la protection des *droits de la défense* « *doit être d'autant plus forte que le danger encouru par l'intéressé est grand* »<sup>1982</sup>. Ce principe est donc très puissant lorsqu'une personne est prise à partie par l'institution publique qu'est l'Etat. On pourrait penser qu'il s'applique avant tout en matière pénale. Il s'agit évidemment d'une vision partielle de la notion de défense. Les Professeurs CORNU et FOYER<sup>1983</sup>, puis Henri MOTULSKY<sup>1984</sup> ont conçu les *droits de la défense* comme des prérogatives appartenant à chaque partie. Les parties sont tout à la fois les débitrices et les créancières de ces droits. Les *droits de la défense* bénéficient aux parties privées et publiques, aux défendeurs et aux demandeurs. D'autres principes s'appliquent identiquement dans le droit judiciaire. Le *double degré de juridiction* en est un exemple. Sans être énoncé expressément<sup>1985</sup>, il joue en

<sup>1980</sup> Cf. *supra*, n°107 et suiv.

<sup>1981</sup> *Ibid*

<sup>1982</sup> FRISON-ROCHE M.A. Les droits de la défense en matière pénale, in, *Libertés et droit fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 439.

<sup>1983</sup> CORNU R., FOYER J. *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, Paris, p. 466 et suiv. (1<sup>ère</sup> éd. 1958).

<sup>1984</sup> MOTULSKY H. Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges Roubier*, 1961, t. 2, p. 175 ; *Ecrits*, t1, p. 60.

<sup>1985</sup> L'article préliminaire al 9 du C.pr.pén. prévoit seulement que « *toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction* » sans évoquer la question du double examen au fond.

matière répressive devant les trois juridictions de jugement. En procédure civile, il se développe dans les limites de l'objet du litige ou de certaines dispositions spéciales. L'*autorité de la chose jugée* est aussi présente dans le procès civil en application de l'article 1351 du Code civil et on la trouve encore à l'article 6 du Code de procédure pénale sur l'extinction de l'action publique.

Un doute peut être soulevé avec le principe de l'*autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*. Quelle que soit la portée de ce principe<sup>1986</sup>, il convient de remarquer qu'il n'est pas réversible. La chose jugée au civil ne s'impose pas au juge répressif<sup>1987</sup>. On devrait pouvoir dire que le principe n'est pas commun aux deux procédures. A l'évidence, une telle remarque est infondée. L'*autorité du criminel sur le civil* est le principe qui établit le lien le plus étroit entre les deux juridictions. Son objectif est d'harmoniser les décisions au fond. Il déborde donc, dans son action unificatrice, le cadre strictement procédural.

Cette vue d'ensemble, non exhaustive, des principes directeurs communs aux deux procédures montre qu'il est peu de domaines dans lesquels les particularismes peuvent se manifester. Par ailleurs, on trouve de nombreux traits communs dans l'application de certains principes.

**384. Les similitudes dans la mise en œuvre de certains principes.** Les principes, de par leur flexibilité, jouent comme des standards dans le droit processuel interne. Ils indiquent des directions à suivre, mais laissent à chaque discipline le soin d'en déterminer les modalités d'application. Par exemple, les limites au *double degré de juridiction* ne peuvent être définies par rapport aux mêmes éléments dans les procès civil et pénal. En matière civile, les restrictions vont être posées au regard du montant de la demande. En matière pénale, c'est la gravité de l'infraction qui fixe le droit d'appel. Le respect de chaque procédure au plan technique est inhérent à la notion de principe directeur. Cependant, on peut constater que le droit commun établi au niveau des principes peut aussi descendre jusqu'aux règles qui les mettent en œuvre.

Le non respect du *double degré de juridiction* est analysé par la Cour de cassation comme un moyen d'ordre public en procédure pénale<sup>1988</sup>, mais aussi en matière civile<sup>1989</sup>. Concernant les effets de l'appel, on trouve encore d'importantes similitudes. L'interdiction de la *reformatio in pejus*<sup>1990</sup> indique que la Cour ne peut, sur le seul appel d'une partie, aggraver le sort de celle-ci. Cette règle est mentionnée à l'article 515 du Code de procédure pénale au profit des parties privées. La Cour de cassation a eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'appliquer cette règle dans un procès civil comme la conséquence de l'effet dévolutif de l'appel<sup>1991</sup>. Un autre mécanisme est utilisé par les deux juridictions du second degré : celui de l'évocation. Il permet à la Cour qui a eu à se prononcer sur une question de procédure, de se saisir du fond de l'affaire et de rendre une décision sur cette question. Une différence marque

---

<sup>1986</sup> Cf. *supra*, n°218.

<sup>1987</sup> En ce sens notamment, Cass. crim. 10 août 1878, *Sirey 1879*, 1, 481, note VILLEY E. ; Cass. crim. 11 juillet 1914, *Bull. crim.*, n°331.

<sup>1988</sup> Cass. crim. 13 février 1958, *Bull. crim.*, n°155.

<sup>1989</sup> Cass. civ. 8 mai 1922, *Dalloz 1923*, 1, p. 13 ; Cass. civ. 14 janvier 1942, *Sirey 1942*, 1, p. 43 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 27 décembre 1960, *Dalloz 1961*, p. 469, note CREMIEU L.

<sup>1990</sup> Cf. notamment sur cette question PRADEL J. *Procédure pénale*, 9<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1997, n°660, p. 742.

<sup>1991</sup> Notamment, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 11 janvier 1995, *JCP 1996*, II, 22606, note DU RUSQUEC E. La Cour de cassation se fonde notamment sur l'article 562 nouv.C.pr.civ. selon lequel « l'appel ne défère à la Cour que la connaissance des chefs du jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent ».

tout de même les deux institutions : l'article 568 du nouveau Code de procédure civile prévoit que cette évocation est facultative pour le juge qui doit y avoir recours « *s'il estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive* », alors que l'article 520 du Code de procédure pénale rend l'évocation obligatoire si la Cour a annulé le jugement.

Les considérations qui précèdent montrent que s'établit entre principes directeurs et règles techniques une relation de droit commun à droit spécial débordant le cadre des disciplines. C'est en cela que réside l'action unificatrice des principes directeurs. L'esprit qui conduit les principes est très comparable dans les procès civil et pénal. Chaque procédure retrouve, avec ses propres règles techniques, un espace de liberté pour mettre en œuvre les principes communs. Cette unité n'est pas absolue et certains auteurs soulignent la divergence de l'esprit et de l'objet des procès judiciaires. Les particularismes procéduraux se retrouveraient en ce qui concerne les principes.

### B) Les principes directeurs et les particularismes procéduraux

**385.** La conception traditionnelle de la justice judiciaire consiste dans la mise en avant des singularités propres à chaque procédure. Le procès civil ne règle que des questions d'ordre privé, des intérêts particuliers. Dans le procès pénal en revanche, sont en jeu non seulement des questions telles que l'ordre, la sécurité de la société, mais aussi relatives à la liberté, l'honneur, le patrimoine de la personne poursuivie<sup>1992</sup>. Le procès pénal oppose l'Etat à un individu. Il traite de problèmes qui relèvent de l'intérêt public. Le procès civil n'oppose que des personnes privées entre elles. Les intérêts sont purement individuels<sup>1993</sup>.

Une telle approche du droit judiciaire a des conséquences sur les principes directeurs. Les règles relatives à la répartition des pouvoirs entre juge et parties, à la charge et aux modes de preuves, ne peuvent être les mêmes. Cette position semble aujourd'hui dépassée. Les divergences ne sont souvent qu'apparentes (a). De plus, l'évolution tend vers la convergence des procédures (b), laissant parfois des singularités résiduelles (c).

#### a) Les divergences apparentes

**386. La présomption d'innocence et la charge de la preuve.** Un auteur range la *présomption d'innocence* parmi les « *caractères spécifiques de la preuve pénale* »<sup>1994</sup>. A première vue, un tel constat s'impose. Les questions de l'innocence ou de la culpabilité sont propres à la matière pénale. La présomption qui en résulte n'existe pas dans le procès civil. Ce raisonnement en apparence satisfaisant ne correspond pas à la réalité du principe.

La *présomption d'innocence* se présente sous un double aspect. Elle est un droit fondamental susceptible d'être opposé en dehors du procès à l'encontre des personnes qui porteraient atteinte à cette présomption avant tout jugement définitif. A ce titre, elle figure dans le Code civil<sup>1995</sup>. Elle est un droit procédural dans la mesure où il s'agit d'une règle purement probatoire. L'article 1349 du Code civil définit les présomptions comme « *les conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». Pour la *présomption d'innocence*, le fait inconnu réside dans l'innocence ou la culpabilité de

<sup>1992</sup> VITU A. Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile, *op. cit.*, p. 814.

<sup>1993</sup> MERLE R., VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale, op. cit.*, n°2, p. 14.

<sup>1994</sup> BOUZAT P. La loyauté dans la recherche des preuves, *Mélanges Huguency*, Sirey, Paris, 1964, p. 155.

<sup>1995</sup> Sur cet aspect du principe, Cf. *supra*, n°278.



l'individu ; le fait connu dans l'absence de condamnation définitive. La *présomption d'innocence* s'intègre parfaitement dans le droit commun du procès. Elle constitue un corollaire des principes visés aux articles 1315 du Code civil et 9 du nouveau Code de procédure civile. Chaque partie doit prouver « *les faits nécessaires au succès de sa prétention* » dit le nouveau Code de procédure civile. La *présomption d'innocence* fait reposer sur les parties poursuivantes la preuve des éléments constitutifs de l'infraction ainsi que leur imputabilité objective à la personne poursuivie. Il s'agit là d'une application pure et simple de la maxime *actori incumbit probatio*. La charge de la preuve repose sur « *celui qui demande la modification de la situation existante* »<sup>1996</sup>. La preuve incombe « *à celui qui va contre la situation normale ou vraisemblable* »<sup>1997</sup>.

La *présomption d'innocence* constitue le point de départ des poursuites. A partir de la commission de l'infraction, il faut en reconstituer les éléments et trouver un ou plusieurs auteurs et complices. Lorsque la culpabilité de la personne poursuivie a été établie, la charge de la preuve est inversée. En application de l'adage *reus in excipiendo fit actor*, si la culpabilité de la personne poursuivie est suffisamment rapportée, il appartient à cette dernière d'invoquer une cause d'irresponsabilité. Le défendeur au procès devient demandeur et la jurisprudence admet dans une large mesure que l'existence des causes qui peuvent justifier un abandon des poursuites doit être démontrée par celui qui s'en prévaut. En matière de légitime défense, la situation est claire. L'article 122-6 nouveau du Code pénal prévoit certains cas dans lesquels la légitime défense est présumée<sup>1998</sup>. A *contrario*, toutes les hypothèses de légitime défense qui n'entrent pas dans le domaine d'application de cette disposition doivent être prouvées par le prévenu ou l'accusé. En matière de causes subjectives d'irresponsabilité, la jurisprudence semble suivre la même voie. La chambre criminelle a décidé que la preuve de l'existence de la contrainte incombait au prévenu<sup>1999</sup>. En ce qui concerne le trouble mental, la solution est moins nette et la Cour de cassation n'a pas pris position avec clarté<sup>2000</sup>. On observe en effet que la question de la sérénité mentale de la personne poursuivie résulte de l'enquête de personnalité et de l'appréciation qui en est faite par les magistrats. La question de la charge de la preuve reste donc secondaire sur ce point. On citera tout de même un arrêt de la Cour d'appel d'Alger faisant obligation au prévenu de prouver la démence qu'il invoquait<sup>2001</sup>.

En définitive, les principes qui gouvernent la charge de la preuve en matière pénale ne diffèrent pas de ceux du procès civil. Cette charge repose en principe sur l'auteur de la prétention, ce dernier pouvant bénéficier de présomptions qui faciliteront sa tâche (présomptions de culpabilité pour les parties poursuivantes, ou de légitime défense pour la personne poursuivie). La *présomption d'innocence* n'est donc pas un principe spécifique au procès pénal dans la mesure où elle ne bouleverse pas la répartition des charges entre les parties. Cette unité se retrouve lorsqu'il s'agit de déterminer les principes relatifs à la production des preuves.

---

<sup>1996</sup> PONSARD A. Rapport français, in *La vérité et le droit, Travaux de l'association Capitant 1987*, t. 38, p. 529.

<sup>1997</sup> *Ibid*, p. 683.

<sup>1998</sup> Article 122-6 : « *Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte : 1° : Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité / 2° : Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillage exécutés avec violence* ».

<sup>1999</sup> Cass. crim. 8 février 1936, *Dalloz 1936*, 1, p. 45, note DONNEDIEU DE VABRES H.

<sup>2000</sup> Sur l'ensemble de ces questions : PRADEL J. *Procédure pénale*, 9<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1997, n°272, p. 316 ; *Traité de droit criminel, procédure pénale, op. cit.*, n°127, p. 159.

<sup>2001</sup> CA Alger 18 décembre 1948, cité par MERLE R. VITU A., *ibid*, n°127, p. 159.

**387. La production des preuves et la dualité procédurale.** Les règles qui gouvernent la production des preuves forment un nouveau prétexte à développer les thèses autonomistes dans la doctrine pénale classique. L'un des traits distinctifs de la preuve pénale vis-à-vis de la preuve civile réside dans le principe de la *liberté de la preuve*<sup>2002</sup>. A partir de cette réalité, une partie de la doctrine pénale considère que « *le droit pénal adopte une réglementation différente de celle du droit civil* »<sup>2003</sup>. Une telle position repose sur l'idée que la preuve pénale ne vise pas uniquement à servir des intérêts privés. Elle ne peut donc être limitée de la même façon que celle réglementée par le droit civil<sup>2004</sup>. La recherche efficace de la vérité serait plus indispensable dans le procès pénal ce qui justifierait la domination de la *liberté de la preuve* en procédure pénale. Cette thèse autonomiste ne résiste pas à l'examen du droit.

Il est indéniable que coexistent en droit processuel privé deux principes relatifs à la constitution des preuves : celui des *preuves légales* et celui de la *liberté de la preuve*. Ce qui n'est pas exact, c'est que ces principes s'appliquent différemment en procédures civile et pénale. En droit civil, si certains estiment que cette matière « *fait une large part au principe de la preuve légale* » ils reconnaissent dans le même temps que la preuve civile « *est soumise à un système mixte qui se rattache pour partie à la théorie de la preuve légale et pour partie à la théorie de la preuve morale* »<sup>2005</sup>. La preuve en matière civile connaît une division fondamentale entre la preuve des actes juridiques et celle des faits juridiques<sup>2006</sup>. En ce qui concerne les actes, « *l'article 1341 constitue la disposition centrale du système de preuve des contrats et, par extension, des actes juridiques* »<sup>2007</sup>. La règle posée par cet article est celle de l'exigence d'un écrit et de l'exclusion de la preuve testimoniale. Pour ce qui est des faits juridiques, ils sont soumis au principe de la *liberté de la preuve*. Cette règle n'est pas mentionnée expressément dans le Code civil, mais on la déduit de l'article 1348. Certains ont vu dans l'institution des preuves légales une volonté de sécuriser les relations juridiques entre les personnes privées. On y voit aussi l'idée d'une certaine défiance à l'égard des juges qui se trouvent, dès lors, liés par les preuves produites devant eux<sup>2008</sup>. Ce système permet surtout aux parties de préconstituer leur preuve et de se prémunir ainsi contre d'éventuelles difficultés pour démontrer l'existence de leur droit. C'est pour cette raison que la preuve des faits ne peut être réglementée de la même façon. Par définition, le fait juridique, de nature événementielle, est plus difficile à prévoir que l'acte, manifestation de volonté. Cette distinction entre les actes et les faits juridiques s'étend au-delà de la procédure civile. La matière pénale, constituée de faits juridiques, est logiquement dominée par le principe de la *liberté de la preuve*. Il n'y a là aucune manifestation du particularisme du droit répressif.

Cette division entre actes et faits étant admise, on doit encore constater que le régime probatoire légal des actes civils connaît de larges assouplissements alors que la *liberté de la preuve* pénale rencontre à son tour des îlots de légalité.

---

<sup>2002</sup> BOUZAT P. La loyauté dans la recherche des preuves, *op. cit.*, p. 156.

<sup>2003</sup> PATARIN J. Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la direction de STEFANI G. Dalloz, Paris, 1956, p. 7.

<sup>2004</sup> *Ibid*, p. 44.

<sup>2005</sup> GHESTIN J., GOUBEAUX G., FABRE-MAGNAN M., *Droit civil, introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 1994, n°629, p. 602.

<sup>2006</sup> Notamment sur la distinction, STARCK B., ROLAND H., BOYER L. *Introduction au droit*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 1996, n°1540, p. 590. Cf. plus généralement, FLOUR J., AUBERT J.L. *Les obligations, l'acte juridique*, t. 1, Armand-Colin, Paris, 1998 ; *Le fait juridique*, t. 2, Armand-Colin, Paris, 1999.

<sup>2007</sup> TERRE F. *Introduction générale au droit*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1998, n°588, p. 556.

<sup>2008</sup> GHESTIN J., GOUBEAUX G., FABRE-MAGNAN M., *Droit civil, introduction générale*, *op. cit.*, n°629, p. 603.

La première dérogation à la *légalité de la preuve* en matière civile est constituée par le domaine des actes de commerce. Régis par l'article 109 du Code de commerce, ces actes sont dominés par le principe de la *liberté de la preuve*. Plus généralement, le Code civil, sans toujours renoncer au légalisme, impose à ce système des assouplissements importants. Si les règles qui gouvernent l'administration de la preuve sont d'ordre public en ce qu'elle touchent au fonctionnement de la justice, les moyens de preuve quant à eux peuvent être librement déterminés par les parties. La Cour de cassation a ainsi pu admettre la licéité des conventions de preuve relatives au paiement par carte<sup>2009</sup>. Le Code civil admet de son côté la preuve par présomption et par témoin lorsqu'un acte « *est attaqué pour cause de fraude ou de dol* »<sup>2010</sup>. L'existence d'un commencement de preuve par écrit ou l'impossibilité de produire un écrit excluent encore l'exigence de la preuve littérale<sup>2011</sup>. De plus, le Code civil admet dans certaines hypothèses la production d'une copie de l'acte écrit ou encore un écrit électronique<sup>2012</sup>. L'admission de ces différents modes de preuves ne représentent pas un mouvement d'ensemble vers une libéralisation de la preuve en matière civile. Il faut distinguer les exceptions prévues en matière commerciale ou pour les conventions sur la preuve, qui se libèrent véritablement du système légaliste, de l'admission de certains modes de preuves prévus dans le Code qui ne reflètent qu'une extension réglementée des moyens de preuve admis par la loi.

En matière pénale, le principe de la *liberté de la preuve* subit des infléchissements tant du point de vue de l'admission des preuves, que de celui de leur appréciation. Pour ce qui est de l'administration de la preuve pénale, la *liberté* est limitée par le respect de certains principes. Les organes publics doivent, au cours de la mise en état, se soumettre aux principes de *dignité*, de *loyauté*, et de *l'intimité de la vie privée*<sup>2013</sup>. Plus généralement, une preuve ne peut être produite en justice s'il en résulte une violation des *droits de la défense*. La restriction de la *liberté* tient encore aux « *cadres légaux d'administration de la preuve* »<sup>2014</sup> qui définissent des procédures dont l'observation s'impose à peine de nullité. Il n'est pas certain, comme l'affirme un auteur, que « *l'existence d'un tel répertoire d'actes d'administrations de la preuve (ait) pour conséquence logique de limiter, pour les agents publics, le champ d'application du principe de la liberté au profit de celui de la légalité* ». En revanche, on doit constater que l'existence de ces « *cadres* » procéduraux sont créateurs de contraintes pour ceux qui ont la charge de produire les preuves. La preuve reste libre, mais il faut, pour la recueillir, opérer selon une réglementation déterminée. Pour ce qui est de l'appréciation des preuves, le principe de *liberté* s'exprime à travers *l'intime conviction du juge*. Ce dernier est libre d'accorder ou non une force probante à la preuve qui lui est présentée. Dans ce domaine, la *légalité* fait son apparition en liant parfois le juge à certains modes de preuve. L'article 537 al 2 du Code de procédure pénale prévoit en matière contraventionnelle que « *les procès-verbaux ou rapports établis par les officiers et agents de police judiciaire (...) font foi jusqu'à preuve du contraire* ». Dans cette hypothèse, *l'intime*

---

<sup>2009</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 8 novembre 1989, *Dalloz* 1990, juris., p. 369, note GAVALDA CH. ; *JCP* 1990, II, 21576, note VIRASSAMY G.

<sup>2010</sup> Article 1353 C.civ.

<sup>2011</sup> Articles 1347 et 1348 C.civ.

<sup>2012</sup> Sur ce dernier point, *supra*, n°365.

<sup>2013</sup> Pour une analyse de la jurisprudence, BUISSON J. La légalité dans l'administration de la preuve pénale, *Procédures* 1998, n°12, p. 3. Cf. aussi, BUISSON J. Les limites de l'intime conviction du juge répressif, *Procédures* 2000, n°5, p. 3.

<sup>2014</sup> *Ibid*, p. 6.

*conviction* s'efface devant la *preuve légale*<sup>2015</sup>. Si les éléments de fait qui ressortent du procès-verbal ne sont pas contredits, le juge doit les tenir pour vrais. En revanche, il ne s'agit que d'une application partielle de la *légalité* dans la mesure où il n'existe pas de hiérarchie des preuves. La chambre criminelle admet que les énonciations d'un procès verbal soient contredites par écrit ou par témoins<sup>2016</sup>. La *légalité* s'installe incontestablement en procédure pénale lorsque la loi prévoit la force probante de certains procès-verbaux jusqu'à inscription de faux. C'est ce qui est prévu notamment à l'article 336 du Code des douanes.

La dualité affirmée par certains entre les principes probatoires en matière pénale et civile est donc largement erronée. Non seulement la division fondamentale déborde le cadre des disciplines ; mais encore, chaque matière connaît des dérogations qui permettent d'établir des liens entre les deux procédures. Ces liens tendent à se resserrer et il faut admettre que du point de vue des principes, les deux contentieux se rapprochent progressivement.

#### b) Les rapprochements progressifs

**388.** « *L'une des plus spectaculaires antinomies entre la procédure pénale et la procédure civile tient dans le rôle qu'y jouent les parties et corrélativement, le juge* » affirmait le Professeur VITU<sup>2017</sup>. En matière civile, le procès est la « *chose des parties* » et en matière pénale, il est la « *chose de l'Etat* ». Cette opposition traditionnelle a des incidences au stade de l'action, mais aussi dans la conduite du procès. Pourtant, on s'aperçoit aujourd'hui que sur ces deux points, on assiste à une civilisation du procès pénal<sup>2018</sup> (1) et à une pénalisation du procès civil (2).

##### 1) Le procès pénal se civilise

**389.** Selon la vision traditionnelle de la matière pénale, le ministère public a en charge l'action publique qui est indisponible<sup>2019</sup>. Le Procureur de la République ne peut transiger sur l'action publique et une fois celle-ci mise en mouvement, il ne peut se désister. A l'opposé, les parties ont la charge de l'initiative dans le procès civil et elles peuvent se désister librement de leur action. Il s'agit là d'une expression du principe *dispositif*. Ainsi présentée, la dualité semble incontournable. Elle est en fait beaucoup plus limitée qu'il n'y paraît.

Dans les mains du Procureur de la République, l'action publique n'est pas réellement indisponible. Celui-ci dispose de l'*opportunité des poursuites*<sup>2020</sup> dont on affirme qu'elle est « *l'un des dogmes les mieux assurés de notre droit positif* »<sup>2021</sup>. Il peut décider de poursuivre ou de classer sans suite. S'il décide de poursuivre, il ne peut revenir sur cette décision

---

<sup>2015</sup> Dans le domaine des contraventions, la *légalité* s'applique aussi à l'administration de la preuve. L'alinéa 1 de l'article 537 C.pr.pén. n'admet comme mode de preuve que les procès-verbaux ou rapports et les témoignages.

<sup>2016</sup> Cass. crim. 25 avril 1977, *Bull. crim.*, n°134.

<sup>2017</sup> VITU A. Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile, *op. cit.*, p. 816.

<sup>2018</sup> L'idée de civilisation a été développée notamment en ce qui concerne l'action de la partie civile. BONFILS PH, *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, préface S. CIMAMONTI, n°465, p. 517-518.

<sup>2019</sup> MERLE R., VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale, op. cit.*, p. 17.

<sup>2020</sup> Article 40 C.pr.pén. : « *Le Procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner* ».

<sup>2021</sup> PRADEL J, *Procédure pénale, op. cit.*, n°369, p. 431.

pendant la durée du procès. En cela, le désistement d'instance est prohibé. En revanche, rien n'empêche le représentant du ministère public à l'audience de requérir l'acquiescement ou la relaxe de la personne poursuivie. Il s'agit ni plus ni moins que d'un renoncement à l'exercice des poursuites. Ce renoncement, il est vrai, ne lie pas la juridiction de jugement. Depuis, la loi du 23 juin 1999, le ministère public peut encore composer sur l'action publique<sup>2022</sup>. Il recherche un règlement à l'amiable qui, sous réserve de l'approbation d'un magistrat du siège, produit un effet extinctif sur l'action publique. L'indisponibilité de cette action est donc sérieusement limitée.

Celle-ci n'est d'ailleurs pas réservée au représentant de l'Etat. L'article premier du Code de procédure pénale permet à la partie civile de mettre en mouvement l'action publique par le biais d'une constitution de partie civile. Ce droit essentiel reconnu à la victime a pour effet de contraindre l'institution publique à engager un procès pénal. Ce procès n'est donc pas uniquement la « chose de l'Etat ». Il met en jeu les intérêts de la victime au-delà de leur aspect purement civil<sup>2023</sup>.

L'action publique ne possède plus les caractères singuliers qu'on lui attribue traditionnellement. De plus, la progression de principes tel que celui de la *conciliation*, conduit à des modifications notables de ces caractères. Elle diffère par son objet de l'action civile, mais les règles procédurales ne tiennent pas fondamentalement compte de cette distinction. En ce sens, elle se rapproche dans son exercice de l'action civile. Ce phénomène est renforcé par le rééquilibrage des droits des parties dans le déroulement du procès.

Avant 1993, les prérogatives accordées au ministère public dans le procès pénal étaient supérieures à celles dont disposaient les parties privées. Les lois du 4 janvier et du 24 août 1993 ont contribué à modifier cette situation. Les parties privées ont vu leur participation à l'instruction s'accroître. Un article 82-1 fut introduit dans le Code de procédure pénale autorisant les parties au cours de l'information à saisir le juge d'une demande visant à ce que ce magistrat accomplisse un acte déterminé<sup>2024</sup>. En cas de rejet de la part du juge d'instruction, un recours est possible devant le président de la chambre de l'instruction qui renvoie ou non la demande devant la formation collégiale de la chambre<sup>2025</sup>. La personne mise en examen et la partie civile ont aussi acquis le droit de soulever des nullités de la mise en état. Ce droit était auparavant réservé au Procureur de la République et au juge d'instruction durant la phase d'information<sup>2026</sup>. La demande est examinée par le président de la chambre de l'instruction qui peut ou non renvoyer l'examen de la nullité devant la chambre pour annulation. Dans la loi du 15 juin 2000, ces droits ont encore été étendus. L'article 82-1 permet désormais à toutes les parties de solliciter du juge qu'il soit procédé à « tous autres actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité ». Leur participation est accrue dans le cadre des expertises, puisque l'article 156 du Code permet que la partie qui a demandé une expertise puisse « préciser dans sa demande les questions qu'(elle) voudrait voir poser à l'expert ». Au cours de l'audience, les parties voient leurs prérogatives développées. Les articles 312, et 442-1 en matière criminelle et correctionnelle permettent à leurs avocats et au Procureur de la République de « poser directement des

---

<sup>2022</sup> Articles 41-2 et suiv. C.pr.pén.

<sup>2023</sup> Sur la distinction de l'action civile et de la constitution de partie civile, BONFILS PH. *L'action civile, essai sur la nature juridique d'un institution*, op. cit., n°230 et suiv., pp. 280 et suiv.

<sup>2024</sup> Une liste d'actes était établie dans l'article 82-1 C.pr.pén. : audition de la personne mise en examen, d'un témoin, confrontation, transport sur les lieux, production d'une pièce détenue par une partie.

<sup>2025</sup> Article 186-1 C.pr.pén.

<sup>2026</sup> Article 170 C.pr.pén.

*questions à l'accusé, à la partie civile, aux témoins et à toutes personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président ».*

Avec les lois de 1993 et du 15 juin 2000, on assiste donc à un double mouvement. D'une part, les droits des parties privées sont rehaussés au niveau de ceux qui appartenaient antérieurement au seul ministère public ; d'autre part, la progression des droits des parties se fait désormais dans le respect de leur égalité. Le parquet ne bénéficie plus d'un statut particulier. D'un point de vue procédural, son action ne diffère pas de celle de la partie civile et de la personne poursuivie. Le procès pénal n'est plus le procès de l'Etat. Il n'est pas non plus un procès purement civil. Il en résulte que les principes qui régissent les différentes actions sont les mêmes et qu'ils rejoignent ceux du procès civil. Le *droit au juge* et la *coopération* se manifestent identiquement par la possibilité de chaque partie de contribuer à la procédure. L'*égalité des armes* est mieux respectée conformément aux exigences européennes. De son côté, le juge d'instruction a dû concéder certaines prérogatives personnelles aux parties. Ces dernières participent dans une certaine mesure à la manifestation de la vérité. Le modèle inquisitoire qui caractérisait la procédure pénale fléchit devant les principes relatifs aux droits et à l'*égalité* des parties dans le procès<sup>2027</sup>. Ces principes ont joué un rôle de rapprochement du procès pénal vers le procès civil. Le mouvement s'est aussi produit dans le sens contraire.

## 2) *Le procès civil se pénalise*

**390.** La tradition du procès civil français confie au juge une fonction d'arbitre des prétentions des parties<sup>2028</sup>. Celles-ci disposent de la maîtrise de la matière litigieuse<sup>2029</sup>. Elles déterminent les éléments du litige. C'est l'expression du principe *dispositif*. D'un autre côté, le principe *accusatoire*<sup>2030</sup> prévoit que les parties prennent l'initiative pour ouvrir la procédure et en maîtrisent le déroulement. On sait que sur ces deux points, l'esprit du procès civil a largement évolué vers une *collaboration*<sup>2031</sup> entre le juge et les parties.

Aujourd'hui, les parties ne disposent pas exclusivement de la maîtrise des faits dans le procès. Elles ne dominent pas non plus le déroulement de l'instance. Les réformes de 1935, 1965 et celles qui ont donné lieu au nouveau Code de procédure civile ont toutes consacré l'accroissement des pouvoirs du juge dans le procès civil<sup>2032</sup>. L'institution du juge de la mise en état des affaires civiles a été assimilée à celle du juge de l'instruction pénale<sup>2033</sup>. Le principe de *coopération* domine aujourd'hui le contentieux judiciaire<sup>2034</sup>.

---

<sup>2027</sup> Sur la confrontation des modèles en procédure pénale, Cf. le colloque qui s'est déroulé à Aix-en-Provence en juin 1997 sur le thème « Accusatoire – inquisitoire, un écroulement des dogmes en procédure pénale ? » *RIDP* 1997.

<sup>2028</sup> CROZE H., MOREL CH. *Procédure civile*, PUF, Paris, 1988, n°9, p. 19.

<sup>2029</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1999, n°546, p. 486.

<sup>2030</sup> Selon la distinction opérée par le Professeur GUINCHARD, *Procédure civile, op. cit.*, n°534, p. 476.

<sup>2031</sup> Selon l'expression du Professeur CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 1998, n°1100, p. 468.

<sup>2032</sup> Sur l'évolution, BELLAMY M. Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès, *JCP* 1973, I, 2522.

<sup>2033</sup> CATARINI M. Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile, *Gaz. Pal.* 1981, 2, chron., p. 405.

<sup>2034</sup> Cf. *contra* l'opinion du Professeur HEBRAUD. Alors même que le principe de coopération a pris toute sa dimension avec la nouvelle codification de la procédure civile, celui-ci estimait que « dans les réformes récemment réalisées, il n'y a pas un renversement fondamental de la conception générale du

Cette évolution vers un renforcement des pouvoirs du juge dans le procès civil a trouvé des explications qui participent de l'idée d'unité des procédures. Un auteur affirme à propos du procès civil que « *la justice est aujourd'hui ressentie comme un service public* »<sup>2035</sup>. La controverse sur la question de savoir si le procès est la chose des parties ou celle du juge est dépassée estime le Professeur CADIET : « *Par essence* », le procès « *est tout à la fois la chose des parties et celle du juge* »<sup>2036</sup>. Si le procès civil est la chose du juge, c'est qu'il est chose publique et donc chose de l'Etat. L'implication d'un magistrat du siège ou du parquet dans une procédure, marque l'intérêt de l'institution étatique aux questions procédurales. Le procès est un lieu d'éclosion des conflits et de l'application du droit. Ces deux aspects sont intimement liés et le rôle des magistrats civils ne peut se résoudre à celui de trancher des conflits d'intérêts individuels. L'implication du juge dans le procès civil marque à ce titre une progression de cette procédure vers des préoccupations traditionnellement attribuées à la justice répressive. Le principe de *coopération* est le principal vecteur de ce rapprochement<sup>2037</sup>.

Les parties sont mises en avant dans le procès pénal, le juge trouve une place de choix dans le procès civil. La convergence des procédures à travers les principes laisse néanmoins place à des singularités résiduelles.

### c) Les singularités résiduelles

**391.** Des particularismes existent entre les contentieux dans la mise en œuvre des principes. Les règles techniques n'ont pas vocation à l'uniformité totale. Par ailleurs, le caractère répressif du procès pénal conduit nécessairement à recourir à des procédures qui n'existent pas en matière civile. Les atteintes à la *liberté d'aller et venir*, par exemple, sont propres à la phase de l'instruction pénale.

Il est un principe qui est exclu du procès civil alors qu'il domine la procédure pénale : celui de la *séparation des fonctions d'instruction et de jugement*. Ce principe interdit aux magistrats du siège qui ont pris part à l'instruction<sup>2038</sup>, de faire partie de la juridiction qui va juger la personne mise en examen puis accusée ou prévenue<sup>2039</sup>. En procédure civile, le phénomène inverse se produit. Le juge de la mise en état, qui a pourtant une opinion forgée sur l'affaire au jour de l'audience, peut se trouver dans la juridiction de jugement. La procédure prévue par les articles 785 à 787 du nouveau Code de procédure civile permet au juge de la mise en état de siéger seul avant de rendre compte aux autres magistrats au cours des délibérés. Il peut encore, si le Tribunal de grande instance statue en formation collégiale, établir un rapport sur l'affaire dans lequel il ne devra pas exprimer son avis.

---

*procès* ». HEBRAUD P. La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1978, p. 379.

<sup>2035</sup> CATARINI M. Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile, *op. cit.*, p. 406.

<sup>2036</sup> CADIET L., *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1100, p. 469.

<sup>2037</sup> Un auteur souligne la nécessité de dépasser la dualité accusatoire – inquisitoire en procédure pénale, et de privilégier la poursuite de certains objectifs : efficacité de la répression, *droits de la défense et égalité devant la loi*. BRUN J.P. La procédure pénale, dépasser le dilemme accusatoire – inquisitoire, *RRJ* 1992, n°49, p. 339.

<sup>2038</sup> Cette interdiction s'applique aussi au juge des libertés et de la détention en vertu de l'article 137-1 al 3 C.pr.pén. dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000 (article 48 de la loi).

<sup>2039</sup> Sur les différents aspects du principe, CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P. *Procédure pénale*, 3<sup>ème</sup> éd., Armand colin, Paris, 2000, n°72 et suiv., pp. 46 et suiv.

La justification de cette intervention du juge de la mise en état dans la juridiction de jugement est pour le moins surprenante. Un auteur affirme ainsi qu'« *il serait paradoxal d'écarter du processus décisionnel celui qui, membre du tribunal et pour le compte de celui-ci a, en instruisant l'affaire, acquis sur elle la vue la plus complète et la plus pénétrante* »<sup>2040</sup>. On s'étonne d'une telle réflexion car elle contredit totalement la conception pénale de l'*impartialité*. Le juge d'instruction ne peut faire partie de la juridiction de jugement en raison de la connaissance qu'il détient du dossier et du préjugé qui en résulte. Il s'agit là d'une atteinte à l'*impartialité*. Alors qu'en matière pénale, le cumul des fonctions est signe de partialité, dans le contentieux civil, il est gage d'expérience et de qualité. Les deux arguments apparaissent aussi légitimes. Ce qui l'est moins, c'est le manque de cohérence du droit processuel vis-à-vis du principe de la *séparation des fonctions*. Si l'une des deux propositions (*impartialité* ou connaissance du dossier) doit primer sur l'autre, il faut en généraliser la mise en œuvre par l'adoption ou le rejet commun d'un principe.

Une autre divergence apparaît entre les contentieux à travers une disposition technique. Elle est pourtant révélatrice de la distinction qui demeure en droit processuel privé. Si une partie détient des éléments de preuve mais ne les produit pas dans le procès civil, il est possible de se référer à l'article 10 du Code civil selon lequel « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité / Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts* ». Cette disposition pourrait être conçue comme corollaire au principe du *contradictoire*. Une telle interprétation doit être rejetée. La généralité des termes de l'article vise non seulement les parties, mais aussi les tiers à la procédure. La jurisprudence décide que le concours visé à l'article 10 doit être apporté au juge et non aux parties<sup>2041</sup>.

La divergence avec la procédure pénale réside dans le fait que les parties au procès civil peuvent être contraintes de produire un élément de preuve en justice ou de révéler un fait dont elles ont la connaissance<sup>2042</sup>. Une telle obligation est inexistante dans le procès pénal. Si le juge peut astreindre les témoins à déposer, cette obligation ne concerne pas la personne poursuivie. Cette dernière possède le droit de garder le silence<sup>2043</sup> ou de retenir les preuves qu'elle détient et qui ne seront pas découvertes par les agents chargés des poursuites et de l'instruction.

Cette différence entre le sort de la personne poursuivie et celui des parties au procès civil évoque l'esprit de chacune de ces procédures. Le procès pénal, bien qu'il sollicite de façon croissante toutes les parties, demeure un procès conflictuel. D'un côté, il semble que la personne poursuivie bénéficie d'une certaine protection. Celle-ci est notamment dispensée de l'obligation de contribuer à la manifestation de la vérité. D'un autre côté, l'institution judiciaire doit se montrer irréprochable. Les magistrats chargés de conduire les différentes phases de la procédure doivent être constamment renouvelés. Telle est l'objectif poursuivi par la *séparation des fonctions*.

---

<sup>2040</sup> NORMAND J. Le droit à un tribunal impartial devant les juridictions de l'ordre judiciaire (art 6§1 Conv. EDH) et la composition des juridictions, *RTD civ.* 1993, p. 874. Cité par CROCQ P. Le droit à un tribunal impartial, in, *Libertés et droit fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 397.

<sup>2041</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 25 octobre 1994, *Bull. civ.*, n°306.

<sup>2042</sup> Cette obligation est mentionnée dans le nouveau Code de procédure civile à l'article 11 al 2.

<sup>2043</sup> L'article 166 C.pr.pén. dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000 prévoit que le juge d'instruction informe la personne poursuivie lors de l'interrogatoire de première comparution « *qu'elle a le choix soit de se taire, soit de faire des déclarations, soit d'être interrogée* »



La philosophie du procès civil diverge légèrement de celle du procès pénal. Les parties ne sont pas protégées mais doivent au contraire coopérer ensemble à la manifestation de la vérité. De même, on attend du juge qu'il connaisse parfaitement le dossier, si nécessaire en faisant siéger un magistrat instructeur dans la juridiction de jugement.

Ces différences ne doivent par faire perdre de vue que les procès civil et pénal poursuivent des objectifs quasiment identiques. Ils suivent des procédures qui, dans leurs traits essentiels, sont étroitement liées. Si le procès pénal apparaît parfois plus conflictuel et le procès civil plus contractuel, c'est incontestablement en raison de la fonction répressive du premier<sup>2044</sup>. Il ne s'agit pas d'une frontière très nette, mais qui souligne tout de même que l'action des principes n'aboutit pas à unir parfaitement les deux aspects d'un même droit processuel.

L'action des principes directeurs dans le système normatif processuel révèle le particularisme de ces principes. De par leurs origines téléologiques et leur autorité normative, ceux-ci organisent le système processuel dans son entier. Ils jouent un rôle considérable dans le développement du droit écrit. Le juge les utilise dans son œuvre d'interprétation mais encore lorsqu'il s'agit de corriger les imperfections des règles textuelles. Toutefois ce particularisme doit être nuancé au regard de l'action des principes directeurs sur le déroulement du procès judiciaire.

---

<sup>2044</sup> Cette fonction n'est pas unique. Un auteur souligne les aspects consensuels du procès pénal. PIN X. *Le consentement en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 1999, spécialement, n°485 et suiv., pp. 350 et suiv. et n°731 et suiv., pp. 508 et suiv. Celui-ci écrit : « la justice consensuelle est une réalité en matière pénale qui ne se confond pas avec la justice contractuelle ou négociée, dont on parle parfois. Il s'agit d'une justice qui repose non pas sur le contrat et la négociation mais sur deux formes de consentements appartenant à la catégorie des actes juridiques unilatéraux et procédant de l'adhésion ». *ibid*, p. 587.

## Titre 2 : L'action des principes directeurs sur le déroulement du procès judiciaire

**392.** Les principes directeurs sont des normes procédurales. Leur action est essentielle dans le système processuel ; elle l'est aussi sur le cours de la procédure. Au même titre que les autres règles de procédure, les principes directeurs réglementent le déroulement du procès judiciaire. C'est dans cette action qu'ils se distinguent des autres principes juridiques. Les principes directeurs dessinent les grandes lignes de la procédure. Les obligations, interdictions et habilitations qu'ils définissent sont assorties de sanctions. En tant que principes de procédure, ils agissent sur les différents éléments<sup>2045</sup> qui composent le procès. En tant que normes essentielles de la procédure, leurs prescriptions doivent être particulièrement respectées et le cas échéant sanctionnées.

Malgré leur particularisme, les principes directeurs ne connaissent pas de sanction procédurale qui leur soit propre. Il faut donc rechercher, à travers la très grande diversité des sanctions, la manifestation des principes. Leur action s'inscrit dans l'esprit procédural en ce qu'elle impose un formalisme et des contraintes relativement aux actes effectués au cours du procès (chapitre 1). Les principes s'intéressent aussi à ceux qui conduisent le procès. Les différents acteurs de la procédure bénéficient de l'action des principes ou en subissent les effets (chapitre 2).

### **Chapitre 1 : L'action des principes directeurs du procès judiciaire sur les actes de la procédure**

**393.** L'acte juridique se définit comme une manifestation de volonté en vue de produire un effet de droit<sup>2046</sup>. Pour le Professeur CORNU, l'acte procédural s'inscrit dans cette définition<sup>2047</sup>. L'acte de procédure porte soit sur le déroulement du procès, soit sur la matière du litige. Si cet acte a pu être décrit comme exclusivement formel, on doit considérer qu'il est « *subordonné pour sa validité même, à des conditions de forme et de fond* »<sup>2048</sup>. L'irrespect d'une condition de validité peut entraîner des sanctions qui vont affecter l'acte en lui-même, mais qui s'attachent parfois aussi à l'action<sup>2049</sup>. Les principes directeurs prévoient ou sont à l'origine de la détermination de nombreuses conditions de validité des actes procéduraux. Ils développent des actions multiples dans le droit de la sanction procédurale.

---

<sup>2045</sup> Le terme « élément » désigne ici les actes et pièces de la procédure, mais aussi les acteurs quel que soit leur rôle dans le déroulement du procès.

<sup>2046</sup> Par opposition au fait juridique qui est un événement susceptible d'entraîner des effets juridiques mais qui n'a pas été recherché. BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n° 190, p. 203.

<sup>2047</sup> CORNU. G. L'élaboration du Code de procédure civile, in *La codification*, Dalloz, Paris, 1996, p. 71. Sur la notion d'acte de procédure, COUTANT F. *Essai d'une théorie générale des nullités en procédure civile, pénale et administrative*, thèse, Aix-en-Provence, 1996, p. 19.

<sup>2048</sup> *Ibid*, p. 72.

<sup>2049</sup> Les vices qui entraînent une sanction quant à l'action procédurale seront étudiés dans le cadre des relations entre les principes et les acteurs du procès. En effet, l'acte de procédure est un moyen qui sert l'action. Cette dernière, tout en étant un droit procédural (expression du *droit au juge*), est intimement attachée au fond du litige et à la prétention de l'acteur.

Ils servent de fondement à cette sanction (section 1) ; ils peuvent s'imposer comme des conditions de mise en œuvre de la sanction (section 2) ; ils sont enfin à l'origine des recours qui permettent de sanctionner les actes irréguliers (section 3).

### *Section 1 : Les principes directeurs du procès judiciaire, fondements de la sanction procédurale*

**394.** Les principes directeurs définissent des contraintes relatives aux actes procéduraux et de sanctionner les vices qui pourraient résulter du non respect de ces contraintes. Cette sanction passe avant tout par l'existence d'une relation entre les principes directeurs et les actes procéduraux. (§ 1). Lorsque l'acte contredit la prescription édictée par le principe, se pose alors la question du choix de la sanction (§ 2).

#### **§ 1 : Les relations entre les principes directeurs du procès judiciaire et les actes de procédure**

**395.** En tant que règles de procédure, les principes directeurs ont vocation à régir la vie des actes procéduraux. Cette relation parfois évidente (A) entre le principe et l'acte, peut se révéler incertaine ou équivoque (B).

##### A) La relation certaine entre les principes directeurs du procès judiciaire et les actes de procédure

**396.** *Les principes dont l'objet est de déterminer des règles applicables aux actes procéduraux.* Il existe des principes dont l'objet même est de prévoir les conditions de validité des actes de procédure. Ils entretiennent avec ces derniers des relations multiples. Le principe de la *motivation* représente intrinsèquement une condition de validité d'un grand nombre d'actes juridictionnels. Un jugement qui ne comporte pas de motifs doit être automatiquement sanctionné. Le principe agit directement comme une condition de validité de l'acte. Le cas se présente encore pour les conditions de validité des moyens de preuve qui sont présentés devant le juge. Une preuve ne peut, sous peine de voir sa validité remise en cause, avoir été recueillie en violation du principe de *dignité* ou de *l'intimité de la vie privée*<sup>2050</sup>.

Ces principes définissent non les formes, mais les conditions dans lesquelles les preuves doivent avoir été réunies. Les principes ne déterminent donc pas seulement le formalisme de l'acte de procédure, mais aussi le processus qui doit conduire l'acte à produire ses effets. Un magistrat ne peut tenir compte dans sa décision d'un élément qui n'a pas été soumis à l'audience à la *contradiction*. Le processus prescrit par le principe du *contradictoire* est une condition de la validité du jugement. Il en est de même des délibérés qui doivent avoir lieu dans le *secret* pour que le jugement ne soit pas annulé en raison d'un vice de procédure.

D'autres principes sont attachés aux acteurs du procès mais sanctionnent les actes pris par ces personnes. Tel est le cas du principe d'*impartialité* et de l'un de ses corollaires, la *séparation des fonctions*. Si un magistrat instructeur siège pour la même affaire dans la juridiction de jugement, la décision prise par cette juridiction sera sanctionnée. Le principe ne définit aucune règle quant à l'acte mais la procédure est viciée car l'un des magistrats qui officie a transgressé le principe de *séparation des fonctions*.

---

<sup>2050</sup> Sauf à admettre des exceptions pour les parties privées dans le procès pénal. Cf. *infra*, n°399.

**397. Les principes qui régissent les actes mais dont la sanction n'est qu'exceptionnellement procédurale.** Il s'agit de normes qui ne peuvent généralement pas être sanctionnées par un vice de procédure. Tel est le cas par exemple du principe de *célérité*. Le standard du *délai raisonnable* qui a été posé pour l'application de ce principe, n'entraîne pas de sanction de l'acte procédural. La Cour de cassation est nette dans l'application de l'article 6§1 de la CESDH. Elle décide que la durée excessive d'une procédure pénale ne peut entraîner sa nullité<sup>2051</sup>. Il s'agit là d'une jurisprudence bien établie<sup>2052</sup>. La violation du délai raisonnable donne donc lieu avant tout à une action en réparation contre l'Etat et la sanction provient en général de la Cour européenne<sup>2053</sup>.

Une telle application du principe de *célérité* est assurément trop restrictive. On pense en premier lieu aux délais qui jalonnent tout le procès, de la prescription de l'action jusqu'à celle de la sentence<sup>2054</sup>. Ces délais sont tous indirectement justifiés par la nécessité d'une procédure diligente. De plus, si l'on tient compte de l'inclusion du principe de *célérité* dans celui du *droit au juge*, on constate que l'atteinte à ces principes peut conduire à la remise en cause d'actes procéduraux. Dans le procès pénal, le Tribunal correctionnel a la faculté de surseoir à statuer sur l'action civile après avoir constaté la culpabilité du prévenu et s'être prononcé sur la peine. La chambre criminelle a décidé que le sursis ne peut être prononcé pour une durée indéterminée. Un sursis de trois ans doit être assimilé à un sursis indéterminé<sup>2055</sup>. La personne lésée par une telle atteinte au principe de *célérité* peut former un appel contre la décision de sursis. Pour plus de rapidité, la Cour d'appel qui annule le sursis doit évoquer et statuer au fond sans renvoyer l'affaire devant les premiers juges<sup>2056</sup>. La violation du principe de *célérité* du fait de l'indétermination du sursis ou de la lenteur de la procédure (sursis de trois ans) emporte nécessairement une atteinte au *droit au juge*. La sanction procédurale s'abat sur la décision juridictionnelle qui a prononcé le sursis. La Cour de cassation est donc partagée entre deux attitudes. La première consiste à refuser l'annulation d'une procédure en raison de sa lenteur. Une telle sanction est très dangereuse et risque de remettre en cause le fonctionnement de l'institution judiciaire. La seconde vise à instaurer des sanctions procédurales qui ne remettent pas en cause la continuité du procès. Tel est le cas de l'annulation du jugement qui sursoit à statuer lorsque la Cour d'appel évoque au fond et rend une décision qui rétablit le cours du procès.

Autre principe qui entretient une relation étroite avec les actes mais dont la sanction ne porte par normalement sur ces actes : celui du *secret de la mise en état*. Ce principe est avant tout couvert par le secret professionnel des magistrats et policiers qui concourent à la procédure. La sanction est donc d'abord une sanction professionnelle. En 1984 la Cour de cassation affirme qu'« *en l'état de la législation, le secret de l'instruction ne peut être sanctionné par aucune nullité* »<sup>2057</sup>. Elle a confirmé cette solution en 1996 en considérant que « *la violation du secret de l'instruction ne peut entraîner la nullité de la procédure dès lors*

<sup>2051</sup> Cass. crim. 29 avril 1996, *Dalloz* 1997, som. com., p. 148, observations PRADEL J.

<sup>2052</sup> Dans le même sens, Cass. crim. 7 mars 1989, *Bull. crim.*, n°109.

<sup>2053</sup> La loi du 15 juin 2000 a étoffé le mécanisme de sanction du principe de *célérité* en permettant aux parties privées de faire pression sur les magistrats chargés de l'enquête et de l'instruction pour que ces derniers prennent une décision sur l'action publique ou sur la clôture de l'information (articles 73 à 77 de la loi du 15 juin 2000 : « *Dispositions renforçant le droit à être jugé dans un délai raisonnable* »).

<sup>2054</sup> Prescription de la peine en matière pénale. Articles 133-2 à 133-4 du Code pénal.

<sup>2055</sup> Cass. crim. 25 janvier 1973, *Bull. crim.*, n°44.

<sup>2056</sup> Cass. crim. 10 janvier 1974, *JCP* 1974, II, 17824, note CHAMBON P.

<sup>2057</sup> Cass. crim., 24 avril 1984, *Dalloz* 1986, .juris., p. 125, note LOSSON J. Dans le même sens, Cass. crim. 5 juin 1947, *Bull. crim.*, n°147.

que ce manquement est extérieur à celle-ci, mais peut seulement ouvrir droit pour celui qui s'en prétend au recours prévu par l'article 9-1 C.civ. »<sup>2058</sup>. L'atteinte à la présomption d'innocence due à la violation du *secret* peut donc être sanctionnée par une action en réparation. La nullité ne devrait pas frapper la violation du *secret de l'instruction*. Une telle solution semble s'imposer. L'atteinte au principe est si aisée et si courante que la sanction procédurale anéantirait de très nombreuses poursuites. Pour cette raison, il est surprenant de constater que la chambre criminelle a développé une jurisprudence limitée qui utilise la nullité en matière de *secret de la mise en état*. Elle a établi une distinction entre la violation du *secret* concomitante et postérieure à la réalisation de l'acte d'enquête ou d'instruction. Dans le cadre de poursuites engagées pour trafic de stupéfiant, un juge d'instruction avait autorisé des journalistes à filmer certains actes et notamment le placement en garde à vue de deux individus. Les personnes mises en examen par la suite demandèrent la nullité des actes qui avaient été filmés, pour atteinte à la *présomption d'innocence*, au *secret de l'instruction* et aux *droits de la défense*. Dans un arrêt du 25 janvier 1996<sup>2059</sup>, la Cour de cassation a décidé que la violation du *secret de l'instruction* peut entraîner la nullité des actes si elle est accomplie concomitamment à ceux-ci et à condition qu'il en soit résulté une atteinte aux intérêts des parties concernées. On pourrait justifier cette solution par l'existence d'une violation des *droits de la défense* qui permettrait à elle seule la sanction de l'acte. Pourtant, l'un des commentateurs de l'arrêt explique que l'atteinte au *secret de l'instruction* concomitante à la réalisation de l'acte « constitue alors une irrégularité qui affecte les conditions d'existence du ou des actes concernés »<sup>2060</sup>. Le principe est par lui-même générateur d'une sanction procédurale. Tel n'est pas le cas de tous les principes. Certains n'entretiennent qu'une relation distante, voire incertaine avec les actes procéduraux.

#### B) La relation incertaine entre les principes directeurs du procès judiciaire et les actes de procédure

**398. Les principes dont l'objet ne vise pas l'acte procédural en lui même.** Ces principes, même s'ils peuvent donner lieu à des sanctions procédurales, n'entretiennent qu'une relation indirecte avec l'acte. Tel est le cas de l'*autorité de la chose jugée*, expression de la règle *non bis in idem*. Si les conditions de l'article 1351 du Code civil sont réunies, toute procédure entamée en violation de cette disposition encourt une sanction procédurale. Pourtant, ce ne sont pas les actes en eux-mêmes qui sont sanctionnés, mais l'action engagée qui est sans fondement. La remise en cause de la procédure n'est qu'une conséquence médiate de l'impossibilité initiale d'agir. L'*autorité de la chose jugée* porte avant tout sur la demande et seulement de façon incidente sur ses développements procéduraux. L'article 122 du nouveau Code de procédure civile indique à ce titre que la violation de ce principe constitue une fin de non recevoir qui sanctionne le « défaut du droit d'agir ».

Un principe peut viser non l'action mais simplement l'acteur. Tel est le cas du principe de la *liberté d'aller et de venir*. Ce principe protège dans le procès pénal, la personne poursuivie mais encore toutes celles qui sont susceptibles d'être entendues dans le cadre de la

<sup>2058</sup> Cass. crim. 30 avril 1996, *Bull. crim.*, n° 183.

<sup>2059</sup> Cass. crim. 25 janvier 1996, *Dalloz 1996*, som. com., p. 258, observations PRADEL J. ; *Droit pénal 1996*, com. n° 200, observations MARON A. Dans le même sens, Cass. crim. 19 juin 1995, *Bull. crim.* n° 223, selon lequel la violation du *secret de l'instruction* concomitante aux actes de procédure est susceptible de causer une atteinte aux intérêts du prévenu.

<sup>2060</sup> LESCLOUS V., MARSAT C. Enquête filmée : nullité, *Droit pénal 1996*, n° 12, p. 6.

procédure<sup>2061</sup>. La *liberté d'aller et de venir* inspire la législation sur la garde à vue, le contrôle judiciaire et la détention provisoire. En théorie, les seuls actes procéduraux qui peuvent être atteints par le principe sont ceux qui en limitent l'exercice. Tel est le cas d'une ordonnance de placement ou de prolongation de la détention provisoire. Cependant, la *liberté d'aller et de venir* n'est pas directement utilisée pour sanctionner de telles mesures. D'autres principes en assurent la protection procédurale. La *contradiction* est l'un des éléments essentiels du processus qui doit aboutir à la détention provisoire. Avant l'interrogatoire au cours duquel doit être débattue la question de la détention du mis en examen, le dossier doit être placé à la disposition de son avocat. La violation de cette obligation porte atteinte au principe du *contradictoire* et cause un grief à la personne poursuivie. L'acte qui ordonne la prolongation de la détention doit être annulé<sup>2062</sup>. La *motivation* est encore un principe qui permet à la *liberté d'aller et de venir* d'avoir une incidence sur l'acte procédural. La loi du 30 décembre 1993 a institué une motivation spéciale lors de la prolongation de la détention au-delà du délai d'un an. Un tel acte doit comporter des motifs qui justifient la poursuite de l'instruction et le délai prévisible d'achèvement. Faute de répondre à ces exigences, l'arrêt qui confirme la prolongation d'une détention en matière criminelle au-delà d'un an doit être cassé<sup>2063</sup>.

Le principe de *liberté* vise à protéger les acteurs du procès. Dans le cadre de cette fonction, il permet au juge de contrôler les actes qui mettent en cause cette liberté. Son action peut passer par l'intermédiaire de principes protecteurs (*contradictoire, motivation*) mais la *liberté d'aller et de venir* agit aussi par l'intermédiaire de règles techniques qui définissent notamment les délais des mesures de privation de liberté (garde à vue, détention provisoire). On constate cependant que la relation entre le principe de *liberté* et les actes procéduraux ne se limite pas à la question de la liberté. Dans une espèce, une personne avait été placée successivement en garde à vue durant l'enquête préliminaire puis durant l'instruction. Le cumul de durée des deux placements dépassait les 48 heures légales. La chambre d'accusation saisie par le juge d'instruction a refusé d'annuler des actes de la procédure au double motif que le cumul des gardes à vue était licite et qu'aucun grief n'avait été subi par la personne concernée. La chambre criminelle a décidé au contraire que le dépassement du délai de garde à vue « *constitue par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée* »<sup>2064</sup>. Elle censure la solution des juges du second degré qui avaient refusé d'annuler des actes procéduraux. Le principe de *liberté* qui limite le temps de la garde à vue est donc à l'origine de l'annulation de pièces de la procédure alors que son but initial est simplement de limiter la durée des atteintes à la liberté de la personne poursuivie.

La *présomption d'innocence* ne s'inscrit pas dans la perspective du formalisme procédural. Elle consiste d'abord dans une règle relative à la charge de la preuve. Durant la phase de mise en état, elle n'est pas censée donner lieu à des sanctions procédurales. Dans son aspect fondamental, ce principe protège la personne poursuivie en mettant à sa disposition des actions en responsabilité. Il existe pourtant des hypothèses singulières dans lesquelles la *présomption d'innocence* va conduire à vicier un acte de procédure. Un premier

<sup>2061</sup> La rétention des témoins ne peut, depuis la loi du 15 juin 2000, dépasser le « *temps strictement nécessaire à leur audition* ». (Article 4 de la loi modifiant les articles 62 et 153 du Code de procédure pénale).

<sup>2062</sup> CA Nancy 23 mars 1999, *Dalloz* 2000, juris., p. 179, note AUGER V.

<sup>2063</sup> Cass. crim. 28 octobre 1997, *Procédures* 1998, n°1, com. n°17, p. 17, note BUISSON J. La motivation spéciale se retrouve dans l'article 132-19 al 2 du Code pénal. Cette disposition fait obligation au Tribunal correctionnel qui prononce une peine d'emprisonnement ferme, de motiver spécialement le choix de cette peine.

<sup>2064</sup> Cass. crim. 13 février 1996, *Bull. crim.*, n°74.

exemple peut être tiré d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu à propos du contrôle des procédures de sanction de la Commission des opérations de bourse. Après une enquête à l'occasion de la fusion entre deux sociétés, la COB avait publié, en vue de l'information du public, un communiqué qui faisait état d'une procédure de sanction ouverte par la Commission et de la transmission du dossier au parquet. La Cour d'appel saisie d'un recours à l'encontre des sanctions prononcées par la COB a décidé que cette autorité ne pouvait « sans porter atteinte aux garanties de la défense et à la présomption d'innocence, publier (...) un communiqué tenant pour acquis à la suite de l'enquête à laquelle elle avait fait procéder, les faits énoncés dans les griefs qu'elle avait notifiés quatre jours plus tôt à l'intéressé »<sup>2065</sup>. Elle poursuit en décidant que « cette violation de principes à valeur constitutionnelle entache de nullité la décision (...) qui pour les mêmes faits a infligé à l'intéressé une sanction pécuniaire ». L'effet de l'atteinte à la présomption d'innocence est très important car c'est toute la procédure devant la COB qui est anéantie. La question se pose de savoir si cette sanction est appropriée. En effet, bien qu'aucune condamnation pénale n'ait eu lieu, on peut considérer que la décision prise par l'autorité administrative indépendante repose sur une culpabilité avérée. La censure de la Cour d'appel aurait dû porter sur la question de la culpabilité. Or il n'en est rien. La juridiction se fonde sur une atteinte à l'honneur protégée par la présomption d'innocence pour sanctionner un acte procédural. Elle établit une relation procédurale entre le principe et l'acte alors qu'une action en indemnisation aurait été plus judicieuse.

Un autre type de relation entre la présomption d'innocence et un acte de procédure a été introduit par la loi du 15 juin 2000. L'article 80-1 du Code de procédure pénale dans la rédaction issue de cette loi dispose qu'« à peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi ». Cette condition nouvelle posée à la mise en examen est inspirée par le respect de la présomption d'innocence en tant que droit fondamental. C'est pour ne pas porter atteinte inutilement à l'honneur d'une personne contre laquelle il n'existe aucune charge que la voie de la mise en examen est interdite à peine de nullité. La protection de l'honneur de la personne passe donc par la nullité d'un acte procédural<sup>2066</sup>. L'effet de cette annulation n'entrave pas la conduite de l'information. Seules les mesures attentatoires à la liberté sont interdites à l'encontre de la personne poursuivie<sup>2067</sup>.

**399. L'inaction de certains principes lorsqu'un élément de la procédure n'a pas la qualité d'acte.** La qualité d'acte procédural permet d'établir une relation avec un principe. Le principe de *loyauté*, en droit processuel, permet d'annuler les actes résultant de manœuvres frauduleuses. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a considéré que des documents et enregistrements à charge remis au juge par des personnes privées alors qu'ils avaient été obtenus frauduleusement « ne constituent que des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement ». La transcription de ces enregistrements « ne peut davantage donner lieu à annulation »<sup>2068</sup>. Les éléments de preuve apportés par des parties privées ne sont pas

<sup>2065</sup> CA Paris 15 janvier 1993, *Dalloz* 1993, juris., p. 273, note DUCOULOUX-FAVARD C.

<sup>2066</sup> Pour que les *droits de la défense* de la personne dont la mise en examen est annulée soient maintenus, l'article 174-1 C.pr.pén. ouvre le statut de témoin assisté après l'annulation par la chambre de l'instruction.

<sup>2067</sup> Ce qui permet en outre d'empêcher le recours à la détention provisoire comme un moyen de pression à l'encontre d'une personne contre laquelle il n'existe aucune charge.

<sup>2068</sup> Cass. crim. 30 mars 1999, *Dalloz* 2000, juris., p. 391, note GARE TH.

des actes de procédure dans la jurisprudence de la chambre criminelle<sup>2069</sup>. Leur retranscription pour les intégrer dans la procédure ne possède pas plus la qualité d'acte juridique. Aucune sanction procédurale ne permet de les écarter des débats. Une telle interprétation ne devrait pas faire échec à l'action en nullité. L'article 170 du Code de procédure pénale prévoit ainsi qu'« *en toute matière, la chambre de l'instruction peut, au cours de l'information, être saisie aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure...* ». Les enregistrements doivent être considérés comme des pièces de la procédure susceptibles d'être annulées. Il faut cependant lire l'article 170 en tenant compte de la circulaire C.170 du 1<sup>er</sup> mars 1993<sup>2070</sup>. Elle indique que « *la référence faite dans cet article aux "pièces de la procédure" ne saurait rendre recevable une saisine de la chambre d'accusation aux fins d'annulation des pièces qui ne résultent pas d'un acte d'instruction, tels que les écritures des parties ou un mémoire en défense produit par l'une d'entre elles* ».

Conformément à la circulaire, la chambre criminelle distingue dans la recherche des preuves, celles qui sont réunies par les organes publics de la mise en état (officiers de police judiciaire, juge d'instruction, Procureur de la République) et celles qui sont apportées par les parties privées. La recevabilité des preuves produites par ces personnes privées n'est pas soumise aux principes qui déterminent la validité des actes. Seule leur force probante doit être appréciée. Cette solution ne trouve pas de confirmation dans la jurisprudence civile. La deuxième chambre civile considère en effet que « *les lettres missives, reçues d'une tierce personne par l'un des époux, ne peuvent être produites contre celui-ci à l'appui d'une demande en divorce, si le conjoint qui les invoque ne se les ait procurés, même au domicile conjugal, que par un artifice coupable, une fraude ou un abus* »<sup>2071</sup>. Le moyen de preuve apporté par l'une des parties est donc contrôlé au regard du principe de *loyauté* par le juge civil. Il ne prend pas la qualité d'un acte de procédure, mais une sanction autre que la nullité peut lui être appliquée : l'irrecevabilité. Le principe trouve avec cette sanction une certaine efficacité<sup>2072</sup>.

La relation entre les principes et les actes procéduraux est donc à la fois riche et complexe. D'une part, les principes qui visent principalement les acteurs ou l'action peuvent aussi déterminer la validité des actes ; d'autre part, leur action s'étend au-delà des actes pour s'exercer sur l'ensemble des éléments de la procédure. La multiplicité des relations qu'entretiennent les principes avec la procédure ouvre largement la voie de la sanction procédurale.

## § 2 : Les sanctions qui assortissent l'action des principes directeurs sur les actes de procédure

**400.** Un auteur souligne la diversité des sanctions que l'on peut trouver dans le droit processuel et la confusion qui en résulte. En conséquence, il est difficile d'établir une

<sup>2069</sup> La solution est désormais traditionnelle. En 1987, la Cour de cassation a jugé que les enregistrements produits par les parties civiles ne constituaient pas en eux-mêmes des actes d'information. Cass. crim. 28 avril 1987, *Bull. crim.*, n°173. Dans le même sens, en 1993, elle a décidé que la production par le plaignant d'un enregistrement réalisé à l'insu des personnes suspectées d'avoir commis une infraction ne constituait pas un acte d'information susceptible d'être annulé, Cass. crim. 6 avril 1993, *JCP* 1993, II, 22144, note RASSAT M.L.

<sup>2070</sup> Sous l'article 170 C.pr.pén.

<sup>2071</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 28 mai 1954, *Dalloz* 1954, juris., p. 587.

<sup>2072</sup> Sur cette sanction, Cf. *infra*, n°406.



véritable théorie générale de la sanction<sup>2073</sup>. L'esprit de chacune de ces sanctions est le même, il consiste à priver l'acte procédural de son effet. Toutefois les techniques et les fondements diffèrent sensiblement<sup>2074</sup>. Les principes directeurs trouvent, dans la multiplicité des sanctions, de très nombreuses occasions de faire valoir leur action. Il n'est pas utile d'évoquer de façon exhaustive l'ensemble des sanctions qui affectent les actes procéduraux. Il faut en revanche mettre en évidence l'action des principes en vue d'obtenir la sanction d'actes contraires aux commandements qu'ils édictent. On constate que si les principes se manifestent avec une particulière vigueur en tant que fondement d'une nullité procédurale (A), ils sont encore présents à travers les autres sanctions qui jalonnent la marche de l'instance (B).

#### A) La nullité sanction de droit commun

**401.** La nullité peut se définir comme la « sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond qui consiste dans l'anéantissement de l'acte »<sup>2075</sup>. Cette sanction peut être considérée comme une sanction de droit commun en ce qu'elle s'impose très largement dans le contentieux judiciaire. L'uniformité n'est pas totale entre les procédures civile et pénale mais de très nombreux rapprochements peuvent être établis.

**402. Les principes fondement des nullités dans la procédure civile.** Dans cette discipline, une distinction fondamentale existe entre les nullités de fond de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile et les nullités de forme de l'article 114. Les nullités de fond sanctionnent des irrégularités qui « affectent la validité de l'acte ». Elles se réduisent au défaut de capacité et de pouvoir. Elles sanctionnent donc des vices qui sont attachés au *droit au juge* en ce sens que les personnes qui agissent ne possèdent pas personnellement d'action à faire valoir en justice ou ne peuvent faire valoir elles-mêmes l'action personnelle qu'elles détiennent. Le régime de ces nullités étant très favorable à l'anéantissement de l'acte<sup>2076</sup>, la question s'est posée de savoir si la liste établie par l'article 117 était limitative. Il semble que la Cour de cassation ait répondu par l'affirmative<sup>2077</sup> mais certaines juridictions du fond ont utilisé les principes pour étendre le domaine de cette disposition. Le Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand a ainsi décidé que l'énumération de l'article 117 n'était pas limitative et a admis comme irrégularité de fond les conditions relatives à la notification en ce qu'elles visent à assurer le respect des *droits de la défense*<sup>2078</sup>. Cette résistance conduit un auteur à suggérer que les nullités de fond « sanctionneraient, même dans le silence de l'article 117, la violation des principes fondamentaux de l'organisation judiciaire ou des droits de la défense »<sup>2079</sup>. L'extension de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile

<sup>2073</sup> PUTMAN E. Cinq questions sur les nullités en procédure civile, *Justices* 1995, n°2, p. 193.

<sup>2074</sup> *Ibid*, p. 196.

<sup>2075</sup> CORNU G. (sous la direction) *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., PUF, Paris, 2000, v° nullité

<sup>2076</sup> La règle *pas de nullité sans grief* ne s'applique pas aux nullités de fond.

<sup>2077</sup> Arrêt de principe : Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 30 novembre 1977, *Bull. civ.*, n°225. Dans le même sens, Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 15 mars 1989, *Bull. civ.*, n°72 ; *Dalloz* 1989, som. com., p. 275, observations JULIEN P.

<sup>2078</sup> TGI Clermont-Ferrand 26 avril 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, juris., p. 95, note GUYENOT J.

<sup>2079</sup> PUTMAN E. Cinq questions sur les nullités en procédure civile, *op. cit.*, p. 199. Dans le même sens, le Professeur GUINCHARD a proposé que le domaine des nullités de fond soit étendu à de nouvelles hypothèses : les nullités d'ordre public (inobservation d'une règle d'organisation judiciaire) ; les forclusions et déchéances ; et enfin la violation des principes fondamentaux et notamment du

aux principes directeurs reste très limitée aujourd'hui et il est impossible de conclure à l'assimilation des deux catégories de sorte que l'action des principes directeurs dans le domaine des nullités de fond est restreinte.

Les nullités de forme au sens de l'article 114 du nouveau Code de procédure civile sont celles qui sont prévues dans un texte ou qui sanctionnent l'inaccomplissement d'une formalité substantielle ou d'ordre public. Le champ de l'article 114 est donc largement ouvert à toutes les formes d'irrégularité, le caractère substantiel d'une disposition étant « *attaché dans un acte de procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet* »<sup>2080</sup>. La formalité substantielle peut tenir d'un formalisme étranger à l'application des principes. Ces derniers transparaissent cependant dans la jurisprudence. A ainsi été déclarée nulle, l'assignation devant le Tribunal de commerce qui ne respectait pas le délai minimum de comparution en ce qu'elle avait empêché le défendeur d'organiser sa défense<sup>2081</sup>. Concernant les nullités textuelles, on retrouve les principes directeurs applicables à l'audience et au jugement. Tel est le cas de la *publicité des débats*<sup>2082</sup> ou encore de la *motivation* du jugement<sup>2083</sup>.

**403. Les principes fondement des nullités dans la procédure pénale.** Le Code d'instruction criminelle ne prévoyait initialement de nullités de procédure que pour l'audience et le jugement. Il s'agissait de deux types de nullités : textuelles et substantielles. La Cour de cassation, au cours du 19<sup>ème</sup> siècle, devait étendre les nullités substantielles à la phase préparatoire du procès pour censurer notamment une instruction qui avait été menée intégralement sans interrogatoire de la personne poursuivie<sup>2084</sup>. Le Code de procédure pénale devait reprendre cette distinction en prévoyant des nullités textuelles éparses mais surtout en inscrivant dans un article 172 qu'« *il y a également nullité en cas de violation des dispositions substantielles du présent titre autres que celles visées à l'article 170 et notamment en cas de violation des droits de la défense* »<sup>2085</sup>. Depuis la loi du 24 août 1993 c'est l'article 171 qui prévoit qu'« *il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent Code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* »<sup>2086</sup>.

Quelques nullités textuelles demeurent dans le Code. Il s'agit de dispositions techniques dont certaines sont inspirées par le respect de la *liberté individuelle*<sup>2087</sup> ou encore de *l'intimité de la vie privée*<sup>2088</sup>. Quant aux nullités substantielles, elles peuvent être attachées à des dispositions impliquées par des principes. L'article 77 al 1 du Code de procédure pénale

*contradictoire*. VINCENT J. GUINCHARD S. *Procédure civile*, 25<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1999, n°698, p. 567.

<sup>2080</sup> Cass. civ. 3 mars 1955, *JCP* 1955, II, 8654, note M. G. Dans le même sens, CA Paris, 13 mars 1958, *Dalloz* 1958, juris., p. 489.

<sup>2081</sup> Cass. com. 22 décembre 1975, *Bull. civ.*, n°311.

<sup>2082</sup> Articles 433 et 446 nouv.C.pr.civ.

<sup>2083</sup> Articles 455 et 458 nouv.C.pr.civ.

<sup>2084</sup> Sur tous ces aspects, MERLE R., VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1989, n°476 p. 549. La doctrine de l'époque posait le principe des *droits de la défense* comme le fondement du développement des nullités substantielles de l'instruction. LEAUTE J. Les principes généraux relatifs aux droits de la défense, *RSC* 1953, p. 47.

<sup>2085</sup> Abrogé par la loi du 24 août 1993.

<sup>2086</sup> Notamment sur l'évolution, LESCLOUS V., MARSAT C. L'existence d'une nullité est-elle soumise à l'exigence d'un grief ? *Droit pénal* 1997, n°3, p. 7.

<sup>2087</sup> L'article 78-3 C.pr.pén. prévoit les modalités de la rétention en vue d'un contrôle d'identité.

<sup>2088</sup> L'article 59 C.pr.pén. interdit les perquisitions entre 21 heures et 6 heures.

faisait obligation à un officier de police judiciaire qui place une personne en garde à vue d'en informer dans les meilleurs délais le Procureur de la République<sup>2089</sup>. Cette règle découle de l'article 41 al 3 selon lequel « *le Procureur de la République contrôle les mesures de garde à vue* ». Les deux dispositions sont des règles techniques inspirées par le principe selon lequel *l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles*. L'information de l'autorité judiciaire lorsqu'une mesure porte atteinte à une liberté est donc une formalité substantielle. La Cour de cassation a décidé que « *tout retard dans la mise en œuvre de cette obligation, non justifié par des circonstances insurmontables, fait nécessairement grief aux intérêts de la personne concernée* »<sup>2090</sup>. Le manquement au devoir d'information est donc sanctionné par la nullité de la garde à vue. Des nullités substantielles sont aussi attachées aux règles qui gouvernent l'audience. Les débats devant la Cour d'assises sont régis notamment par l'article 379 du Code de procédure pénale selon lequel « *...il n'est fait mention au procès-verbal, ni des réponses des accusés ni du contenu des dépositions...* ». Cette règle est l'expression du principe d'*oralité des débats*. Elle était prescrite à peine de nullité dans l'article 372 du Code d'instruction criminelle. La Cour de cassation en a fait une formalité substantielle d'ordre public qui s'applique notamment à toutes les déclarations en relation avec la culpabilité<sup>2091</sup>.

Les principes directeurs trouvent donc une place légitime dans le droit des nullités. Leur action est souvent indirecte. Dans de très nombreuses hypothèses, ce sont les dispositions techniques dont ils inspirent la création qui prescrivent des contraintes de forme à peine de nullité. Le rayonnement des principes est important en ce qu'il permet de sanctionner l'ensemble des actes procéduraux que ce soient les actes de la mise en état ou encore les décisions juridictionnelles. Cette action ne se réduit pas aux cas de nullité et les principes sont présents dans de très nombreuses autres sanctions procédurales.

### B) Les autres sanctions procédurales

**404.** Parmi les différentes sanctions procédurales, certaines possèdent des effets très proches de la nullité. Elles conduisent à un anéantissement de l'acte. Dans d'autres situations, elles peuvent conduire plus simplement à un rejet de l'acte soit par ce qu'il est irrecevable, soit par ce qu'il n'est plus recevable.

**405. *L'anéantissement de l'acte procédural* :** Il peut s'agir en premier lieu de la caducité. Cette sanction a été introduite dans la procédure civile par le décret du 9 septembre 1971. Elle se range parmi les sanctions qui visent à rendre un acte inefficace en raison de l'inaction procédurale des parties<sup>2092</sup>. Derrière cette sanction se dissimule donc principalement le principe de *coopération*. La caducité se comporte comme un mode d'anéantissement rétroactif. Elle porte sur un acte initialement valide qui peut avoir commencé à produire des effets. En raison de l'inaccomplissement d'une formalité obligatoire par l'une des parties ou par les deux, l'acte initialement valable perd ses effets ainsi que la procédure qui a suivi.

Cette sanction s'attache principalement à l'acte introductif d'instance, mais elle peut aussi porter sur des mesures provisoires, conservatoires ou encore sur la désignation d'un expert. Elle peut intervenir par exemple dans une procédure sans représentation

<sup>2089</sup> Depuis la loi du 15 juin 2000, l'information du Procureur de la République doit être effectuée « *dès le début de la garde à vue* ».

<sup>2090</sup> Cass. crim. 29 février 2000, *Procédures 2000*, n°6, com. n°154, p. 18, observations BUISSON J.

<sup>2091</sup> Cass. crim. 19 novembre 1964, *Bull. crim.*, n°308.

<sup>2092</sup> FRICERO N. La caducité, *Juris.-Classeur*, fasc 680, n°3.

obligatoire<sup>2093</sup>. Le fait pour le demandeur de ne pas comparaître alors même qu'il a lancé une assignation entraîne pour lui le risque de voir son assignation déclarée caduque. L'article 468 al 2 du nouveau Code de procédure civile laisse au juge la faculté de prononcer cette sanction même d'office. La citation à comparaître encourt la même sanction lorsque le demandeur a comparu mais s'est abstenu d'accomplir les actes de procédure dans les délais requis<sup>2094</sup>. La caducité est en général laissée à l'appréciation du juge qui peut aussi décider de rendre une décision au fond malgré la carence du demandeur ou de renvoyer l'audience. Elle apparaît avant tout comme la sanction d'une attitude négligente de la part de celui qui a exercé initialement l'action. La situation peut présenter une plus grande complexité lorsque les deux parties à l'instance sont ensemble demanderesse. C'est le cas d'une demande de divorce sur requête conjointe<sup>2095</sup>. Après une première convocation devant le juge, les époux qui souhaitent divorcer doivent attendre un délai de réflexion de trois mois pour présenter une nouvelle demande. Si aucun renouvellement de la requête n'est formé dans les six mois, la demande conjointe est déclarée caduque et la procédure de divorce est anéantie<sup>2096</sup>.

La caducité est inspirée par l'idée que ce sont les parties qui conduisent l'instance. C'est le principe de *coopération* au procès qui est mis en avant dans l'exercice de cette sanction. Le ou les demandeurs à l'action ne peuvent se contenter de prendre l'initiative du procès et charger l'institution judiciaire de son déroulement. Chaque partie doit être active et si la défaillance du défendeur peut être un temps tolérée<sup>2097</sup>, celle du demandeur ne peut bénéficier de la même clémence. La sanction réside dans la perte du bénéfice de la procédure engagée. Son droit d'action demeure, sous réserve de la prescription. Le principe de *coopération* s'associe dans ce type d'action avec celui de *célérité*. Ensemble, ils ont pour objectif d'inciter les parties à s'associer au déroulement du procès pour accomplir leur mission avec diligence.

D'autres sanctions vont avoir des effets similaires ou atténués. La radiation est définie à l'article 381 du nouveau Code de procédure civile comme la sanction du défaut de diligence des parties. Elle emporte le retrait de l'affaire du rôle de la juridiction. L'article 470 du même Code laisse au juge la possibilité de radier une affaire lorsqu'aucune des parties n'accomplit les actes qui lui incombent dans les délais requis. Cette décision purement discrétionnaire est insusceptible de recours. Elle n'entraîne pas l'anéantissement de la procédure mais retarde simplement l'issue du procès. Parallèlement, elle permet à la juridiction d'alléger son rôle et de servir un peu mieux le principe de *célérité*.

Le danger pour les parties ne provient pas directement de la radiation mais de la sanction qui peut la suivre : la péremption d'instance. « *L'instance est périmée* », selon

---

<sup>2093</sup> Par exemple devant le Tribunal d'instance : article 827 nouv.C.pr.civ.

<sup>2094</sup> Article 469 nouv.C.pr.civ. Cette disposition est applicable aux procédures qui ne comportent pas de mise en état. C'est alors le magistrat chargé de juger l'affaire qui procède à l'instruction et peut enjoindre aux parties d'accomplir des actes dans les délais qu'il fixe. Sur ce point, FRICERO N. La caducité, *op. cit.*, n°33.

<sup>2095</sup> Articles 1088 et suiv. nouv.C.pr.civ.

<sup>2096</sup> Article 231 C.civ. La menace de la caducité ne cesse pas avec le renouvellement de la demande. Le juge aux affaires familiales a le pouvoir de contrôler la convention entre époux qui règle les effets du divorce. S'il apparaît que cette convention préserve insuffisamment les intérêts de l'enfant, le juge ajourne le prononcé du divorce jusqu'à ce que les époux présentent une convention modifiée (article 1100 nouv.C.pr.civ.). La procédure est caduque si les parties ne présentent pas une nouvelle convention dans le délai de six mois (article 1101 nouv.C.pr.civ.).

<sup>2097</sup> Article 471 nouv.C.pr.civ. : « *le défendeur qui ne comparait pas peut, à l'initiative du demandeur, ou sur décision prise d'office par le juge, être à nouveau invité à comparaître si la citation n'a pas été délivrée à personne* ».

l'article 386 du nouveau Code « *lorsque aucune partie n'accomplit de diligence pendant deux ans* ». La péremption d'instance est qualifiée comme « *la sanction suprême de la négligence des parties* »<sup>2098</sup>. Le délai de péremption court du jour de la dernière diligence. Elle n'est pas suspendue par la radiation de l'affaire et emporte l'extinction de l'instance<sup>2099</sup>. L'action n'est pas éteinte mais les actes qui ont été accomplis sont périmés et ne peuvent plus être opposés. La portée de cette sanction est importante car ses effets peuvent s'étendre au droit substantiel. L'acte introductif d'instance étant périmé, il ne peut faire courir les intérêts moratoires<sup>2100</sup>.

*Coopération* et *célérité* sont créateurs d'obligations pour les parties. La protection de ces deux principes donne lieu à une diversité de sanctions qui ont une fonction de persuasion ou d'intimidation. Les parties peuvent voir leurs minces efforts procéduraires détruits par leur inaction. Cette négligence peut avoir à terme, des incidences sur leurs droits substantiels et procéduraires (prescription de l'action, perte des intérêts).

**406. Le rejet d'un acte ou d'un moyen de preuve.** Le rejet de l'acte des débats n'est pas une sanction aussi forte que son annulation. Elle produit pourtant les mêmes effets. L'acte est privé de toute efficacité dans la mesure où il ne peut être produit en justice. La violation d'un principe directeur peut conduire à une telle sanction. Tel est le cas du constat dressé à la demande d'un époux dans le cadre d'une procédure de divorce. L'article 259-2 du Code civil exige que cet acte soit écarté des débats s'il procède d'une *violation de domicile* ou d'une *atteinte à la vie privée*. Le constat d'adultère doit avoir été préalablement autorisé par le juge pour que l'atteinte à l'*intimité* soit tolérée et permette de retenir cette preuve<sup>2101</sup>. L'article 259-2 s'applique aussi aux constats non judiciaires dressés sans autorisation du juge<sup>2102</sup>. L'irrecevabilité possède un domaine d'action plus large que celui de la nullité. Elle permet notamment d'écarter de la procédure des éléments qui ne prennent pas la forme d'actes. Tel est le cas de l'article 259-1 du Code civil qui interdit à un époux de verser aux débats les lettres échangées entre son conjoint et un tiers si ces lettres ont été obtenues par la fraude ou la violence<sup>2103</sup>.

Les principes peuvent conduire au rejet de plusieurs actes. Tel est le cas de la clôture de la phase préparatoire qui rend impossible tout déploiement du débat procédural. Les principes de *célérité* et de *coopération* veulent que le juge détienne le pouvoir de prononcer une ordonnance de clôture<sup>2104</sup>. Après cette ordonnance, aucune conclusion ne peut être déposée et aucune pièce ne peut être produite aux débats sous peine d'irrecevabilité que la juridiction doit prononcer d'office<sup>2105</sup>. La clôture de la phase préparatoire a donc pour effet de rendre irrecevable toute pièce déposée après la date fixée par l'ordonnance.

<sup>2098</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 1998, n°1370, p. 588.

<sup>2099</sup> Cass. com. 21 novembre 1995, *Procédures 1996*, com. n°34, observations PERROT R.

<sup>2100</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 17 décembre 1984, *RTD civ. 1985*, p. 448, observations PERROT R.

<sup>2101</sup> CA Nancy 14 mars 1979, *JCP 1979*, II, 19210, note GOUBEAUX G.

<sup>2102</sup> Sur la recevabilité d'un tel constat à la requête du mari dans un lieu dont il avait la jouissance, Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 14 décembre 1983, *Bull. civ.*, n°200.

<sup>2103</sup> Cf. cependant la récente jurisprudence de la Cour de cassation qui a admis la production d'un journal intime dans une procédure de divorce afin d'établir la faute de l'un des époux. Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 6 mai 1999, *Dalloz 2000*, juris., p. 557, note CARON CH.

<sup>2104</sup> Ce pouvoir est attribué au président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée ou au juge de mise en état si celle-ci a eu lieu. VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1999, n°876, p. 671.

<sup>2105</sup> Article 783 al 1 nouv.C.pr.civ.

Un principe vient modifier l'application de cette règle : celui du *contradictoire*. Il concerne d'abord le sort des conclusions ou pièces déposées peu de temps avant la clôture de la phase préparatoire. Ce dépôt tardif empêche la partie adverse de produire des conclusions en réponse. Le juge a le choix entre une sanction négative et l'autre positive. La première consiste à évincer des débats les conclusions qui, déposées trop tard, n'ont pas permis un débat *contradictoire*<sup>2106</sup>. Concernant les pièces, l'article 135 du nouveau Code de procédure civile permet au juge d'« écarter des débats les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile »<sup>2107</sup>. Le principe du *contradictoire* est respecté mais certains éléments ou arguments risquent de manquer et d'appauvrir le débat. La seconde méthode consiste dans le rétablissement du *contradictoire* en reportant la date de la clôture ou encore en révoquant cette ordonnance sous certaines conditions<sup>2108</sup>. On constate ici que l'utilisation d'une sanction négative, tel que le rejet d'un acte, n'est pas le seul moyen de protéger la *contradiction*. La réouverture de la phase préparatoire enrichit le débat *contradictoire*. Cette mesure doit pourtant se concilier avec l'impératif de *célérité*.

En procédure pénale, ce principe prend une ampleur grandissante. La conduite de l'instruction est, dans la loi du 15 juin 2000, soumise à des délais. L'instruction ne doit pas dépasser douze mois en matière correctionnelle et dix-huit mois en matière criminelle. Si le juge d'instruction estime ces délais trop longs, il peut prendre l'initiative de prévoir un délai inférieur<sup>2109</sup>. Ces dispositions permettent à la personne mise en examen, au témoin assisté ou à la partie civile de demander à l'issue de l'écoulement du délai, la clôture de l'instruction, le renvoi devant la juridiction de jugement, la transmission du dossier au Procureur général en vue de saisir la chambre de l'instruction ou encore que le magistrat déclare qu'il n'y a pas lieu à poursuivre. Si le juge d'instruction souhaite continuer l'information, il doit répondre à cette requête par une ordonnance motivée susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction. Si l'information se poursuit, la demande des parties privées peut être renouvelée dans les six mois. Si le juge ou la chambre de l'instruction fait droit à la demande, l'information est close et aucun acte ne peut plus être effectué<sup>2110</sup>.

Cette procédure met en cause les mêmes principes qu'en matière civile mais elle inverse le processus sanctionnateur. Les principes en jeu sont bien la *célérité* et la *coopération* mais ce n'est pas le juge qui incite les parties à accélérer le cours de la procédure. Ce sont les parties privées qui contraignent le juge d'instruction à mettre fin à la mise en état. La sanction peut être conséquente. Si le juge ne détient pas suffisamment d'éléments à charge à l'issue des délais qui lui sont accordés, le non-lieu s'impose faute de temps et non faute de culpabilité. L'action sanctionnatrice des principes peut parfois nuire à la révélation de la vérité.

**407. Le refus de reconnaître la validité d'un acte.** La validité procédurale d'un acte permet de lui faire produire des effets. Lorsqu'un acte de nature juridictionnelle est accompli

<sup>2106</sup> Par exemple, Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 6 mai 1998, *Procédures 1998*, n°7, com. n°167, p. 7, observations PERROT R. La Cour de cassation estime néanmoins que la juridiction qui déclare les conclusions irrecevables doit mentionner « les circonstances particulières qui avaient empêché les autres parties de répondre à ces conclusions avant la clôture de l'instruction ».

<sup>2107</sup> La Cour de cassation décide notamment que les pièces produites aux débats doivent l'être en temps utile pour permettre à la partie adverse de conclure avant la date fixée par l'ordonnance de clôture. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 17 novembre 1981, *JCP 1982*, IV, p. 51.

<sup>2108</sup> Sur la distinction entre report et révocation et sur les modalités de la révocation, VINCENT J., GUINCHARD S. *op. cit.*, n°879 et suiv., pp. 674 et suiv.

<sup>2109</sup> Article 23 de la loi modifiant l'article 116 C.pr.pén.

<sup>2110</sup> Article 74 de la loi modifiant l'article 175-1 C.pr.pén.

en dehors de la procédure judiciaire interne, son caractère exécutoire est soumis à sa reconnaissance par le juge français. Tel est le cas des décisions étrangères et arbitrales.

Pour les jugements rendus à l'étranger, le juge judiciaire contrôle la régularité de la décision étrangère au regard de la compétence du juge étranger, de la loi dont il a fait application, de la conformité de la décision avec l'ordre public et de l'absence de fraude à la loi<sup>2111</sup>. C'est notamment dans le cadre de la confrontation de la décision étrangère avec l'ordre public que le juge français va utiliser les principes directeurs. La Cour de cassation a pu viser le principe d'*impartialité* pour censurer une décision qui accordait l'*exequatur* à un jugement étranger alors même que le juge qui en était l'auteur avait été dessaisi pour suspicion légitime<sup>2112</sup>. Si la décision étrangère possède une force exécutoire intrinsèque, le juge français peut lui refuser son autorité après avoir constaté qu'elle a été rendue en violation des *droits de la défense*<sup>2113</sup>.

La décision arbitrale est soumise, pour son exécution, à la même procédure. Le juge judiciaire ne contrôle pas la sentence au fond mais il vérifie sa conformité avec l'ordre public procédural. C'est dans ce cadre que la violation de certains principes procéduraux peut conduire le juge à refuser l'*exequatur* à la décision arbitrale. La sentence n'est pas nulle mais elle est privée de son effet. Il existe par ailleurs des recours qui permettent d'anéantir la sentence. Ces recours suspendent alors automatiquement la procédure d'*exequatur*<sup>2114</sup>.

Les sanctions procédurales prennent donc des formes variées et les principes développent leur activité parmi nombre d'entre elles. L'action des principes ne se limite pourtant pas simplement à fonder l'irrégularité de l'acte qui n'en respecte pas les prescriptions. On s'aperçoit que la violation d'un principe ou d'une autre règle de procédure n'est pas toujours une condition suffisante pour obtenir une sanction procédurale. Dans certaines situations, une condition supplémentaire est posée.

## *Section 2 : Les principes directeurs du procès judiciaire, conditions de la sanction procédurale*

**408.** Dans la multitude des sanctions procédurales, la nullité occupe une place prépondérante. Elle se fonde notamment sur la violation d'une prescription formelle et les principes peuvent être à l'origine de ce formalisme. Pour autant, le droit des nullités, s'il est inspiré par l'idée d'une certaine perfection de l'acte, ne doit pas entraîner la remise en cause systématique de la conduite du procès. En matière pénale, la nullité qui entache un acte peut se propager à l'ensemble de la procédure faisant échec aux poursuites. En procédure civile, la remise en cause d'un acte qui permet l'avancement de l'instance retarde l'issue du conflit. Pour ces raisons, l'irrespect des formes n'est pas automatiquement sanctionné. Pour être source de nullité, l'irrégularité doit avoir causé un préjudice à celui qui s'en prévaut. Le droit processuel répond ainsi à l'adage selon lequel il n'existe *pas de nullité sans grief*. Cette règle semble s'imposer comme le pilier même du régime des nullités, comme une condition indispensable pour obtenir qu'un vice de forme soit sanctionné par cette voie. La doctrine civiliste qualifie son expression par l'article 114 al 2 nouv.C.pr.civ de « *principe*

<sup>2111</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 1998, n°1502 et suiv., pp. 635 et suiv.

<sup>2112</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 3 décembre 1996, *Bull. civ.*, n°427.

<sup>2113</sup> Cass. requ. 11 novembre 1908, *Dalloz 1914*, 1, p. 118, rapport DENIS.

<sup>2114</sup> Cf. sur ces recours et l'utilisation des principes directeurs dans le contrôle de la validité des décisions arbitrales et étrangères, *infra*, n°450 et suiv.

général »<sup>2115</sup>. Au-delà de cette qualification, on constate que la question même du grief et de son exigence met en jeu nombre de principes directeurs au centre desquels se trouvent les *droits de la défense*. Les principes se manifestent lorsque le grief est nécessaire (§ 1) mais encore lorsqu'il est présumé (§ 2) ou plus simplement évincé (§ 3).

### § 1 : L'exigence du grief

409. L'analyse comparée des contentieux civil et répressif permet d'établir la place croissante du grief dans le mécanisme des nullités (A). L'importance de ce grief réside notamment dans les liens qu'il entretient avec les principes directeurs (B).

#### A) La place du grief dans le droit processuel privé

410. En procédure civile, le système institué par le Code de procédure civile (ancien) faisait de l'irrégularité formelle une cause suffisante et automatique de nullité<sup>2116</sup>. C'est avec le décret-loi du 30 octobre 1935 qu'a été réintroduit dans la procédure civile l'adage dégagé par les parlements sous l'Ancien régime. Le texte affirmait qu'« aucune nullité d'exploit ou d'acte de procédure ne pourra être admise que s'il est justifié qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse ». La Cour de cassation devait cependant restreindre la portée du texte et rejeter l'exigence du grief pour les nullités d'ordre public<sup>2117</sup>. Le décret du 20 juillet 1972 a unifié le régime des nullités en les soumettant dans leur ensemble à la règle *pas de nullité sans grief*. L'article 114 al 2 du nouveau Code de procédure civile prévoit désormais qu'« aucune nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public ». En généralisant l'exigence du grief en procédure civile, l'article 114 al 2 a mis fin à une attitude jurisprudentielle qui avait été vivement contestée en doctrine<sup>2118</sup>.

En procédure pénale, au-delà de la distinction fondamentale entre nullités textuelles et substantielles, s'est établie une autre division entre nullités d'ordre public et d'intérêt privé. Le problème qui s'est posé était celui du croisement des deux typologies. Parmi les nullités textuelles, on trouvait des règles d'ordre public dont la violation entraînait systématiquement la nullité et d'autres purement privées nécessitant l'existence d'un grief. Dans la catégorie des formalités substantielles, les règles de compétence ou les « inculpations » tardives étaient considérées comme touchant à l'ordre public alors que celles touchant les *droits de la défense* relevaient de l'intérêt privé<sup>2119</sup>. Une telle distinction présentait un caractère arbitraire et l'on

<sup>2115</sup> LEMEE J. La règle « pas de nullité sans grief » depuis le nouveau Code de procédure civile, *RTD civ.* 1982, p. 55.

<sup>2116</sup> SOLUS H. Les réformes de procédure civile, étapes franchies et vues d'avenir, SOLUS H. *Mélanges Ripert*, t.1, LGDJ, Paris, 1950, p. 13.

<sup>2117</sup> Cass. com. 18 novembre 1947, *Sirey 1948*, 1, p. 137, note SOLUS H. ; *Dalloz 1958*, juris., p. 177, note HEBRAUD P.

<sup>2118</sup> Sur cette question, notamment LEMEE J. La règle « pas de nullité sans grief » depuis le nouveau Code de procédure civile, *op. cit.*, p. 55. Henri MOTULSKY, qui regrettait que des principes généraux relatifs aux nullités n'aient pas été intégrés dans les dispositions liminaires du nouveau Code, formait l'espoir avant l'entrée en vigueur du décret de 1972 que la maxime *pas de nullité sans grief* soit généralisée. MOTULSKY H. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *Dalloz 1972*, chron., p. 91.

<sup>2119</sup> Pour une vue d'ensemble sur la question, BUISSON J. GUINCHARD S. *Procédure pénale*, Litec, Paris, 2000, n°1265 et suiv., pp. 700 et suiv.



pouvait estimer que les dispositions concernant l'« inculpation » tardive concernaient au premier plan les *droits de la défense*. La loi du 6 août 1975 a tenté de mettre fin à ces distinctions en établissant dans l'article 802 du Code de procédure pénale que toutes les formalités textuelles ou substantielles de la procédure pénale, mises à part celles relatives à l'« inculpation » tardive, étaient soumises à l'exigence de la démonstration d'un grief. Comme en matière civile, la jurisprudence a interprété restrictivement l'article 802 en persistant dans la distinction entre nullités d'ordre public et d'intérêt privé. La situation a été encore modifiée par deux lois. La première du 4 janvier 1993 a décidé que les nullités textuelles excluaient l'exigence d'un grief. Son application fut brève et la loi du 24 août devait revenir au système antérieur. Les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale énoncent de concert qu'un acte ne peut être annulé que si la violation de la formalité substantielle ou textuelle a eu « *pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ». Le retour aux prescriptions de la loi de 1975 n'a pas eu pour effet de faire cesser les résistances jurisprudentielles. Il n'en reste pas moins que la notion même de grief entretient des liens étroits avec les principes directeurs.

### B) Le lien entre le grief et les principes directeurs du procès judiciaire

**411.** La persistance législative pour implanter l'exigence du grief dans le droit des nullités procédurales n'est pas sans fondement. On peut comprendre que les règles procédurales, notamment celles qui sont inspirées par un principe directeur, trouvent leur raison d'être dans la protection de droits essentiels (*célérité du procès, loyauté des preuves...*). La sanction du non respect de l'une d'entre elles peut sembler légitime. Toutefois, l'annulation automatique d'un acte vicié sans qu'il n'en soit résulté de préjudice pour l'une des parties est tout à la fois nuisible au bon fonctionnement de l'institution judiciaire mais aussi à l'esprit du droit processuel qui est de conduire vers la résolution d'un différend<sup>2120</sup>. Le grief s'impose donc comme la condition essentielle de la réparation d'un préjudice<sup>2121</sup> provoqué par une irrégularité<sup>2122</sup>. Pour autant il peut prendre des formes différentes. Si dans une conception traditionnelle, le grief peut être compris comme une atteinte aux intérêts de la partie qui s'en prévaut (a), une jurisprudence marginale évoque la question du grief à travers le vice dans la recherche de la vérité (b).

#### a) Le grief et les intérêts de la partie qui s'en prévaut

**412.** On constate que le grief dans sa conception traditionnelle est très proche du principe des *droits de la défense*. L'analyse doctrinale de la jurisprudence civile montre que « *l'irrégularité ne justifie le prononcé de la nullité de l'acte que lorsque la partie qui l'invoque n'a pu assurer normalement la défense de ses intérêts* »<sup>2123</sup>. La Cour de cassation

---

<sup>2120</sup> BUISSON J., GUINCHARD S. *Procédure pénale, op. cit.*, n°1264, p. 700.

<sup>2121</sup> En procédure civile, une partie de la doctrine utilise indifféremment la notion de grief ou celle de préjudice. LEMEE J. La règle « pas de nullité sans grief » depuis le nouveau Code de procédure civile, *op. cit.*, p. 43. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer que la notion de grief se confondait avec celle de préjudice. Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 2 juillet 1989, *JCP* 1989, II, 21286.

<sup>2122</sup> Sur la comparaison entre les nullités procédurales et la responsabilité civile, PUTMAN E. Cinq questions sur les nullités en procédure civile, *Justices* 1995, n°2, p. 193. L'auteur explique que « *dans le droit judiciaire français, la nullité n'est, dans la majorité des cas, qu'une forme de réparation* ». *Ibid*, p. 194.

<sup>2123</sup> LEMEE J. La règle « pas de nullité sans grief » depuis le nouveau Code de procédure civile, *op. cit.*, p. 46.

lorsqu'elle prononce la nullité d'un acte se réfère parfois directement au principe. Dans un arrêt du 7 juin 1974, elle visait directement les *droits de la défense* pour annuler une assignation qui ne contenait pas de date et avait permis à la juridiction du premier degré de rendre un jugement réputé contradictoire en l'absence du défendeur<sup>2124</sup>. A l'inverse elle a refusé d'annuler un acte d'appel irrégulier dès lors que l'intimé avait eu « *la possibilité d'organiser sa défense en appel* »<sup>2125</sup>.

Le grief peut résider dans la violation d'un autre principe. Tel est le cas lorsque le vice de l'acte n'a pas permis à son destinataire d'exercer le recours qui lui était ouvert dans les délais impartis<sup>2126</sup>. L'atteinte au principe du *droit au recours* est susceptible de causer un préjudice à la personne qui doit bénéficier de ce droit. La négation du droit au *double degré de juridiction* constitue encore une conséquence dommageable qui trouve sa source dans une irrégularité procédurale. La Cour de cassation a eu l'occasion de censurer un arrêt d'appel qui avait refusé de reconnaître la présence d'un grief alors que celui qui s'en prévalait « *avait été (...) privé contre son gré du double degré de juridiction* »<sup>2127</sup>.

En procédure pénale, les *droits de la défense* étaient visés par l'article 172 du Code de procédure pénale concernant le régime des nullités. La liaison entre ce principe et la notion de grief a été mise en évidence par la jurisprudence. Dès l'adoption de la loi du 6 août 1975, la Cour de cassation a posé clairement la condition de grief pour un certain nombre de nullités. Elle l'a fait dans un arrêt du 18 mars 1976 qui constitue la première décision prise en application de la loi<sup>2128</sup>. La Cour de cassation rejette une demande d'annulation au motif qu'« *il n'apparaît pas que la violation des formes qui aurait été ainsi commise ait eu ou ait pu avoir pour effet de porter atteinte aux intérêts du demandeur* ». La doctrine en déduit que le préjudice résulte de l'atteinte aux *droits de la défense*<sup>2129</sup>. La chambre criminelle a suivi cette voie en refusant d'annuler l'interrogatoire irrégulier mené par des policiers qui n'avaient pas agi « *dans le dessein de faire échec aux droits de la défense* »<sup>2130</sup>. En revanche, elle a prononcé la nullité d'un rapport d'expertise dont le dépôt n'a pas respecté le délai de l'article 161 du Code de procédure pénale dès lors qu'il en résulte une atteinte aux *droits de la défense*<sup>2131</sup>.

La Cour de cassation peut associer les *droits de la défense* à un autre principe. Elle a annulé des enregistrements clandestins effectués par un policier, de propos tenus spontanément sur le fondement implicite du principe de *loyauté* en décidant que « *l'enregistrement effectué de manière clandestine par un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fût-ce spontanément, par une personne suspecte, élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense, que la validité d'un tel procédé ne peut être admise* »<sup>2132</sup>. Dans cet arrêt, la Cour de cassation utilise de

<sup>2124</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 7 juin 1974, *Bull. civ.*, n°189.

<sup>2125</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 février 1974, *Bull. civ.*, n°80.

<sup>2126</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 22 novembre 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 2, som., p. 82, observations GUINCHARD S.

<sup>2127</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 21 octobre 1976, *Bull. civ.*, n°286.

<sup>2128</sup> Cass. crim. 18 mars 1976, *Daloz* 1976, juris., p. 549, note ROBERT J.M. ; *JCP* 1976, II, 18478, note CHAMBON P.

<sup>2129</sup> PRADEL J., VARINARD A. *Les grands arrêts du droit criminel*, t. 2, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1998, p. 179.

<sup>2130</sup> Cass. crim. 22 avril 1992, *Bull. crim.*, n°172.

<sup>2131</sup> Cass. crim. 16 octobre 1979, *Bull. crim.*, n°281.

<sup>2132</sup> Cass. crim. 16 décembre 1997, *Daloz* 1998, juris., p. 354, note PRADEL J. ; *Procédures* 1998, n°4, com. n°98, observations BUISSON J.

concert le principe de *loyauté* et celui des *droits de la défense*. La violation du premier principe a pour conséquence de compromettre le respect du second. L'atteinte aux *droits de la défense* constitue le grief consécutif à la violation du principe de *loyauté*.

Que ce soit en procédure civile ou pénale, l'assimilation de la violation des *droits de la défense* avec l'existence du grief est incontestable. Les chambres civiles trouvent dans la violation d'autres principes tels que le *droit au recours* ou le *double degré de juridiction*, la cause d'un préjudice procédural, mais les *droits de la défense* ne sont pas exclus du processus de sanction. Leur présence résulte de l'inclusion des principes susénoncés dans celui des *droits de la défense*. Le *droit au recours* ou le *double degré de juridiction* sont des éléments du principe plus vaste des *droits de la défense*. La relation qui s'établit de principe dérivé à principe matriciel<sup>2133</sup> conduit la Cour de cassation à raisonner de la façon suivante : lorsqu'un principe dérivé est remis en cause par une irrégularité, l'atteinte se propage pour toucher le principe matriciel. La violation du *droit au recours* entraîne logiquement celle des *droits de la défense*. Le grief peut donc théoriquement résulter de la violation de tout principe inclus dans celui des *droits de la défense*.

Pour les principes qui ne sont pas contenus dans les *droits de la défense*, le grief ne découle pas nécessairement de leur violation. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que l'« *exécution incomplète d'un arrêt de huis clos qui n'affecte pas les droits de la défense ne saurait être critiquée par le demandeur* »<sup>2134</sup>. De même, la violation du *secret de l'instruction* concomitante à l'accomplissement d'un acte ne peut entraîner son annulation que s'il en est résulté une atteinte aux intérêts d'une partie<sup>2135</sup>. Une forme différente de grief tient une place résiduelle en procédure pénale. Elle concerne la question de la recherche de la vérité.

#### b) Le grief et le vice dans la recherche de la vérité

**413.** Une jurisprudence éparse adopte une conception particulière de la notion de grief. Ce préjudice serait constitué par le vice dans la recherche de la vérité. L'utilisation de ce moyen visait initialement à limiter le domaine des nullités substantielles mais une décision récente modifie la philosophie qui l'anime et marque la montée en puissance du principe de *loyauté dans la recherche des preuves*.

La jurisprudence sur le vice dans la recherche de la vérité a été initiée par un arrêt du 17 mars 1960 selon lequel « *les règles énoncées aux articles 63 et 64 du Code de procédure pénale ne sont pas prescrites à peine de nullité (...), leur inobservation, si elle engage même au regard de la loi pénale la responsabilité personnelle des officiers de police judiciaire qui les auraient méconnues ne saurait, par elle-même, entraîner la nullité des actes de la procédure, lorsqu'il n'a pas été démontré que la recherche et l'établissement de la vérité s'en sont trouvés viciés fondamentalement* »<sup>2136</sup>.

<sup>2133</sup> Sur ces notions, Cf. *supra*, n°290.

<sup>2134</sup> Cass. crim. 3 janvier 1996, *Droit pénal 1997*, n°3, com. n°43, p. 21, observations MARON A. ; *Droit pénal 1996*, n°10, com. n°233, p. 17, observations MARON A. ; *JCP 1997*, I, 4031, observations MARON A.

<sup>2135</sup> Cass. crim. 25 janvier 1996, *Dalloz 1996*, som. com., p. 258, observations PRADEL J. ; *Droit pénal 1996*, com. n°200, observations MARON A.

<sup>2136</sup> Cass. crim. 17 mars 1960, *Bull. crim.*, n°156, *JCP 1960*, II, 11641, note CHAMBON P. Les articles 63 et 64 C.pr.pén. gouvernement le déroulement de la garde à vue.

Cette exigence du vice dans la recherche de la vérité a trouvé à s'appliquer lorsque la garde à vue était décidée pendant l'instruction en vertu d'une commission rogatoire<sup>2137</sup>. Puis elle s'est étendue aux irrégularités qui entachent les conditions du maintien en détention en vertu de l'article 145-1 du Code de procédure pénale. Les formalités de l'article 127 du même Code prescrivent que la personne arrêtée à plus de deux cent kilomètres du siège du juge d'instruction qui a délivré le mandat doit être conduite dans les vingt-quatre heures devant le juge d'instruction ou devant le Procureur du lieu de l'arrestation. Cette disposition ne peut servir de fondement à la nullité d'un acte si « *la recherche et l'établissement de la vérité ne s'en sont pas trouvés viciés fondamentalement, ni la défense mise dans l'impossibilité d'exercer ses droits devant la juridiction d'instruction* »<sup>2138</sup>.

L'exigence d'un vice dans la recherche de la vérité est inspirée par une conception restrictive de la notion de grief. Pour obtenir l'annulation d'une irrégularité, la partie qui s'en prévaut ne peut simplement démontrer que ses intérêts sont mis en cause par le vice procédural. Un seul préjudice est admis : celui qui consiste à déformer la vérité au détriment de l'une des parties. En application de ce critère, la Cour d'appel de Douai a ainsi pu décider que les aveux obtenus lors d'une garde à vue totalement irrégulière étaient susceptibles de vicier la vérité<sup>2139</sup>. En réalité, cette forme particulière du grief marque la progression du principe de *loyauté dans la recherche de la preuve*.

Dans un arrêt du 27 février 1996, la Cour de cassation constate que « *l'interpellation de X... a procédé d'une machination de nature à déterminer ses agissements délictueux et que, par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves* »<sup>2140</sup>. Dans cette décision, la fonction du vice dans la recherche de la vérité a évolué. Ce grief sert non plus de condition *sine qua non* pour obtenir l'annulation d'un acte contraire à une disposition du Code, mais de fondement à la nullité d'un acte contraire au principe de *loyauté*. Le raisonnement est indiscutable. Dès lors que la recherche de la vérité a été entravée, déformée ou plus généralement viciée, les preuves qui en découlent ne peuvent être reçues et les actes qui transcrivent ces preuves doivent être annulés. La sanction s'est déplacée de la nullité d'une mesure restrictive de liberté (garde à vue, arrestation) vers les actes procéduraux les plus essentiels en ce qu'ils contiennent les preuves nécessaires à la condamnation.

Le vice dans la recherche de la vérité est donc un grief à part dans le droit des nullités. Utilisé à diverses fins dans la jurisprudence, il n'en marque pas moins la pénétration du principe de *loyauté* dans la procédure pénale.

La place des principes directeurs se dessine donc plus précisément avec l'exigence du grief dans la procédure des nullités. La violation d'une disposition textuelle ou substantielle est le fondement nécessaire mais insuffisant de l'annulation de l'acte. Une condition supplémentaire vient s'ajouter au mécanisme : celle du grief. Par ailleurs ce grief peut résulter de la violation d'un principe. Les principes directeurs apparaissent donc à deux niveaux différents : ils peuvent servir de fondement à la nullité, mais ils sont aussi au cœur du mécanisme d'annulation qui nécessite l'existence d'un grief. Si la charge de la preuve du

---

<sup>2137</sup> Cass. crim. 1<sup>er</sup> septembre 1987, *Bull. crim.*, n°308.

<sup>2138</sup> Cass. crim. 8 novembre 1988, *Bull. crim.*, n°383, *Dalloz* 1989, som. com., p. 176, note PRADEL J.

<sup>2139</sup> CA Douai 12 décembre 1962, *Gaz. Pal.* 1963, 1, juris., p. 407. En l'espèce, la garde à vue n'a pas été notifiée ; la personne poursuivie a été emmenée sans raison loin de sa région ; les heures d'interrogatoire et de repos n'ont pas été notées dans le procès verbal.

<sup>2140</sup> Cass. crim. 27 février 1996, *JCP* 1996, II, 22629, note RASSAT M.L. ; *Dalloz* 1996, juris., p. 346, note GUERY CH.

grief pèse normalement sur la partie qui se prévaut de la nullité, il se peut que la violation d'un principe directeur permette de faire présumer son existence.

## § 2 : La présomption du grief

**414.** Celui qui demande l'annulation d'un acte doit démontrer que l'irrégularité lui cause un préjudice. La jurisprudence a eu l'occasion dans un certain nombre d'espèces d'améliorer la situation du demandeur en établissant une présomption de grief. Celui qui se prévaut de l'irrégularité n'a plus à démontrer concrètement en quoi celle-ci a pu diminuer ses droits procéduraux. L'état de la jurisprudence rend difficile toute construction théorique autour de la présomption d'existence du grief. Certaines décisions ignorent simplement la question du grief alors que d'autres mettent en évidence l'existence de la présomption. Un auteur a mis en relation la présomption du grief et la gravité de l'irrégularité<sup>2141</sup>. On peut aussi dégager des solutions prétorienne que la violation de certains principes entraîne présomption d'atteinte aux intérêts d'une partie. Il peut s'agir du traditionnel principe des *droits de la défense* (A), mais encore de celui relatif à la protection de la *liberté individuelle*(B).

### A) Les droits de la défense et la présomption du grief.

**415.** L'article 197 du Code de procédure pénale prévoit les modalités de convocation des parties devant la chambre de l'instruction. Le Procureur général doit notifier par lettre recommandée à chacune d'entre elles et à son avocat la date de l'audience. A partir de cette formalité, les parties disposent d'un certain délai pour consulter le dossier et préparer leur défense en conséquence. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que « *ces prescriptions sont essentielles aux droits des parties et doivent être observées à peine de nullité* »<sup>2142</sup>. L'arrêt ne fait pas mention du grief. Son commentateur déduit de la violation de l'article 197 l'existence d'une « *présomption absolue d'atteinte aux droits de la défense* » dans la mesure où la formalité de l'article 197 « *est vitale pour la défense* »<sup>2143</sup>. La présomption du grief est ainsi établie en doctrine. Le silence de la Cour de cassation provoque néanmoins une interrogation sur la réalité et sur le caractère de cette présomption. Quant à sa réalité, on pourrait dégager de cet arrêt l'indifférence du grief dans la sanction de l'article 197. Cette explication doit être rejetée car la Cour de cassation envisage la possibilité de « *couvrir* » l'irrégularité. Dans un arrêt de 1994, elle décide que la présence de l'avocat à l'audience de la chambre d'accusation pour demander la nullité de la notification sans présenter d'observation au fond n'est pas susceptible de « *couvrir* » l'irrégularité<sup>2144</sup>. *A contrario* la situation dans laquelle l'avocat d'une partie privée se présenterait à l'audience pour défendre son client sur le fond doit permettre d'écarter l'annulation de la procédure puisque les *droits de la défense* n'ont pas été méconnus. La violation de l'article 197 entraîne donc bien une présomption et non une éviction du grief. Quant au caractère de la présomption, il faut admettre que le défendeur à l'action en nullité peut démontrer qu'aucun préjudice n'est résulté de l'irrégularité. Il s'agit donc d'une présomption simple. Dans un arrêt de 1991, la Cour de cassation a refusé d'annuler la notification si l'omission de la

<sup>2141</sup> Par exemple, LOBIN Y. La notion de grief dans les nullités des actes de procédure, *Mélanges Vincent*, Dalloz, Paris, 1981, p. 233.

<sup>2142</sup> Cass. crim. 15 octobre 1996, *Dalloz* 1997, som. com., p. 145, observations PRADEL. J.

<sup>2143</sup> *Ibid.*

<sup>2144</sup> Cass. crim. 3 avril 1984, *Bull. crim.* n°136.

formalité de l'article 197 al 1 n'avait pas eu pour effet de porter atteinte aux *droits de la défense*. Tel est le cas lorsque la personne poursuivie n'ayant pas demandé à comparaître personnellement, un mémoire a été déposé et des observations formulées pour sa défense à l'audience<sup>2145</sup>.

Dans certaines décisions, la Cour de cassation se contente de constater l'atteinte aux droits de la personne poursuivie. L'article 63-1 al 1 du Code de procédure pénale dispose que « *toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire (...) des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3, et 63-4 ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévue par l'article 63* »<sup>2146</sup>. La notification des droits, dès le placement en garde à vue, est un aspect essentiel de l'exercice des *droits de la défense* dans la mesure où la personne ne bénéficie pas encore de la présence de son avocat. Dans une espèce de 1996, une personne avait été placée en garde à vue après avoir renversé un piéton alors qu'elle était en état d'ébriété. Après dégrisement, l'individu fut interrogé par deux fois avant que son placement en garde à vue ainsi que ses droits lui soient notifiés. La Cour de cassation a annulé le procès verbal d'audition au motif qu'« *en différant le placement en garde à vue au-delà du temps nécessaire au dégrisement, les services de police ont méconnu les intérêts de X... et ont porté atteinte à ses droits* »<sup>2147</sup>. L'analyse de cet arrêt pose encore des difficultés. La Cour de cassation a-t-elle posé une présomption de grief consécutive à la notification différée des droits ou constate-t-elle simplement en l'espèce que le préjudice est effectivement réalisé ? La juridiction suprême a eu l'occasion de répondre à cette interrogation quelques mois plus tard en déclarant que « *tout retard injustifié dans la notification des droits porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* »<sup>2148</sup>. La présomption est donc établie avec certitude dans cette hypothèse<sup>2149</sup>.

La Cour de cassation alterne donc entre l'utilisation d'une formule qui ne laisse pas de doute sur l'existence d'une présomption et un silence qui sollicite l'interprétation doctrinale. En procédure civile, elle a annulé une assignation déclarant la personne sans domicile alors que l'huissier n'avait pas recherché concrètement le domicile de cette personne, sans plus de précision concernant le grief<sup>2150</sup>. La doctrine a déduit de cette solution l'existence d'un grief présumé dans le silence de l'arrêt<sup>2151</sup>.

L'équivoque de la construction jurisprudentielle de la présomption de grief est renforcée par les revirements de jurisprudence. L'article 57 du Code de procédure pénale prescrit à peine de nullité que les perquisitions doivent être faites en présence de la personne

<sup>2145</sup> Cass. crim. 27 novembre 1991, *Bull. crim.* n°441.

<sup>2146</sup> La loi du 15 juin 2000 a ajouté à l'article 63-1 C.pr.pén. que « *la personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs* ».

<sup>2147</sup> Cass. crim. 4 janvier 1996, *Bull. crim.*, n°5.

<sup>2148</sup> Cass. crim. 30 avril 1996, *Bull. crim.*, n°182. Dans le même sens, Cass. crim., 6 décembre 2000, *Procédures 2001*, n°3, com. 69, p. 16, observations BUISSON J.

<sup>2149</sup> Cette protection a été renforcée par la loi du 4 mars 2002. Désormais, les diligences résultant de la communication des droits doivent intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du début de la garde à vue (article 3 de la loi complétant l'article 63-1 du Code).

<sup>2150</sup> Cass. civ. 12 mai 1993, *JCP 1994*, II, 22320, note GIACOPELLI M. En procédure civile, la présomption est moins fréquente dans la mesure où l'article 114 nouv.C.pr.civ. met clairement à la charge du demandeur la preuve du grief. Il n'en reste pas moins que certaines juridictions du fond utilisent cette présomption sous couvert d'une appréciation *in abstracto* du grief. Sur ce point, Cf. COUTANT F. *Essai d'une théorie générale des nullités en procédure civile, pénale et administrative*, thèse Aix-en-Provence, 1996, pp. 197 et suiv.

<sup>2151</sup> *Ibid.*

chez qui les opérations ont lieu. Dans une espèce en date de 1988, la Cour de cassation a pu annuler, en application de cet article, des perquisitions effectuées au domicile d'une personne absente en considérant que « *la méconnaissance de ce texte porte nécessairement atteinte aux droits de la personne chez laquelle les perquisitions ont été effectuées* »<sup>2152</sup>. En 1996, dans une espèce similaire, la Cour de cassation a décidé que la perquisition « *n'a pas été de nature à porter atteinte aux intérêts du demandeur dès lors que ses épouse et maîtresse, (...) qu'aucun intérêt n'oppose (...) ont assisté aux investigations faites au domicile commun* ». Elle a pu encore rejeter une demande d'annulation d'un procès verbal de perquisition qui n'avait pas été signé en soulignant que « *le demandeur ne peut invoquer une quelconque atteinte à ses intérêts tirée de ce qu'il n'a pas signé le procès verbal de perquisition* »<sup>2153</sup>. Le commentaire de cette décision a conduit logiquement à déduire que la Cour de cassation exigeait à présent la preuve d'un grief pour mettre en œuvre la nullité textuelle tirée de l'article 57 du Code de procédure pénale<sup>2154</sup>.

La présomption de grief est donc attachée à certaines règles de forme sans que l'on puisse déterminer les raisons exactes qui motivent cette présomption. La violation du principe des *droits de la défense* peut donner naissance à un double régime de grief prouvé ou au contraire présumé selon les dispositions violées. La situation se complique encore lorsque la jurisprudence institue des présomptions de grief en dehors de toute atteinte aux *droits de la défense*.

#### B) La présomption du grief et la protection de la liberté individuelle.

**416.** Dans les années récentes, on a vu se développer un contrôle strict de la Cour de cassation sur les gardes à vue. Au-delà du respect des *droits de la défense*, c'est l'atteinte à la *liberté d'aller et de venir* qui préoccupe la juridiction suprême. Dans une espèce, une personne avait été retenue une première fois durant la phase d'enquête, puis à nouveau pendant l'instruction. Le cumul des deux gardes à vue dépassait le temps maximum prévu à l'article 77 du Code de procédure pénale. La chambre d'accusation avait pourtant refusé d'annuler les actes de procédure résultant de la garde à vue au motif d'une part que le cumul de rétention est licite et d'autre part que la personne poursuivie n'avait subi aucun grief de ce fait. Une telle analyse est concevable. Une appréciation restrictive de la notion de grief permet de réduire son application à la violation des droits procéduraux. En l'espèce, les *droits de la défense* relatifs à la garde à vue avaient été respectés. Du strict point de vue des poursuites, le dépassement de la durée légale ne portait atteinte à aucun droit résultant de la procédure. Telle ne fut pas la position de la Cour de cassation qui a considéré qu'« *une personne ne peut être retenue en garde à vue, à l'occasion des mêmes faits, pour une durée totale excédant 48 heures ; que le dépassement de ce délai, (...) constitue par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée* »<sup>2155</sup>.

Le cumul entre une mesure de rétention douanière et une garde à vue a été une nouvelle fois sanctionné. La Cour de cassation a estimé que l'addition des deux mesures ne pouvait

<sup>2152</sup> Cass. crim. 23 février 1988, *Bull. crim.* n°31.

<sup>2153</sup> Cass. crim. 17 septembre 1996, *Bull. crim.*, 316.

<sup>2154</sup> LESCLOUS V., MARSAT C. L'existence d'une nullité est-elle soumise à l'exigence d'un grief ? *Droit pénal 1997*, p. 7. La nullité textuelle de l'article 57 C.pr.pén. est visée à l'article 59 al 3 du même Code.

<sup>2155</sup> Cass. crim. 13 février 1996, *Bull. crim.*, n°74 ; *Dalloz 1996*, som. com., p. 258, observations PRADEL J. ; *JCP 1997*, I, 3998, observations VERON M.

dépasser la durée de vingt-quatre heures sans l'autorisation d'un magistrat. « *Le dépassement de ce délai constitue par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée* »<sup>2156</sup>.

Une telle solution s'impose à l'évidence. L'atteinte à la *liberté d'aller et de venir* que représente la garde à vue ne peut déborder le cadre légal. Elle se distingue nettement du droit procédural (information sur les charges et les droits, accès au dossier...) dont la méconnaissance peut théoriquement laisser intacte la possibilité de se défendre. La *liberté* est un droit qui dépasse largement le cadre du procès et il paraît difficile d'en subordonner le respect à l'exigence du grief. La Cour de cassation suit cette voie en faisant présumer le grief en cas d'atteinte au principe selon lequel *l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles*. Le problème a été soulevé par l'information du Procureur de la République prescrite par l'article 77 « *dans les meilleurs délais* ». Dans deux arrêts successifs, du 24 novembre 1998<sup>2157</sup> et du 29 février 2000<sup>2158</sup>, elle a décidé à propos du devoir d'informer le ministère public que « *tout retard dans la mise en œuvre de cette obligation, non justifié par des circonstances insurmontables, fait nécessairement grief aux intérêts de la personne concernée* ». La juridiction judiciaire s'est à ce titre conformée à la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 11 août 1993 selon laquelle les termes « *meilleurs délais ne sauraient avoir pour portée de priver les magistrats concernés du pouvoir de contrôle qu'il leur appartient d'exercer* »<sup>2159</sup>. De même, l'absence de motivation d'une autorisation de renouvellement de la garde à vue prescrite par l'article 77 al 2 du Code de procédure pénale a été jugée par la Cour de cassation comme portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue<sup>2160</sup>. Le commentateur de cette décision a d'ailleurs considéré, au regard de la jurisprudence de la chambre criminelle, que « *la garde à vue comportant un dispositif protecteur des intérêts de la personne concernée, la Cour de cassation considère que toute violation des normes régissant ce dispositif porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue* »<sup>2161</sup>.

Dans les arrêts relatifs à la protection de la *liberté individuelle*, la présomption d'existence du grief n'est pas susceptible d'être remise en cause car c'est l'atteinte à la *liberté* qui est sanctionnée. En conséquence tout dépassement du délai de garde à vue ou retard dans l'information du Procureur de la République est de nature à restreindre la portée de ce droit. Peut-on encore parler de présomption à cet égard ? La relation qui s'établit entre l'atteinte à l'obligation d'information et le grief est indestructible. La Cour de cassation n'ouvre aucune possibilité de la remettre en cause.

Avec les décisions sur la protection de la *liberté individuelle*, on se rend compte de la pluralité des formes que peut prendre le grief. Il ne s'agit pas seulement d'un préjudice procédural, mais encore d'une atteinte à un droit fondamental. Il faut alors souligner la complexité de l'action des principes directeurs dans le déroulement du procès. L'action procédurale qui permet de sanctionner un acte n'est pas réservée aux seuls principes procéduraux. Les droits fondamentaux de l'individu s'inscrivent dans le mécanisme des

<sup>2156</sup> Cass. crim. 11 décembre 1997, *Bull. crim.* n°424.

<sup>2157</sup> Cass. crim., 24 novembre 1998, *Procédures 1999*, com. n°138, observations BUISSON J.

<sup>2158</sup> Cass. crim. 29 février 2000, *Procédures 2000*, com. n°154, observations BUISSON J.

<sup>2159</sup> CC 11 août 1993 93-326 DC, *RFDC 1993*, n°16, p. 849, observations RENOUX TH. ; LE GUNHEHEC F., La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale, *JCP 1993*, I, 3720, p. 489 ; PRADEL J., Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi n°93-1013 du 24 août 1993. Un législateur se muant en Pénélope ou se faisant perfectionniste, *Dalloz 1993*, chron., p. 299.

<sup>2160</sup> Cass. crim. 9 mai 2001, *Procédures 2001*, n°7, p. 21, com. n°158, observations BUISSON J.

<sup>2161</sup> BUISSON J. observations sous, Cass. crim. 9 mai 2001, *Procédures 2001*, n°7, p. 21, com. n°158.



nullités. On admettra en effet qu'une ordonnance de placement en détention provisoire puisse être annulée en raison de sa contradiction avec le principe de *liberté*<sup>2162</sup>. La remise en liberté de l'individu n'a pas d'incidence sur la validité des actes d'instruction. Lorsque le principe de *liberté* est utilisé pour sanctionner un dépassement de la durée d'une garde à vue ou l'absence de contrôle de l'autorité judiciaire sur une telle mesure, les conséquences peuvent être plus graves car la nullité va porter sur des actes d'enquête ou d'instruction. On retrouve ce phénomène lorsque la Cour de cassation décide d'annuler des actes procéduraux en raison de l'atteinte à la *présomption d'innocence*<sup>2163</sup>.

Une telle solution peut paraître paradoxale. Elle souligne néanmoins la puissance de l'action de certains principes dans le champ procédural. Ce fait est d'autant plus marquant que dans les arrêts relatifs à la protection de la *liberté individuelle*, l'existence du grief semble irréfragablement présumée. En conséquence tout dépassement du délai de garde à vue ou retard dans l'information du Procureur de la République est de nature à restreindre la portée de ce droit. Une solution plus radicale encore consiste à évincer l'exigence du grief comme condition de la nullité.

### § 3 : L'éviction du grief

**417.** Le grief symbolise l'atteinte aux droits d'une partie au procès. Toutefois, les nullités procédurales n'ont pas pour unique objectif de protéger les parties. Certaines règles ont pour vocation de soutenir l'institution judiciaire dans sa mission. Pour cette raison, l'exigence d'un grief peut être écartée lorsque sont en cause des questions qui relèvent de l'ordre public.

**418. *Les nullités et l'ordre public.*** L'éviction de l'exigence du grief par l'ordre public ne se pose plus aujourd'hui qu'en procédure pénale. Dans le contentieux civil, après une certaine résistance de la Cour de cassation à la réforme de 1935, il est aujourd'hui établi clairement par l'article 114 al 2 du nouveau Code de procédure civile que « *la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public* »<sup>2164</sup>.

Les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale ne se prononcent pas sur la question de l'ordre public. La Cour de cassation a ainsi pu développer une jurisprudence abondante qui utilise cette notion pour sanctionner un acte sur le simple constat de son irrégularité. Un auteur établit un parallèle entre l'ordre public et l'intérêt général<sup>2165</sup> ; un autre estime que les nullités d'ordre public « *sont par hypothèse les plus graves* »<sup>2166</sup> ; d'autres assimilent l'ordre public et « *les principes fondamentaux, les règles essentielles à la validité de la procédure (...) l'ensemble des règles qui garantissent le bon fonctionnement du système répressif ou l'ensemble des intérêts généraux de la société* »<sup>2167</sup>. De l'analyse de la

<sup>2162</sup> Par exemple du fait du dépassement des délais légaux.

<sup>2163</sup> Cf. sur ce point, *supra*, n°398.

<sup>2164</sup> Cf. sur ce point, *supra*, n°410.

<sup>2165</sup> BROUILLAUD J.P. Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées, *Dalloz* 1996, chron., p. 98.

<sup>2166</sup> PRADEL J., VARINARD A. *Les grands arrêts du droit criminel*, t. 2, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1998, p. 184.

<sup>2167</sup> MERLE R., VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale*, t. 2, 4<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 1989, n°481, p. 556. Plus généralement sur la relation entre les principes directeurs et l'ordre public, Cf. *supra*, n°266 et suiv.

jurisprudence de la Cour de cassation<sup>2168</sup> il ressort que les nullités d'ordre public peuvent être classées en trois catégories. Les premières sanctionnent les conditions d'exercice de l'action publique ; les deuxièmes corrigent les vices en matière d'organisation de la juridiction pénale ; les dernières garantissent le respect des principes fondamentaux de la procédure pénale<sup>2169</sup>.

L'intérêt de relever une irrégularité d'ordre public est d'échapper à l'exigence du grief prévue notamment à l'article 802 du Code de procédure pénale. La jurisprudence affirme clairement cette solution en décidant que l'article 802 ne saurait trouver application lorsqu'il s'agit d'appliquer une disposition d'ordre public<sup>2170</sup>. Dans un arrêt du 25 février 1980, la chambre criminelle précise encore que certaines dispositions de la loi du 29 juillet 1881 « tendent à garantir les droits de la défense et touchent à la protection de la liberté d'expression (...) qu'ainsi l'application des articles 565 et 802 (...) se (trouve) exclue »<sup>2171</sup>.

La Cour de cassation opère donc une interprétation stricte de l'article 802 en écartant de son champ d'application les irrégularités qui remettent en cause l'ordre public processuel. Dans cet ordre public, on trouve un certain nombre de règles purement techniques qui concernent l'expertise, l'ordre et la composition des juridictions<sup>2172</sup>... mais aussi certains principes directeurs.

**419. Les droits de la défense et l'ordre public.** La nullité d'ordre public est retenue concernant les règles qui mettent en œuvre *les droits de la défense*. Dès le début du siècle, la chambre criminelle a considéré qu'entraînait une nullité d'ordre public, l'interrogatoire de l'« inculpé » sous serment qui nie son droit au silence ou encore celui de ne pas s'accuser<sup>2173</sup>. Plus généralement, la jurisprudence assimile parfois les *droits de la défense* et l'ordre public. Dans l'arrêt précité du 25 février 1980<sup>2174</sup>, la Cour de cassation en excluant l'application de l'article 802 considère nécessairement que les *droits de la défense* constituent un cas de nullité d'ordre public. La Cour avait déjà eu l'occasion de mettre en relation ces deux notions<sup>2175</sup>. Certaines juridictions du fond reprennent cette solution à l'image de la Cour d'appel de Paris qui affirme que « la présence d'actes de procédure annulés constitue indubitablement une atteinte aux droits de la défense des prévenus dont ceux-ci sont fondés à se prévaloir, puisque touchant à l'ordre public »<sup>2176</sup>. Cette proximité entre le principe et le concept d'ordre public n'a pas manqué de surprendre. On a fait remarquer que « les deux notions s'opposent généralement »<sup>2177</sup>. On a pu aussi mettre au jour les contradictions jurisprudentielles en rappelant que certains arrêts subordonnent la nullité à une atteinte

<sup>2168</sup> BORE J. *La cassation en matière pénale*, LGDJ, Paris, 1985, n°1651 et suiv., pp. 508 et suiv.

<sup>2169</sup> M. BORE classe dans cette catégorie les « règles qui revêtent une importance essentielle pour la bonne administration de la justice. *Ibid*, n°1666, p. 512.

<sup>2170</sup> Tel est le cas des dispositions découlant des textes relatifs à l'entraide répressive internationale. Cass. crim. 4 novembre 1997, *Bull. crim.*, n°365.

<sup>2171</sup> Cass. crim. 25 février 1980, *Bull. crim.*, n°70. L'article 565 C.pr.pén. pose l'exigence d'un grief comme condition à l'annulation d'un exploit.

<sup>2172</sup> BORE J. *La cassation en matière pénale*, *op. cit.*, pp. 510 et 512.

<sup>2173</sup> Cass. crim. 6 janvier 1923, *Sirey* 1923, 1, p. 185.

<sup>2174</sup> Précit.

<sup>2175</sup> Cass. crim. 26 juin 1979, *Bull. crim.* n°230. La Cour de cassation affirme que « la violation des prescriptions de l'article 167 C.pr.pén. pouvait être constitutive d'une violation des droits de la défense et par suite génératrice d'une nullité touchant l'ordre public ».

<sup>2176</sup> CA Paris 21 juin 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1, som., p. 14.

<sup>2177</sup> BORE J. *La cassation en matière pénale*, *op. cit.*, p. 512.

effective aux intérêts de la défense<sup>2178</sup>, ce qui permettrait de « *considérer que les droits de la défense ne sont pas d'ordre public* »<sup>2179</sup>.

Il est effectivement étonnant de voir que le principe s'imisce partout dans le droit des nullités sans pour autant gouverner clairement leur mise en œuvre. Les *droits de la défense* servent de fondement à certaines nullités, ils constituent des griefs prouvés, présumés, ou peuvent entraîner une nullité d'ordre public. Ils sont présents à travers des règles techniques ou à travers d'autres principes.

**420. Les principes inclus dans les droits de la défense et l'ordre public.** Les principes dont la violation provoque une nullité d'ordre public peuvent effectivement être rangés dans la catégorie des *droits de la défense*. Certains arrêts font nettement apparaître le lien entre les *droits de la défense*, l'ordre public et un autre principe directeur du procès. On en trouve une illustration dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry le 30 mai 1990<sup>2180</sup>. Les juges avaient à se prononcer sur la validité d'une visite domiciliaire effectuée par des agents des douanes. La Cour affirme d'abord que « *la justice a besoin de s'assurer de la loyauté des moyens de preuve soumis à son appréciation et opposés au délinquant* ». Elle constate ensuite qu'« *en l'absence (...) de fourniture de preuves loyales pouvant être soumises au débat contradictoire et discutées par X..., au moment où l'administration des Douanes a décidé de procéder à la visite du domicile de X..., (...) cette visite est illégale et atteinte d'une nullité d'ordre public comme étant attentatoire aux droits de la défense* ». Dans cet arrêt, la Cour prolonge la jurisprudence qui procède à une inclusion des *droits de la défense* dans l'ordre public processuel. Elle étend de même la qualité d'ordre public au principe de *loyauté* qui est inclus dans les *droits de la défense*. Cette intégration en deux temps permet d'attribuer au principe de *loyauté* le caractère de règle d'ordre public.

La relation entre l'ordre public, les *droits de la défense* et d'autres principes n'est pas toujours aussi nette. Si certains principes, éléments des *droits de la défense*, sont globalement considérés comme faisant partie de l'ordre public, d'autres n'y sont intégrés que partiellement. De même on assiste à un mouvement jurisprudentiel qui tend à retirer le qualificatif d'ordre public à des principes pour lesquels une telle appartenance ne faisait aucun doute.

L'*oralité* des débats est un principe essentiel de la procédure de jugement. En jurisprudence, il est considéré comme un principe d'ordre public. Dans un arrêt du 31 mars 1965, la Cour de cassation affirmait clairement qu'« *il est de principe qu'en Cour d'assises, le débat doit être oral* ». Sur ce fondement, elle a cassé un arrêt qui refusait d'entendre un témoin qui avait été interrogé pendant l'instruction par les autorités de police et le juge d'instruction en affirmant que « *la Cour a méconnu le principe du débat oral et porté atteinte aux droits de la défense* »<sup>2181</sup>. La chambre criminelle ne vise par directement l'ordre public et la référence aux *droits de la défense* n'est pas, cette fois, éclairante. Il est difficile de savoir si la Cour pense que la violation des *droits de la défense* a causé un grief à la partie concernée ou au contraire, si par l'intermédiaire de ce principe, elle assimile l'*oralité des débats* à l'ordre public. Le silence de la juridiction suprême ne trompe pas le commentateur de l'arrêt selon lequel « *le principe d'oralité des débats est d'ordre public et la Cour de cassation a*

<sup>2178</sup> PRADEL J. citant un arrêt de la chambre criminelle du 2 septembre 1986 (*Bull. crim.*, n°25). La notion d'« *intérêts de la défense* » évoque sans aucun doute celle d'« *intérêts de la partie* (que la nullité) *concerne* » de l'article 802. PRADEL J. observations sous, Cass. crim. 17 septembre 1996, *som. com.* p. 144.

<sup>2179</sup> *Ibid.*

<sup>2180</sup> CA Chambéry 30 mai 1990, *JCP 1991*, II, note PANNIER J.

<sup>2181</sup> Cass. crim. 31 mars 1965, *JCP 1966*, II, note A. R.

toujours veillé strictement à son application »<sup>2182</sup>. Effectivement, d'autres arrêts sont plus nets à ce sujet. Par exemple cette décision du 27 octobre 1997 par laquelle la chambre criminelle affirme que « l'omission du rapport oral, formalité destinée à l'information de la juridiction saisie, n'entre pas dans les prévisions de l'article 802 C.pr.pén. et doit être sanctionnée par l'annulation de l'arrêt qui ne mentionne pas l'accomplissement de cette formalité »<sup>2183</sup>.

Cet arrêt affirme clairement le caractère d'ordre public de l'*oralité* mais ne donne pas d'explication sur les fondements d'une telle solution. Dans l'arrêt de 1965, l'*oralité* semble appartenir à l'ordre public parce qu'elle protège les *droits de la défense* et permet à l'accusé de faire interroger un témoin oralement. Dans l'arrêt de 1997, l'*oralité* est d'ordre public car elle permet une bonne information de la juridiction, c'est à dire une bonne administration de la justice. Cette finalité se distingue de la protection des intérêts des parties. L'*oralité* garantit donc tout à la fois les droits des parties et les intérêts de la justice. L'ordre public qui assure une protection efficace de ce principe présente une polymorphie évidente. Un même principe trouve en son sein deux raisons différentes de s'inscrire dans le champ de l'ordre public.

La complexité demeure lorsque l'ordre public ne s'attache qu'à certaines règles qui mettent en œuvre un principe. Le *double degré de juridiction* en est une illustration. La Cour de cassation ne range pas de façon générale le *double degré de juridiction* parmi les règles d'ordre public. Elle déclare que les formes et les délais d'appel sont d'ordre public et attribue particulièrement ce caractère à la requête prévue à l'article 507 al 4 du Code de procédure pénale qui permet à l'appelant de demander au président de la chambre des appels correctionnels de déclarer immédiatement recevable sa demande<sup>2184</sup>. La Cour accorde donc la qualité d'ordre public à des règles qui encadrent et limitent le droit au *double degré de juridiction* (formes et délai de l'appel) mais aussi à d'autres qui tendent à la promotion de ce droit (requête en recevabilité immédiate)<sup>2185</sup>. Elle a aussi déclaré d'ordre public la règle de l'article 546 du Code de procédure pénale qui interdit l'exercice de l'appel contre certaines décisions rendues en matière contraventionnelle. Le *double degré de juridiction* connaît donc une intégration complexe dans la catégorie des règles d'ordre public. Le principe en lui-même ne possède pas cet attribut. En revanche certaines règles techniques qui en améliorent l'application ont cette qualité. A l'inverse, des règles qui en diminuent la portée peuvent aussi trouver leur place dans le domaine de l'ordre public. Il n'existe donc pas de relation uniforme et cohérente entre le principe et l'ordre public. Cette incohérence se retrouve dans l'évolution jurisprudentielle à propos du principe de *publicité*.

L'article 400 du Code de procédure pénale prescrit que les audiences sont publiques pour le jugement des délits. La Cour de cassation a déclaré de façon constante non seulement que la « *publicité des débats est un principe essentiel de la procédure pénale* »<sup>2186</sup> mais encore qu'il s'agit d'une « *règle d'ordre public qui ne souffre d'exception que dans les cas déterminés par la loi* »<sup>2187</sup>. Une telle solution s'impose et les juges du fond rappellent que « *la publicité des débats dans la société démocratique relève de l'ordre public processuel, de*

---

<sup>2182</sup> *Ibid.*

<sup>2183</sup> Cass. crim. 27 octobre 1997, *Bull. crim.*, n°351.

<sup>2184</sup> Cass. crim. 25 février 1991, *Bull. crim.*, n°91.

<sup>2185</sup> Il faut remarquer plus généralement que les *droits de la défense* sont protégés dans les deux hypothèses. Le respect des formes et des délais garantit les droits de l'intimé alors que la recevabilité immédiate assoit la situation de l'appelant.

<sup>2186</sup> Cass. crim. 10 juillet 1974, *Bull. crim.*, n°253.

<sup>2187</sup> Cass. crim. 17 mars 1970, *Dalloz* 1970, *juris.*, p. 406.

*nature à permettre d'éviter la suspicion sur l'impartialité des juges* »<sup>2188</sup>. Pourtant, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a opéré un revirement en décidant que la violation du principe de *publicité des débats* « ne doit pas entraîner l'annulation de la décision, dès lors qu'il n'est pas établi, ni même allégué, qu'elle ait porté atteinte aux intérêts du demandeur »<sup>2189</sup>.

La situation bien établie d'un principe dans le domaine de l'ordre public est donc, en toute hypothèse et quel qu'en soit le bien fondé, soumise à l'aléa jurisprudentiel. Un tel phénomène trouve certainement une partie de son explication dans l'absence de définition de la notion même d'ordre public et dans les intérêts complémentaires ou contradictoires qui s'y trouvent protégés. Cet état de fait est d'autant plus regrettable que l'incidence de la qualification d'ordre public est essentielle dans le régime des nullités de la procédure pénale. A ce titre, l'exigence systématique du grief imposée par le nouveau Code de procédure civile pour sanctionner une nullité de forme peut paraître simpliste. Elle présente néanmoins le mérite non négligeable de fournir des solutions claires et uniformes.

L'utilisation de l'ordre public pour écarter l'exigence du grief n'est pas une technique très efficace de sanction des principes directeurs. Les relations qu'entretiennent ces deux catégories (règles d'ordre public et principes directeurs) présentent une telle diversité de situations qu'elles s'avèrent inadaptées à l'unification du système des principes directeurs autour d'un mécanisme de sanction cohérente. La présence des principes dans ce mécanisme se caractérise par une action essentielle dans la mise en œuvre des recours sanctionneurs des irrégularités procédurales.

### *Section 3 : Les principes directeurs du procès judiciaire et la mise en œuvre de la sanction procédurale*

**421.** Le contrôle de la validité des procédures est un mécanisme progressif. Les principes directeurs occupent une place importante dans la mise en œuvre des divers recours qui permettent, à différents stades de la procédure, de contrôler que ce qui a été jugé antérieurement l'a été dans le respect des règles du droit processuel. A l'origine de tous les mécanismes de contrôle se trouvent deux principes : celui du *droit au juge* et celui du *droit au recours*. En association avec d'autres, ces deux règles vont ouvrir aux justiciables une succession de recours. Il s'agit de permettre un contrôle des décisions arbitrales ou étrangères par le juge judiciaire français (§ 1) ; d'obtenir, par la voie de l'annulation, un double examen au fond de sa cause (§ 2) ; d'ouvrir plus généralement le contrôle de la régularité de toute décision rendue en dernier ressort par la Cour de cassation (§ 3) et parfois même de demander la révision de la chose jugée (§ 4).

#### **§ 1 : Le droit au juge judiciaire français**

**422.** A première vue, le droit au juge judiciaire français n'a pas pour objectif de contrôler la régularité d'un acte de procédure puisqu'aucun procès n'a débuté. Il existe

---

<sup>2188</sup> CA Douai 2 octobre 1997, *Dalloz 1997*, n°37, actualités, p. 1. Dans cet arrêt, la confusion entre ordre public et *droits de la défense* est à son comble car la Cour d'appel estime que la violation du principe d'ordre public de la *publicité des débats* est « présumée de façon irréfragable porter nécessairement atteinte aux intérêts des prévenus ». Tel est effectivement le double visage de la publicité qui en garantissant l'*impartialité* de la juridiction protège tout à la fois les intérêts des parties et garantit la légitimité de l'institution judiciaire.

<sup>2189</sup> Cass. crim. 15 juin 1999, *Dalloz 1999*, juris., p. 689, note MAYER D., CHASSAING J.F.

pourtant deux exceptions traditionnelles de conflit procédural né avant le premier jugement en France : le jugement rendu à l'étranger produisant des effets sur le territoire national (A) et la sentence arbitrale (B).

#### A) Le recours procédural contre le jugement rendu à l'étranger

**423.** Les jugements étrangers sont soumis, pour obtenir une force exécutoire en France, à une procédure d'*exequatur*. Pour autant, sans cette validation par le juge judiciaire, les décisions étrangères produisent certains effets de fait, de preuve et de titre<sup>2190</sup>. Leurs conséquences qui se sont produites à l'étranger vont avoir des répercussions en France. Ces décisions pourront encore servir de moyens de preuve, tels une reconnaissance de dette, ou un constat d'adultère que le juge français appréciera dans les limites de sa compétence. Ces décisions peuvent enfin avoir la valeur de titre. Un jugement étranger qui condamne une société française au paiement d'une dette constitue un titre que le créancier étranger pourra faire valoir si le débiteur fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Dans certains cas particuliers, le droit français reconnaît à la décision étrangère l'effet de chose jugée. Dès 1860 puis très nettement en 1930, la Cour de cassation a reconnu l'*autorité de la chose jugée* aux jugements étrangers relatifs à l'état et la capacité des personnes<sup>2191</sup>. Une telle sentence n'est pas exécutoire mais elle produit des effets juridiques importants.

Le fait qu'une décision rendue à l'étranger puisse avoir des conséquences juridiques en France est de nature à causer un préjudice aux personnes à qui cette décision est opposable. Une telle situation n'est admissible que s'il existe une garantie que le procès mené à l'étranger l'ait été conformément aux principes fondamentaux de la procédure. Si aucune demande en vue d'obtenir l'*exequatur* n'est formulée, le contrôle procédural de l'acte est impossible. C'est pour cette raison que la jurisprudence a développé une action en inopposabilité ouverte aux personnes qui subissent les effets de la sentence étrangère. Cette action a été consacrée pour la première fois par un arrêt de la Cour d'appel de Paris en 1948<sup>2192</sup>. La juridiction française avait alors accordé qu'un jugement de divorce prononcé à l'étranger soit déclaré inopposable à l'époux en France. L'action en inopposabilité est considérée comme symétrique à la demande d'*exequatur* car le juge français va exercer le même contrôle<sup>2193</sup>. Le juge contrôle la compétence de la juridiction et la loi applicable, mais il vérifie aussi que la procédure n'a pas été contraire à l'ordre public et « *aux principes du droit international qui imposent la sauvegarde des droits de la défense* »<sup>2194</sup>. La conformité de la décision étrangère avec le principe des *droits de la défense* est effectivement l'un des aspects essentiels du contrôle procédural exercé par le juge français. La Cour de cassation a ainsi pu casser un arrêt qui avait admis l'opposabilité d'un jugement rendu au Maroc, à l'encontre d'un marocain domicilié en France, en reprochant à la Cour d'appel de n'avoir pas

---

<sup>2190</sup> Sur tous ces points, CADIET L. *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 1998, n°1515 et suiv., pp. 641 et suiv.

<sup>2191</sup> Cass. requ 3 mars 1930, *Sirey* 1930, 1, p. 377, note NIBOYET J.P. « *Les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur* ».

<sup>2192</sup> CA Paris 15 décembre 1948, *Dalloz* 1949, juris., p. 461, note SAVATIER R., *JCP* 1949, II, 4950 note SARRAUTE R., TAGER P.

<sup>2193</sup> MUIR WATT, Effets en France des décisions étrangères, *Juris-Classeur procédure*, fasc. 124-10, p. 3.

<sup>2194</sup> SARRAUTE R., TAGER P., note sous Cass. civ. 22 janvier 1951, *JCP* 1951, II, 6151.

recherché « si (...) la procédure suivie devant les autorités marocaines permettait à chaque partie de faire valoir ses prétentions ou ses défenses »<sup>2195</sup>.

Un autre moyen peut être mis en avant en application du principe *fraus omnia corrumpit*. La fraude peut provenir d'un détournement de la loi normalement applicable (fraude sur le fond du litige) mais elle peut encore consister dans la saisine d'un juge incompétent en créant frauduleusement les conditions de sa compétence (fraude au jugement)<sup>2196</sup>.

Les principes directeurs interviennent donc à deux niveaux dans la mise en œuvre du recours en inopposabilité. D'une part, le *droit au juge* permet à la personne qui subit un préjudice du fait de la décision étrangère de demander un contrôle de la régularité de cette décision. D'autre part, le contrôle procédural opéré par le juge français s'effectue au regard des principes directeurs que sont les *droits de la défense*, et l'*interdiction de la fraude*. Tous les principes directeurs du procès judiciaire ne servent pas de fondement à l'inopposabilité et le recours au juge français n'ouvre le droit qu'à un contrôle superficiel de la décision étrangère.

L'explication de cet examen de surface peut se trouver dans l'idée que l'affaire ayant déjà été jugée, il peut donc paraître contestable de remettre en cause un jugement souverainement adopté à l'étranger. Il faut alors chercher un équilibre entre le contrôle des principes essentiels et le respect de la décision étrangère. Cet équilibre guide encore le contrôle de la régularité procédurale des sentences arbitrales.

## B) Le recours procédural contre les sentences arbitrales

**424. Le recours en annulation et la décision arbitrale.** L'arbitrage est une procédure singulière à mi-chemin entre la justice privée et publique, entre la composition et le conflit. Pour cette raison, les recours contre les décisions arbitrales sont limités par la loi mais peuvent encore l'être par la convention d'arbitrage. L'opposition et le pourvoi en cassation sont exclus par le nouveau Code de procédure civile et les parties peuvent convenir de l'interdiction d'un appel contre la sentence<sup>2197</sup>. Cette limitation des voies de recours pose un problème certain dans la mesure où la sentence arbitrale détient une force juridique importante et possède, dès son prononcé, l'*autorité de la chose jugée*<sup>2198</sup>. Seul son caractère exécutoire est soumis au contrôle du juge.

Les juridictions judiciaires ont pu développer une jurisprudence qui tend à assurer le respect des règles procédurales essentielles par les arbitres. Dès le 19<sup>ème</sup> siècle, elles ont déclaré l'appel recevable contre ces sentences malgré la renonciation conventionnelle<sup>2199</sup>. Cette recevabilité concerne les moyens fondés sur l'ordre public ou sur un excès de pouvoir résultant notamment du fait que les arbitres ont statué sans avoir donné aux parties le délai convenu pour présenter leur défense. Cette jurisprudence s'est maintenue au vingtième siècle et la Cour d'appel de Paris a pu déclarer que la renonciation à l'appel était sans effet lorsque

---

<sup>2195</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 6 juin 1990, *Bull. civ.*, n°138.

<sup>2196</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 1<sup>er</sup> mars 1988, *Bull. civ.*, n°55.

<sup>2197</sup> Cette exclusion est automatique lorsque l'arbitre statue en amiable compositeur, sauf aux parties à réserver cette faculté (article 1482 nouv.C.pr.civ.).

<sup>2198</sup> Article 1476 nouv.C.pr.civ.

<sup>2199</sup> CA Paris 15 février 1851, *Dalloz 1851*, 2, p. 78.

le recours visait une irrégularité contraire à l'ordre public et se trouvait fondée « *notamment sur des moyens tirés de la violation des droits de la défense* »<sup>2200</sup>.

Une réforme intervenue par deux décrets du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981 s'est inspirée de cette jurisprudence et a institué un recours approprié contre les sentences arbitrales fondé sur l'irrégularité de la décision : le recours en annulation. Le *droit au recours* est au centre de la réforme de l'arbitrage. L'esprit des changements alors opérés était de « *toujours laisser ouverte une voie de contestation, mais une seule, à l'encontre de la décision prise par les arbitres* »<sup>2201</sup>. Ainsi, la voie de l'appel est théoriquement ouverte contre les décisions des arbitres mais la pratique l'évite généralement. Lorsque l'appel est exclu par la convention, ou qu'il n'a pas été expressément prévu pour l'amiable composition<sup>2202</sup>, les parties disposent alors d'un recours approprié visant à l'annulation de la sentence<sup>2203</sup>. Cette voie de recours est venue se substituer à l'appel-nullité créé en jurisprudence et à l'opposition à l'*exequatur*<sup>2204</sup>. Si le recours en annulation est une voie ordinaire, il n'en reste pas moins que son exercice est soumis à la réalisation d'une des conditions prévues par l'article 1484 du nouveau Code de procédure civile. Ces cas d'ouverture sont au nombre de six : l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ; le Tribunal a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ; le principe de la *contradiction* n'a pas été respecté ; la sentence n'est pas motivée ; le nom, la signature des arbitres ou la date ne figurent pas sur l'acte ; l'arbitre a violé une règle d'ordre public.

Le recours en annulation est uniquement un processus de contrôle procédural. La jurisprudence a eu l'occasion de déclarer que la liste des conditions d'ouverture figurant à l'article 1484 était limitative et qu'une Cour d'appel n'avait pas à répondre à une argumentation concernant le fond de l'affaire<sup>2205</sup>.

**425. Le recours en annulation et les principes directeurs.** La place des principes directeurs dans la mise en œuvre du recours n'est pas négligeable. Le recours en annulation rassemble toutes les formes de déclinaison du *droit au juge*. Il s'agit d'abord du *droit au premier juge*, dans le sens d'un accès à la décision juridictionnelle. Certes, la sentence arbitrale forme une première décision qui s'impose entre les parties mais il s'agit en quelque sorte d'une sentence avant jugement. Ce qui a été jugé par les arbitres n'est pas en cause, mais la procédure qu'ils ont utilisée peut être contrôlée. Cette contestation passe par la saisine de la juridiction judiciaire pour la première fois. D'un autre côté, le recours annulation s'affirme avant tout comme l'expression d'un *droit au recours* en ce qu'il vise à sanctionner l'irrégularité procédurale d'une décision rendue par des juges privés. Le recours en annulation peut enfin prendre la forme d'un *double degré de juridiction* puisqu'il est porté devant une Cour d'appel et que celle-ci doit, si elle annule la sentence arbitrale, statuer au fond « *dans la limite de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire de toutes les*

---

<sup>2200</sup> CA Paris 17 mars 1960, *Dalloz* 1960, juris., p. 699, .

<sup>2201</sup> RONDEAU-RIVIER M.C. Arbitrage – la décision arbitrale, *Juris-Classeur*, fasc. 1046, p. 4.

<sup>2202</sup> Distinction qui ressort de l'article 1482 nouv.C.pr.civ.

<sup>2203</sup> Article 1484 nouv.C.pr.civ.

<sup>2204</sup> LOUSSOUARN Y., Les voies de recours dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, *Rev. Arb.* 1980, p. 682. L'opposition à l'*exequatur* était une procédure prévue par les textes mais ouverte dans un certain nombre d'hypothèses limitatives. Les restrictions posées à l'ouverture des recours avait justifié le développement de l'appel-nullité contre les décisions arbitrales. GIVERDON C. Appel - Appel-nullité, *Juris-Classeur*, fasc. 717-3, p. 2.

<sup>2205</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 28 avril 1986, *Bull. civ.*, n°65.



parties »<sup>2206</sup>. La Cour d'appel saisie d'un recours en annulation peut donc se muer en juridiction arbitrale du second degré.

Ce recours procédural est donc une construction complexe autour des principes directeurs qui organisent les voies de recours. Ces principes ne sont pas les seuls à agir dans le mécanisme de contrôle d'une décision arbitrale. D'autres font partie des conditions de mise en œuvre de cette voie de recours. Ils sont apparents ou dissimulés.

L'arbitre doit se conformer à sa mission. Celle-ci peut avoir été définie dans la convention d'arbitrage, mais le Code détermine aussi des obligations qui s'imposent à la juridiction arbitrale<sup>2207</sup>. Si les arbitres ne sont généralement pas tenus par les règles qui régissent le déroulement du procès judiciaire, l'article 1460 du nouveau Code de procédure civile précise que les « principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 al 1 et 13 à 21 sont toujours applicables dans l'instance arbitrale ». Les principes directeurs prévus dans les dispositions liminaires sont donc pour la plupart des causes d'ouverture de la voie d'annulation. Seuls certains aspects du principe de *coopération* ne s'appliquent pas à l'arbitrage en raison du particularisme de cette voie de recours. Tel est le cas de l'article 12 du nouveau Code qui fait obligation au juge de statuer conformément aux règles de droit alors que l'arbitre peut s'en dispenser s'il siège en amiable compositeur. Les principes relatifs aux *droits de la défense*<sup>2208</sup> s'imposent à l'arbitre de même que ceux qui règlent la *charge de la preuve*<sup>2209</sup>. Dans le cadre de sa mission, l'arbitre devra encore respecter certains principes. Celui du *secret des délibérés* est affirmé à l'article 1469 du nouveau Code. Ceux de *l'indépendance* et de *l'impartialité* peuvent encore servir de fondement au recours en annulation<sup>2210</sup>.

L'obligation pour l'arbitre de se conformer à sa mission est donc un cas d'ouverture du recours en annulation qui occupe un domaine très vaste. Les principes y prennent place comme les règles essentielles que l'arbitre ne peut contourner. Par ailleurs, l'article 1484 prévoit spécialement l'action de deux principes dans la mise en œuvre du contrôle procédural de la décision arbitrale. Il s'agit du *contradictoire* et de la *motivation*.

Le principe du *contradictoire*, en raison de l'application combinée des articles 1484, 1460 et 16 du nouveau Code de procédure civile, oblige l'arbitre à faire respecter et respecter lui-même la *contradiction*. Il s'impose même si l'arbitre statue en amiable compositeur. Cette obligation était déjà sanctionnée avant l'entrée en vigueur des décrets de 1980 et 1981<sup>2211</sup>. Elle soumet l'arbitre aux mêmes obligations que le juge.

Le principe de la *motivation* est un motif fréquent de recours en annulation. L'obligation de la *motivation* de la sentence arbitrale française est une règle d'ordre public et s'impose à chaque arbitre qu'il statue en droit ou en amiable compositeur. Le juge judiciaire

---

<sup>2206</sup> Article 1485 nouv.C.pr.civ.

<sup>2207</sup> « Il pourra être reproché aux arbitres de ne pas avoir respecté les règles relatives au déroulement procédural de l'instance qu'ils étaient tenus de suivre » affirme Mme RONDEAU-RIVIER, *Juris-Classeur*, op. cit., n°42, p. 11. En ce sens CA Paris 23 mai 1986, *Gaz. Pal.* 1987, tables V° arbitrage p. 68, n°17. Selon cet arrêt, l'arbitre qui ne se conforme pas aux règles de procédures prévues sort de la mission qui lui a été conférée (en l'espèce, il s'agissait de la violation du principe de la *motivation*).

<sup>2208</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 9 décembre 1981, *Dalloz* 1983, juris., p. 238, note ROBERT J.

<sup>2209</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 28 février 1990, *Bull. civ.*, n°43. La Cour de cassation affirme que l'article 9 nouv.C.pr.civ. qui attribue la charge de la preuve à la personne qui allègue un moyen s'applique aux procédures arbitrales même si l'arbitre a pour mission de statuer en amiable compositeur.

<sup>2210</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 16 mars 1999, *Dalloz* 1999, juris., p. 497, note COURBE P.

<sup>2211</sup> Par exemple CA Aix-en-Provence 10 mars 1963, *Dalloz* 1963, juris., p. 524.

sera amené à contrôler l'existence des motifs, leur pertinence et leur caractère non contradictoire<sup>2212</sup>. Ce contrôle demeure purement procédural puisque la Cour d'appel ne peut vérifier l'exactitude ou le bien fondé des motifs<sup>2213</sup>.

Le dernier moyen d'annulation qui concerne les principes directeurs est celui de la violation par l'arbitre d'une règle d'ordre public. Au regard des principes, ce moyen fait double emploi puisqu'il sanctionne principalement la violation du principe de *motivation* pour les sentences rendues sous l'empire de la loi française et celui des *droits de la défense* aujourd'hui sanctionné la plupart du temps sous le visa du *contradictoire*<sup>2214</sup>.

Les décisions des arbitres, comme celles qui sont rendues à l'étranger, n'échappent donc pas aux principes directeurs. Ces derniers justifient tout à la fois l'existence de mécanismes de contrôle par le juge français et les fondements juridiques qui permettent la mise en œuvre de ces processus. Le réexamen par le juge national prend parfois la forme d'un *double degré de juridiction*. Il s'agit là du principe qui gouverne le procédé de vérification des jugements rendus par le juge judiciaire en premier ressort.

## § 2 : Le droit au *double degré de juridiction*

**426.** « Voie royale dans la famille des recours dans la mesure où elle symbolise le principe du double degré de juridiction »<sup>2215</sup> l'appel est défini par le nouveau Code de procédure civile comme le recours qui « tend à faire réformer ou annuler par la Cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré »<sup>2216</sup>.

L'appel comme voie de réformation va permettre de remettre en cause la chose qui a été jugée par les premiers juges pour qu'il soit à nouveau statué au fond. Le principe du *double degré de juridiction* en ce qu'il prescrit le double examen au fond est donc le fondement normatif de la voie d'appel<sup>2217</sup>. La mise en œuvre de ce recours est déterminé par l'esprit du principe et la manière dont il est conçu. Ainsi, la conception de l'appel voie de réformation a pu évoluer progressivement en procédure civile vers un appel voie d'achèvement du litige. Au-delà du *double degré de juridiction*, l'appel voie de réformation n'intéresse pas les principes directeurs. Le réexamen du fond de l'affaire est lié à des questions de fait et de droit substantiel. Les principes ont pour fonction de gouverner la procédure ; c'est donc l'appel voie d'annulation qui concerne avant tout l'action des principes. Si cette action se développe dans le mécanisme traditionnel de l'appel tel qu'il est prévu par les textes (A), on constate que les principes ont surtout permis d'étendre ce recours contre les textes (B).

---

<sup>2212</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 16 juin 1976, *Dalloz* 1978, juris., p. 310, note ROBERT J. Il est à souligner qu'en matière d'arbitrage international, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 14 juin 2000, que l'insuffisance ou la contradiction des motifs n'équivalait pas à l'absence de motif. Cette solution a été analysée comme un recul du contrôle exercé par le juge judiciaire sur le fond des décisions arbitrales. Sur cette décision, Cf. FADLALLAH I. Nouveau recul de la révision au fond : motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales, *Gaz. Pal. 1<sup>er</sup> et 2 décembre 2000*, p. 5.

<sup>2213</sup> CA Paris 18 novembre 1982, *Rev. arb.* 1983, p. 197 note LEVEL P.

<sup>2214</sup> Cf. cependant un arrêt qui utilise le moyen de l'ordre public pour aborder la question de la violation des *droits de la défense* par une sentence arbitrale, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, *Rev. arb.* 1982, p. 40, note COURTEAULT P.

<sup>2215</sup> CADIET L. *Droit judiciaire privé, op. cit.* n°1581, p. 666.

<sup>2216</sup> Article 542 nouv.C.pr.civ.

<sup>2217</sup> Cf. cependant *infra*, n°429.

### A) L'appel, voie d'annulation en vertu d'un texte

427. L'appel peut constituer une voie de nullité. Le droit français est en théorie dominé par l'adage selon lequel les *voies de nullités n'ont lieu contre les jugements*. Aujourd'hui, la maxime n'a plus une grande signification si ce n'est de mêler, en une même voie de recours, le contrôle du fond et de la forme des décisions du premier degré.

En procédure pénale, un auteur fait remarquer que la doctrine se préoccupe peu de la question de l'annulation par la voie d'appel<sup>2218</sup>. La raison se trouve vraisemblablement dans le fait que l'attention de la doctrine pénaliste est focalisée sur la question des nullités de la mise en état. Il faut néanmoins souligner que, hors les cas où l'affaire fait l'objet d'une instruction, la Cour d'appel est compétente pour se prononcer sur les irrégularités qui ont pu affecter des actes d'enquête<sup>2219</sup>. Les pouvoirs de la Cour d'appel sont donc étendus en matière pénale. Ils portent tant sur la phase préliminaire que sur la décision des premiers juges. Ils pourront sanctionner le manquement du juge à l'obligation de motiver sa décision ou encore la négligence du Tribunal au regard du principe du *droit au juge* par le truchement du défaut de réponse à conclusions.

En procédure civile, l'appel-nullité remplit la même fonction. Il permet d'examiner la conformité de la procédure aux principes directeurs durant la phase préparatoire du procès, mais encore pendant l'audience, les délibérés et le prononcé de la sentence. La voie de l'appel ne marque pas pour autant la spécificité du contrôle vis-à-vis des principes directeurs. En réalité, c'est sur l'ensemble des règles procédurales que les juges du second degré vont se fonder pour valider ou censurer la procédure conduite antérieurement. Les principes peuvent néanmoins renforcer l'efficacité du recours quant à son effet suspensif. L'article 514 du nouveau Code de procédure civile permet au juge d'ordonner l'exécution provisoire de sa décision si celle-ci ne bénéficie pas d'une exécution provisoire de droit. Cette mesure peut porter gravement préjudice à la personne qui a été condamnée et, malgré son appel, doit exécuter la sentence. L'article 524 du même Code autorise donc le premier président de la Cour d'appel à arrêter cette exécution dans les cas limitativement énumérés<sup>2220</sup>. La jurisprudence a procédé à une interprétation extensive de cette disposition en autorisant l'arrêt de l'exécution provisoire en raison de la violation par les juges du premier degré de certains principes directeurs. Les juges du fond ont ainsi pu décider qu'il y avait lieu à arrêter l'exécution provisoire d'un jugement en cas de méconnaissance grossière des *droits de la défense*<sup>2221</sup>, lorsqu'un magistrat qui a prononcé la décision n'a assisté ni aux débats, ni même participé aux délibérés<sup>2222</sup>, lorsque le jugement n'est pas motivé<sup>2223</sup> ou que la mesure d'exécution provisoire ne l'est pas<sup>2224</sup>. Les principes directeurs, en permettant l'arrêt de

<sup>2218</sup> CLEMENT G. L'appel, voie de nullité en procédure pénale, *RSC 1990*, p. 260. En effet, la plupart des auteurs de manuels et traités évoquent l'appel comme une voie de réformation. Seuls ceux qui s'intéressent aux deux contentieux rappellent le double objet du recours, BUISSON J., GUINCHARD S. *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°1400, p. 786.

<sup>2219</sup> L'ordonnance de règlement rendue par le juge d'instruction couvre en devenant définitive les vices de la procédure de mise en état (article 179 al 4 C.pr.pén. devenant l'article 179 al 5 avec la loi du 15 juin 2000). Cette purge des nullités se produit aussi lorsque l'arrêt de renvoi prononcé par la chambre d'accusation est devenu définitif (article 594 C.pr.pén.)

<sup>2220</sup> Si elle est interdite par la loi ou si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

<sup>2221</sup> CA Paris 28 septembre 1988, *Gaz. Pal. 1989*, 2, som. p. 303.

<sup>2222</sup> Règle relative à la composition de la juridiction, violation indirecte du principe de *collégialité*, CA PAU 7 février 1986, *JCP 1986*, 20710, note HENDERYCKSEN. J.

<sup>2223</sup> CA Paris 12 septembre 1989, *Bull. ch avoués 1989*, n°4, p. 127.

<sup>2224</sup> CA Paris 5 décembre 1991, *Bull. ch avoués 1991*, n°1, p. 25.

l'exécution provisoire, soutiennent l'effet suspensif du *double degré de juridiction* et de la voie d'appel. Leur action a surtout servi à développer l'appel-nullité lorsque un texte exclut les recours.

### B) L'appel, voie d'annulation contre un texte

**428.** L'appel-nullité s'est développé dans des domaines où ce recours est théoriquement exclu. Il s'agit donc en premier lieu d'un processus de rétablissement du *double degré de juridiction* lorsque le principe a été évincé. L'objectif est de corriger les imperfections procédurales graves qui touchent certaines décisions alors même que les voies de recours ont été fermées. On a pu ainsi constater que « *l'appel nullité est (...) devenu un recours autonome dont le régime et les effets ont été dégagés en marge des textes* »<sup>2225</sup>. Outre le *double degré de juridiction* qui est à l'origine de la création de cette voie, les principes directeurs jouent un rôle non négligeable dans sa mise en œuvre.

L'ouverture d'un appel-nullité est subordonnée à l'existence d'un texte qui exclut l'appel sans qu'il ne soit possible d'utiliser une autre voie de recours<sup>2226</sup>. Parmi ces exclusions, certaines dispositions du Code du travail déclarent les jugements du Conseil des prud'hommes ordonnant la délivrance de certaines pièces non susceptibles d'appel<sup>2227</sup>. Ces interdictions sont aussi fréquentes dans le droit des procédures collectives<sup>2228</sup>. Dans cette matière, l'appel peut être totalement fermé ou encore réservé à certaines personnes. L'article 174 de la loi du 25 janvier 85 intégré dans le Code de commerce par l'ordonnance du 18 septembre 2000 aux articles 623-5 et 623-6 mentionne ainsi que l'appel de certains jugements est réservé au ministère public. L'interdiction de l'appel peut aussi être provisoire. Le nouveau Code de procédure civile dispose de façon générale dans son article 545 que l'appel des jugements qui ne tranchent pas une question de fond ne peut être formé indépendamment de celui contre le jugement qui tranche le litige au principal<sup>2229</sup>.

Une autre condition est nécessaire à la mise en œuvre de l'appel-nullité : la décision attaquée doit être entachée d'un vice grave<sup>2230</sup>. Ce dernier peut consister dans le fait que les juges ont dépassé leur pouvoir. L'excès de pouvoir prend plusieurs formes et, dans le cadre de l'appel nullité, celle de la violation d'un principe. La Cour de cassation a considéré que l'injonction donnée à une autorité administrative par un Tribunal représentait un excès de pouvoir et méconnaissait le principe de *séparation des autorités administrative et judiciaire*. Cette transgression du principe justifiait l'annulation de la sentence judiciaire<sup>2231</sup>.

Indépendamment de l'excès de pouvoir, la violation d'un principe essentiel de la procédure est assimilée au vice grave. Dans une décision du 30 mars 1993<sup>2232</sup> la chambre

<sup>2225</sup> GIVERDON C. Appel - Appel-nullité, *Juris-Classeur*, fasc. 717-3, p. 2.

<sup>2226</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 27 juin 1984, *Bull. civ.*, n°122. Un auteur estime que l'appel-nullité est inutile si le pourvoi en cassation est immédiatement recevable. Il n'est donc pas ouvert contre les jugements rendus en premier et dernier ressort. BOLARD G. L'appel-nullité, *Dalloz 1988*, chron., p. 177.

<sup>2227</sup> Article R. 517-3 2° C. trav.

<sup>2228</sup> Cf. pour plus de détails *supra*, n°347.

<sup>2229</sup> Les seules exceptions sont celles qui sont prévues par la loi ou par l'article 544 nouv.C.pr.civ. Par ailleurs, la jurisprudence ouvre l'appel nullité malgré l'article 545 nouv.C.pr.civ. CA Paris 24 novembre 1981, *Dalloz 1982*, juris., p. 355, note MASSIP J.

<sup>2230</sup> PERDRIAU A. Pour une limitation des « appels-nullité », *Gaz Pal 1996*, 1., doct, p. 204.

<sup>2231</sup> Cass. soc. 23 février 1977, *JCP 1978*, II, 18897, note J.A.

<sup>2232</sup> Cass. com 30 mars 1993, *Bull. Civ.*, n°132.

commerciale affirmait qu'« aucune disposition ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision rendue en violation d'un principe essentiel de procédure ». Parmi les nombreux arrêts de la juridiction de cassation ou des juges du fond qui retiennent cette formule, on a pu relever comme moyens d'annulation, le principe du *contradictoire*<sup>2233</sup> ou plus généralement celui des *droits de la défense*<sup>2234</sup>. Le principe de la *motivation des décisions de justice* a aussi servi de fondement à une annulation<sup>2235</sup>. Une telle décision n'a pas emporté l'adhésion unanime<sup>2236</sup>. Il a été soutenu que le grief de la motivation était facile à formuler et représentait une part importante des prétentions qui fondent les pourvois en cassation (défaut, contradiction, insuffisance de motifs...). Y avoir recours en matière d'appel-nullité conduirait à dénaturer la notion même de *principe essentiel de procédure*. Un auteur a proposé d'opter pour une acception plus stricte des *principes essentiels* sans, pour autant, s'avancer à en proposer une liste<sup>2237</sup>. Ces normes semblent être « contenues dans le livre 1<sup>er</sup> du nouveau Code de procédure civile »<sup>2238</sup> affirme-t-il. Cette réflexion conduit droit aux principes directeurs. Une autre position est celle qui consiste à dire que les recours-nullité servent à restaurer les *droits de la défense*<sup>2239</sup>.

Il faut donc souligner l'importance de la place des principes directeurs dans la mise en œuvre de ce recours *contra legem*. Une telle solution renforce l'idée selon laquelle les principes ont vocation à trouver une place spécifique au sein de la hiérarchie normative, mais aussi qu'ils sont à la recherche de sanctions autonomes. Pour autant, l'appel-nullité présente une ambivalence en ce qui concerne sa relation avec le principe du *double degré de juridiction*.

### C) L'appel, voie d'annulation et le *double degré de juridiction*

**429.** Si l'on a pu affirmer que le principe du *double degré de juridiction* est à l'origine de l'appel voie d'annulation, il faut admettre que cette assertion énonce avec simplicité une réalité plus complexe.

Le *double degré de juridiction* exprime le droit pour une partie de bénéficier d'un double examen au fond de sa cause. L'appel voie d'annulation ne satisfait pas systématiquement à cette exigence.

L'article 544 al 1 du nouveau Code de procédure civile décide que « les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme des jugements qui tranchent tout le principal ». Cette disposition a été appliquée en jurisprudence à un jugement par lequel un Tribunal se reconnaît compétent pour statuer sur une voie de fait et ordonne une expertise pour évaluer le préjudice<sup>2240</sup>. La voie d'appel, notamment celle de

<sup>2233</sup> Cass. com 14 février 1995, *Bull. Civ.*, n°45.

<sup>2234</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 3 juillet 1985 *JCP 1986*, II, 20625, observations LINDON R., BENADENT A. Il s'agissait ici du non respect des délais de comparution d'une convocation à une tentative de conciliation. Les commentateurs de l'arrêt parlent d'une « atteinte aux droits de la défense ».

<sup>2235</sup> Cass. com 6 décembre 1994, pourvoi n°92-18158N. Cité par. PERDRIAU A. Pour une limitation des « appels-nullité », *op. cit.* p. 206. De même, Cass. com. 30 mars 1993, *précit.*

<sup>2236</sup> PERDRIAU A. Pour une limitation des « appels-nullité », *op. cit.* p. 207.

<sup>2237</sup> *Ibid*, p. 207.

<sup>2238</sup> *Ibid* p. 208.

<sup>2239</sup> BOLLARD G. Les recours-nullité en procédure civile, *op. cit.* p. 126.

<sup>2240</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 26 octobre 1993, *Bull. civ.*, n°248.

l'appel-nullité, est ouverte à l'encontre de ce type de décision. Combiné à l'article 568 qui autorise la Cour d'appel à évoquer lorsqu'elle est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, l'appel-nullité revient à évincer le double examen au fond de l'affaire. Dans l'exemple cité, aucune décision au fond n'a été rendue en première instance. La Cour d'appel, si elle décide d'évoquer, va faire office de juge du premier et du second degré<sup>2241</sup>.

Le phénomène est le même lorsque l'appel nullité est admis contre l'application de l'article 545 du nouveau Code de procédure civile qui oblige les parties à lier leur appel à celui sur le fond. La jurisprudence dans la mise en œuvre de l'appel-nullité *contra legem* a conféré à ce recours un effet dévolutif<sup>2242</sup>. Conformément à l'article 561 du même Code, son exercice « *remet en cause la chose jugée* » de sorte que la Cour peut se trouver saisie de l'ensemble des questions de fait et de droit abordées par le litige<sup>2243</sup>. A nouveau, la Cour d'appel va juger pour la première fois une question qui porte sur le fond du dossier.

Pour autant, l'appel-nullité permet de garantir l'examen au fond lorsqu'il a été écarté. Un jugement statuant sur une exception de procédure peut mettre fin à l'instance. L'appel-nullité est alors le moyen d'accéder au second degré de juridiction<sup>2244</sup>. Lorsque le recours est interdit, l'appel-nullité *contra legem* est incontestablement le seul moyen d'accéder au second juge et d'obtenir un jugement sur le fond<sup>2245</sup>.

La relation entre le *double degré de juridiction* et l'appel voie d'annulation se présente donc comme la recherche d'un équilibre entre le contrôle nécessaire de la procédure d'un jugement rendu en première instance et l'impératif d'achèvement du litige. Il faut admettre que, parfois, le contrôle des formes se fait au détriment de l'examen du fond. Ce constat conduit un auteur à souligner que la voie de recours adéquate pour sanctionner les irrégularités procédurales demeure le recours en cassation<sup>2246</sup>.

### § 3 : Le droit au recours en cassation

**430.** « *Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* » énonce l'article 604 du nouveau Code de procédure civile. De son côté le Code de procédure pénale prévoit que « *les arrêts de la chambre d'accusation et les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur*

<sup>2241</sup> En procédure pénale, l'appel formé contre un jugement distinct de celui qui statue sur le fond de l'affaire est formé indépendamment et immédiatement, mais il n'est examiné qu'en même temps que l'appel sur le fond. Cass. crim. 11 février 1965, *Daloz 1965*, juris., p. 426, note MAZARD J.

<sup>2242</sup> Cass. com 28 mai 1996, *Petites Affiches 1997*, n°56, p. 13, note LEBEL C. ; *RTD civ. 1996*, p. 985, observations PERROT R. ; *Daloz 1997*, juris., p. 538, note BOLARD G.

<sup>2243</sup> L'article 562 al 2 prévoit que « *la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel (...) tend à l'annulation du jugement...* ». La Cour de cassation interprète cette disposition comme une obligation, pour la Cour d'appel saisie d'un appel-nullité, après avoir annulé la décision attaquée, de statuer au fond en répondant aux conclusions des parties. Cass. com. 14 octobre 1997, *Procédures 1997*, n°12, com. n°286, p. 7, observations PERROT R. La solution est classique elle a été initiée par un arrêt de la même chambre en 1996. Cass. com. 28 mai 1996, *Bull. civ.*, n°150, *RTD civ. 1996*, p. 985, observations PERROT R.

<sup>2244</sup> Article 544 al 2 nouv.C.pr.civ.

<sup>2245</sup> Les juges du second degré statuent pour la première fois sur le fond. Si la Cour d'appel déclare la saisine recevable et renvoie l'affaire aux premiers juges sans évoquer, les parties bénéficieront pleinement du double examen au fond.

<sup>2246</sup> PERDRIAU A. Pour une limitation des « appels-nullité », *op. cit.*, p. 204.

*pourvoi en cassation* »<sup>2247</sup>. Par la généralité de son ouverture et des compétences dévolues à la Cour de cassation, le pourvoi constitue la meilleure garantie de la régularité de la mise en état ou du jugement. Son existence se fonde indiscutablement sur le principe du *droit au recours*, mais il est aussi une expression plus générale du « *droit au droit* » puisque la Cour de cassation détermine en définitive le contenu de la règle de droit applicable au litige<sup>2248</sup>.

Pourtant, si l'ouverture à cassation est liée à un principe directeur du procès, il faut admettre que l'action de ces normes sur la régularité des procédures ne tient pas une place particulière dans le mécanisme de contrôle opéré par la Cour<sup>2249</sup>. Une proposition de loi a été déposée en 1996 relative au filtrage des pourvois en cassation<sup>2250</sup>. Celle-ci envisageait d'insérer un article L. 131-5-1 au Code de l'organisation judiciaire qui permettait à une formation d'admission des pourvois en cassation de rejeter un recours « *s'il n'est manifestement irrecevable, s'il n'argue pas de la violation d'un texte précis ou d'un principe général du droit* ». La proposition a été largement modifiée et dans le texte définitif, la référence aux principes généraux du droit n'a pas été reprise<sup>2251</sup>. Cette tentative manquée avait pourtant pour objectif de mettre en évidence l'importance des principes généraux du droit dans le contrôle effectué par la Cour de cassation. Il s'agissait surtout de formaliser une situation bien établie<sup>2252</sup>. Le terme de « principes généraux du droit » est utilisé dans ce texte en référence aux principes dégagés par la jurisprudence. La Cour de cassation trouve dans ces principes de nouveaux fondements pour annuler les sentences des juges du fond. Par ailleurs, les principes directeurs textuels s'intègrent dans certains mécanismes de contrôle utilisés par la juridiction suprême. La définition de l'objet du pourvoi en cassation dans l'article 604 du nouveau Code de procédure civile se présente comme une formule générale. La doctrine a pu dégager une typologie des causes de pourvoi en cassation<sup>2253</sup>. Les principes trouvent leur place dans ces différentes causes.

**431. La violation de la loi** est le premier cas d'ouverture. Ce moyen dépasse le cadre de la loi entendu au sens strict du terme. Il peut s'agir des règles constitutionnelles, légales ou réglementaires. On trouvera donc logiquement dans les différentes sources écrites les principes directeurs du procès qui peuvent fonder une violation de la loi. La question se pose néanmoins pour les principes qui trouvent leur origine dans une source jurisprudentielle. La

<sup>2247</sup> Article 567 C.pr.pén.

<sup>2248</sup> Par le biais de l'application et de l'interprétation des règles écrites ou encore par la juridicisation de normes sociales préexistantes.

<sup>2249</sup> Un doyen honoraire de la Cour de cassation explique que le contrôle procédural effectué par cette juridiction « *tend à assurer aussi bien des grands principes qui régissent notre organisation judiciaire que des prescriptions de pure procédure qui sont applicables devant toutes les juridictions ou celles qui sont relatives à des réglementations spéciales* ». PERDRIAU A, Contrôle formel de la procédure, *Juris-classeur, procédure*, fasc. n°791, p. 1.

<sup>2250</sup> Proposition de loi créant une formation d'admission des pourvois au sein des chambres civiles de la Cour de cassation, présentée par M. Pierre MAZEAUD, dixième législature, document n°2902, enregistrée le 20 juin 1996.

<sup>2251</sup> Loi n°97-395 du 23 avril 1997 relative à l'examen des pourvois devant la Cour de cassation, *J.O.* 25 avril 1997, p. 6288.

<sup>2252</sup> Un auteur commentant le décret du 9 septembre 1971 qui formalisait les principes directeurs du procès civil évoquait le fait que les articles consacrés à ces principes « *fourniront de précieux visas aux arrêts de la Cour suprême qui trouvera ou pourra découvrir dans les décisions déférées à sa censure des manquements aux principes tutélaires...* ». BLANC E. Principes généraux de la nouvelle procédure civile (étude analytique des « dispositions liminaires » du décret du 9 septembre 1971), *JCP* 1973, I, 2559.

<sup>2253</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1999, n°1516 et suiv. pp. 1020 et suiv.

réponse n'est pas nette. Certains arrêts de la Cour de cassation exigent que le pourvoi pour violation de la loi soit fondé sur un texte précis<sup>2254</sup>. Cette solution semble exclure la possibilité de former un pourvoi pour violation d'un principe non inscrit dans un texte. Elle trouve une confirmation dans une décision de la Cour selon laquelle la violation de la jurisprudence n'est pas un cas d'ouverture à cassation<sup>2255</sup>. A l'inverse, la Cour a pu fonder la cassation dans un certain nombre d'arrêts sur la violation d'un principe général du droit non écrit<sup>2256</sup>. Conformément, à l'article 604 du nouveau Code, la violation de la loi doit être comprise plus généralement comme la violation d'une règle de droit.

**432. L'excès de pouvoir** est un concept flou susceptible de justifier la cassation. Il peut prendre plusieurs significations. L'excès de pouvoir se définit au sens strict comme l'empiètement de l'autorité judiciaire sur le pouvoir législatif ou réglementaire<sup>2257</sup>. La Cour de cassation sanctionne à ce titre le principe de la *séparation des pouvoirs* mais encore celui de la *séparation des autorités administrative et judiciaire*<sup>2258</sup>. La doctrine a pu relever d'autres hypothèses d'excès de pouvoir mettant en cause notamment des principes de procédure<sup>2259</sup>. Il s'agit d'abord du déni de justice, expression du *droit au juge*. Un arrêt de 1889 a admis qu'il y avait déni de justice lorsqu'un juge refusait de statuer sur un chef de conclusions<sup>2260</sup>. La chambre criminelle a décidé de son côté, qu'avait méconnu les pouvoirs du juge, la décision qui s'était abstenue de se prononcer sous prétexte de l'existence d'un doute sur la question de droit à trancher<sup>2261</sup>. Une autre cause d'excès de pouvoir résulte de la violation de certains principes fondamentaux de l'organisation judiciaire ou de la procédure. La Cour de cassation a admis l'excès de pouvoir au nom du respect du *double degré de juridiction*<sup>2262</sup> ou de celui des *droits de la défense*<sup>2263</sup>. La méconnaissance des données du litige permet encore de censurer une décision pour excès de pouvoir. Cette méconnaissance peut résulter d'une violation du principe de *coopération*. Tel est le cas lorsque le juge ne respecte pas le cadre du litige tel qu'il a été déterminé par les parties<sup>2264</sup>.

L'intérêt du moyen fondé sur l'excès de pouvoir réside notamment dans le fait qu'il justifie l'ouverture du pourvoi même contre le texte. La Cour de cassation a admis, à l'instar de l'appel-nullité, un pourvoi *contra legem*. En matière de procédures collectives elle a

<sup>2254</sup> Cass. soc. 5 octobre 1978, *JCP* 1978, IV, p. 332.

<sup>2255</sup> Cass. requ. 21 décembre 1891, *Dalloz Périodique* 1892, 1, p. 543 ; Cass. soc. 17 mai 1958, *Bull. civ.*, n°595.

<sup>2256</sup> Sur le phénomène des visas de principe, MORVAN P. *Le principe de droit privé*, édition Panthéon-assas, Paris, 1999. La Cour de cassation peut accompagner la violation d'un texte de celle d'un principe juridique. Dans un arrêt de 1980, elle affirme par exemple : « dès lors, tant en vertu de cette disposition spéciale que du principe général du double degré de juridiction ». Cass. crim. 10 janvier 1980, *Dalloz* 1981, juris., p. 96, note CHAMBON P.

<sup>2257</sup> Le Professeur GUINCHARD estime que cet empiètement ne peut se limiter à une intrusion du juge judiciaire dans le contentieux administratif. Il s'agirait là d'une simple hypothèse d'incompétence. VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile, op. cit.*, n°1518, p. 1022.

<sup>2258</sup> L'excès de pouvoir est constitué lorsque le juge judiciaire donne une injonction à une autorité administrative. Le fondement juridique utilisé par la Cour de cassation est le principe de la *séparation des autorités judiciaire et administrative*. Cass. soc. 23 février 1977, *JCP* 1978, II, 18897, note J.A.

<sup>2259</sup> BORE J. *La cassation en matière civile*, Dalloz, Paris, 1997, n°1720 et suiv., pp. 408 et suiv.

<sup>2260</sup> Cass. civ. 30 janvier 1889, *Dalloz Périodique* 1889, 1, p. 310.

<sup>2261</sup> Cass. crim. 24 janvier 1936, *Dalloz Périodique* 1936, 1, p. 60, note MIMIN P.

<sup>2262</sup> Cass. civ. 25 juin 1930, *Dalloz Hebdomadaire* 1934, p. 474.

<sup>2263</sup> Cass. civ. 28 mars 1882, *Dalloz Périodique* 1884, 1, p. 409.

<sup>2264</sup> BORE J. *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°1738, p. 413.



décidé qu'« aucune disposition ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir<sup>2265</sup> ».

**433. La violation des formes de la procédure** est à l'évidence le moyen le plus fréquent de condamnation sur la base d'un principe directeur<sup>2266</sup>. On se trouve dans le contentieux de l'annulation qui a déjà été largement évoqué<sup>2267</sup>. Le vice peut consister dans la méconnaissance d'un principe qui gouverne le déroulement de la procédure. Tel est le cas de la *publicité des débats* dont l'observation doit être constatée dans l'arrêt ou le procès verbal des débats<sup>2268</sup> ; de l'*oralité* qui prohibe la mention dans le procès verbal des réponses de l'accusé ou du contenu des dépositions<sup>2269</sup> ou encore du *secret des délibérés* interdisant qu'il soit fait mention écrite des formalités de délibération<sup>2270</sup>. La violation des formes peut encore consister dans le non respect du devoir d'*impartialité* des juges. Toute manifestation expresse d'une opinion peut entraîner l'annulation d'un arrêt ou d'un jugement<sup>2271</sup>. La transgression des règles de forme trouve, dans les principes du *contradictoire* et des *droits de la défense*, de très nombreuses causes de sanction<sup>2272</sup>. La Cour de cassation interdit aux juges du fond de condamner une partie qui n'a pas été appelée, de retenir des pièces non versées aux débats ou des conclusions qui n'ont pas été discutées contradictoirement. Ils ne peuvent pas non plus opposer à une partie une mesure d'instruction à laquelle elle n'a pu participer ou encore relever un moyen d'office sans le soumettre à la discussion des parties.

**434. Le vice de motivation** demeure la cause de cassation qui met en œuvre un principe directeur, la plus sollicitée. Le défaut de motif est conçu par la doctrine et la jurisprudence comme un vice de forme entachant un jugement<sup>2273</sup>. Il est aussi un moyen de lier le contrôle de la forme avec celui du fond. L'obligation de *motivation des jugements et arrêts* est un préalable nécessaire pour que la Cour de cassation puisse contrôler que les faits ont été justement qualifiés par les juges du fond, que les conséquences légales qui en découlent n'ont pas été ignorées<sup>2274</sup>. Le contrôle de la motivation prend trois formes différentes et toutes ne consistent pas dans une vérification purement formelle<sup>2275</sup>. La première forme, la plus classique, est le défaut de motif fondé sur une disposition légale visant l'obligation de motivation. Il peut s'agir d'une absence ou d'une contradiction de motifs, de l'utilisation de motifs dubitatifs ou hypothétiques ou d'un défaut de réponses à conclusions. La deuxième forme consiste dans le défaut de base légale. La décision comporte des motifs mais ces derniers, imprécis ou incomplets, ne permettent pas à la Cour de contrôler la bonne application de la loi. La doctrine distingue le manque de base légale du

<sup>2265</sup> Notamment Cass. com. 12 mai 1992, *Bull. civ.*, n°182 ; Cass. com. 30 mars 1993, *Bull. civ.*, n°131.

<sup>2266</sup> Même s'il faut admettre que le pourvoi pour violation des règles de forme ne présente pas de différence qu'il soit fondé sur la méconnaissance d'un principe ou d'une règle technique.

<sup>2267</sup> Cf. *supra*, n°394 et suiv. et 408 et suiv.

<sup>2268</sup> Cass. crim. 12 novembre 1974, *Bull. crim.*, n°325.

<sup>2269</sup> Cass. crim. 2 octobre 1975, *Bull. crim.*, n°200.

<sup>2270</sup> Cass. crim. 14 avril 1961, *Bull. crim.*, n°196.

<sup>2271</sup> Par exemple pour un juré qui a applaudi le réquisitoire de l'avocat général, Cass. crim. 29 août 1912, *Dalloz Périodique 1913*, 1, p.153. note LEGRIS A.

<sup>2272</sup> Sur la diversité des moyens de cassation fondés sur ces principes, BORE J. *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°1811 et suiv., pp. 431.

<sup>2273</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile, op. cit.*, n°1521, p. 1023.

<sup>2274</sup> BORE J. *La cassation en matière pénale*, LGDJ, Paris, 1985, n°1988, p. 600.

<sup>2275</sup> Pour une étude complète, BORE J. *La cassation en matière pénale, op. cit.*, n°1986 et suiv., pp. 600 et suiv. et, BORE J. *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°1885 et suiv., p. 452 et suiv.

défaut de motif en classant le second parmi les vices de forme alors que le premier est attaché à l'examen du fond du litige. Le troisième vice de motivation est la dénaturation de l'écrit. Il résulte d'une mauvaise appréciation par les juges du fond du contenu des documents qui sont présentés devant eux. Comme le défaut de base légale, ce moyen de cassation est considéré comme un moyen de fond et non de forme.

Les principes directeurs ont donc une action certaine sur le mécanisme du pourvoi en cassation. Pour autant, la singularité de cette action reste à démontrer. Certains principes sont intimement attachés au pourvoi tel le *droit au recours*, qui en est le fondement, ou la *motivation*, qui est la cause la plus fréquente de censure. En revanche, l'objet et le processus des sanctions prononcées par la Cour de cassation sont identiques lorsque cette juridiction utilise un principe ou une règle technique. Il est dès lors difficile de dégager une action procédurale qui soit propre aux principes. Le particularisme de leur action peut être recherché dans les sanctions exceptionnelles que sont les modes de révision du procès.

#### § 4 : Le droit à la révision d'une décision

**435.** La révision de la décision judiciaire est l'ultime recours ouvert au justiciable dans des circonstances exceptionnelles. Si le mode de révision le plus notoire est celui qui permet de revenir sur une condamnation pénale erronée, la procédure civile connaît aussi un recours de ce type fondé sur des motifs sensiblement différents. La loi du 15 juin 2000 a intégré dans le droit interne la possibilité de réexaminer les sentences pénales qui ont été déclarées non conformes aux principes de la CESDH.

**436. La révision civile : la fraude et la conviction.** Le recours en révision est une voie de rétractation créée par le nouveau Code de procédure civile. Ce recours fait suite à la requête civile qui existait depuis l'Ancien régime et permettait de revenir sur les sentences des parlements<sup>2276</sup>. La révision prévue par les articles 593 et suivants du nouveau Code « *tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* ». Il ne s'agit pas d'un recours hiérarchique car c'est la juridiction qui a pris le jugement qui doit y revenir. Il ne s'agit pas d'un recours contre une décision définitive mais simplement exécutoire. La révision peut être demandée en même temps que le pourvoi en cassation. C'est dans les causes limitatives d'ouverture de la révision que l'on trouve l'action des principes directeurs. Elles sont de plusieurs natures.

La première cause tient directement à la mise en œuvre du principe *fraus omnia corrumpit*. L'article 595 du nouveau Code prévoit l'ouverture du recours « *s'il se révèle après le jugement que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue* ». La fraude a entaché la décision d'irrégularité car elle a trompé les juges dans leur appréciation des faits.

Les autres causes sont indirectement liées à une hypothèse de fraude. Deux d'entre elles résident dans le fait qu'une pièce utilisée dans la première procédure a été déclarée fautive par la suite ou encore que des attestations, témoignages ou serments ont été judiciairement déclarés faux. La Cour de cassation a décidé que l'utilisation de fausses pièces, bien qu'étant une cause distincte de révision, peut aussi constituer un élément de la fraude<sup>2277</sup>. C'est donc bien le même principe qui est à l'origine de ces cas d'ouverture du recours. La dernière cause vise le cas où, postérieurement au jugement, des pièces retenues

<sup>2276</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile, op. cit.*, n°1495, p. 1005.

<sup>2277</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 22 octobre 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, panorama, p. 107.

par l'une des parties ont été recouvrées. La jurisprudence interprète cette hypothèse comme le fait que la pièce a été retenue volontairement par la partie sortie victorieuse du procès<sup>2278</sup>.

Deux autres principes interviennent dans le processus de révision. L'un de ces principes est celui de l'*intime conviction du juge*. La fraude consiste dans l'intention de tromper. Elle vise donc à modifier la conviction du juge dans un sens favorable au fraudeur. La certitude du juge a été modifiée et doit être révisée. L'autre principe est celui de la *preuve légale*. Lorsque le juge a statué sur des actes, il a été lié par leur existence et leur force probante. La fraude est encore plus conséquente dans cette hypothèse. Si une partie a retenu une pièce, produit une fausse attestation, elle a lié le juge par cette preuve falsifiée. Dans le respect de la *preuve légale*, le juge a fait droit à une demande ou une défense illégitime. La révision rétablit soit la conviction du juge sur des faits exacts, soit la réalité des actes écrits que celui-ci est tenu de prendre en compte. La révision civile repose donc sur les principes directeurs qui concernent la fraude<sup>2279</sup> et l'appréciation des preuves dans le procès.

**437. La révision pénale : la présomption d'innocence et la conviction.** Le pourvoi en révision est dirigé contre une sentence pénale ayant prononcé une condamnation qui a acquis autorité et force de chose jugée. « *Lorsqu'un innocent a été injustement condamné, tout principe abstrait d'autorité de chose jugée, de sécurité juridique, s'efface devant la nécessité de faire déclarer cette innocence et de rétablir la personne dans ses droits* » soulignent deux auteurs<sup>2280</sup>.

De la même façon que pour la révision civile, les conditions d'ouverture de la révision pénale éclairent sur l'action des principes directeurs. Une personne condamnée pour crime ou délit peut demander devant une commission de la Cour de cassation à ce que sa condamnation soit révisée dans quatre hypothèses déterminées à l'article 622 du Code de procédure pénale : après une condamnation pour homicide, il existe un doute sur la réalité du décès de la victime ; une contradiction est née entre deux sentences pénales qui tend à démontrer l'innocence de l'un des condamnés ; un témoin à charge a été condamné par la suite pour faux témoignage ; un fait nouveau révélé après la condamnation est « *de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné* ».

La dernière cause englobe en réalité les trois premières. Le pourvoi en révision est ouvert s'il existe un doute sur la culpabilité de la personne condamnée définitivement. Ce recours trouve donc son origine dans une résurgence de la *présomption d'innocence*. Le jugement ou l'arrêt ayant acquis *autorité de la chose jugée* est censé avoir mis un terme à l'existence de cette présomption. Néanmoins des circonstances postérieures redonnent, à la suite du procès, une signification nouvelle au principe : si la charge de la preuve qui incombait aux parties poursuivantes a été un temps satisfaite, les éléments nouveaux viennent modifier cet état de fait.

L'autre principe en jeu est une nouvelle fois celui de l'*intime conviction*. Au jour du jugement, il apparaît que les juges n'ont pas disposé de la totalité des éléments de la cause et se sont prononcés en méconnaissance d'une partie des faits. Il apparaît concevable que la conviction viciée de la juridiction puisse être la source d'un nouveau procès. L'action de ce

---

<sup>2278</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 28 avril 1980, *Bull. civ.*, n°93.

<sup>2279</sup> L'utilisation de la fraude a d'ailleurs permis à la Cour de cassation d'ouvrir la révision interdite par l'article 1507 nouv.C.pr.civ. contre une sentence arbitrale internationale. Elle affirme qu'« *il résulte des principes généraux du droit en matière de fraude que, nonobstant l'exclusion du recours en révision par l'article 1507 du nouveau Code de procédure civile, la rétractation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international doit être exceptionnellement admise* ». Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1992, *Rev. crit. dr. internat. privé.*, p. 699, observations OPPETIT B.

<sup>2280</sup> BUISSON J., GUINCHARD S. *Procédure pénale*, Litec, Paris, 2000, n°1421, p. 806 et suiv.

principe dans la révision pénale n'est pas parfaite car elle ne peut se produire qu'en faveur du condamné.

**438. La révision pénale pour violation des principes de la CESDH.** Ce recours a été institué par la loi du 15 juin 2000<sup>2281</sup>. Sa mise en œuvre est encore mal définie mais la place qu'y occupent les principes procéduraux est essentielle<sup>2282</sup>.

L'article 626-1 du Code de procédure pénale prévoit que « *le réexamen d'une décision pénale définitive peut être demandé au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'une infraction lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels* ». Une condition est posée au réexamen de la décision pénale. La violation d'une stipulation de la Convention doit avoir « *par sa nature et sa gravité* » entraîné des conséquences plus graves que celles qui ont été réparées par la « *satisfaction équitable* » allouée par la CEDH<sup>2283</sup>.

Ce recours est une nouveauté et la France rejoint dans cette avancée démocratique d'autres pays du Conseil de l'Europe<sup>2284</sup>. En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur des articles 626-1 et suiv. du Code de procédure pénale<sup>2285</sup>, la victime d'une violation de la CESDH ne pouvait obtenir qu'une « *satisfaction équitable* » en vertu de l'article 41 de ce texte<sup>2286</sup>. Les arrêts de la CEDH n'étant pas exécutoires mais simplement déclaratoires, leur autorité ne permettait pas de remettre en question ce qui avait été jugé par les juridictions françaises. Cette situation se modifie aujourd'hui sensiblement en procédure pénale, mais uniquement en faveur des personnes condamnées.

Ce recours a pour fondement la violation par les juridictions internes des principes de la CESDH et donc des principes procéduraux qui y figurent. On pense en premier lieu au *procès équitable* ou encore à ceux de la *dignité* ou de l'*intimité de la personne*. Pour autant, il n'est pas certain que tous les principes procéduraux conventionnels puissent être source de réexamen de la condamnation. Si un manquement au principe d'*impartialité des magistrats* justifiera sans contestation possible une remise en cause de la chose jugée, la méconnaissance de l'impératif du *délai raisonnable* ne saurait avoir une incidence sur la culpabilité de la personne<sup>2287</sup>. De même, si la violation de la *présomption d'innocence* comme règle de preuve

<sup>2281</sup> Article 89 de la loi introduisant dans le Code de procédure pénale les articles 626-1 à 626-7.

<sup>2282</sup> Pour un aperçu général, RENUCCI J.F. Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'homme, *Dalloz 2000*, chron., p. 655.

<sup>2283</sup> A ce titre, la Commission de réexamen a posé comme condition de recevabilité à une demande de réexamen que la violation de la CESDH ait été constatée par la Cour européenne. Cass. Comm. réexamen 15 mars 2001, n°00 RDH 002.

<sup>2284</sup> Notamment, la Suisse, la Norvège, et le Luxembourg. ROUJOU DE BOUBEE G., DE LAMY B., A propos de la création en procédure pénale d'un pourvoi dans l'intérêt des droits de l'homme, *Dalloz 2000*, Point de vue, n°10, p. V.

<sup>2285</sup> Il a été prévu que l'entrée en vigueur de ces dispositions serait concomitante à la publication de la loi, soit le 16 juin 2000.

<sup>2286</sup> PRADEL J., CORSTENS G. *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris, 1999, n°256, p. 276.

<sup>2287</sup> ROUJOU DE BOUBEE G., DE LAMY B., A propos de la création en procédure pénale d'un pourvoi dans l'intérêt des droits de l'homme, *op. cit.*, p. VI. Telle est d'ailleurs la position adoptée par la Commission de réexamen des décisions pénale dans sa première décision rendue le 30 novembre 2000. La Commission affirme ainsi que la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable est réparée par une satisfaction équitable octroyée au condamné. En revanche, la violation des *droits de la défense* visés à l'article 6§3 de la Convention entraîne des conséquences dommageables auxquelles seul le

devrait pouvoir justifier une révision du procès, la transgression du droit fondamental à la *présomption d'innocence* en dehors du procès n'entraînera pas la modification de la situation du condamné. Tous les principes de la CESDH ne devraient donc pas pouvoir fonder le recours en révision tel qu'il a été institué par la loi du 15 juin 2000.

Une question supplémentaire est soulevée par cette institution nouvelle. La violation des principes conventionnels doit être prise en compte par les juridictions françaises. Une condamnation obtenue en violation du principe du *procès équitable* ne devrait pas, en théorie, pouvoir échapper à la censure de la Cour de cassation avant tout recours devant la CEDH. Il faut alors admettre que le réexamen des condamnations répressives permettra de vaincre les résistances de la juridiction suprême française à appliquer le droit de la Convention européenne. On ne peut s'empêcher de penser à la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle les preuves produites par les parties privées dans le procès pénal doivent être reçues malgré leur illicéité<sup>2288</sup>. Il n'est pas certain qu'une telle solution résiste notamment à la protection de l'*intimité de la vie privée* inscrite dans le droit international.

Le recours créé par la loi du 15 juin 2000 est donc un moyen d'obtenir la révision d'une condamnation en raison de la contrariété du droit interne avec les principes directeurs du procès définis dans la CESDH et interprétés par la CEDH. On peut regretter que l'ambition du législateur ait été un peu trop modeste. L'ouverture de cette nouvelle voie de recours est une avancée incontestable, mais on peut se demander pour quelles raisons elle a été limitée aux cas de révision *in favorem*. Quelle justification peut-on trouver pour refuser à une victime, ou au ministère public, de voir sanctionnée une procédure contraire à un principe européen lorsque cette procédure a conduit à une relaxe ou un acquittement ? Ne serait-ce pas là, une violation de l'*égalité des armes* et des droits des victimes ? La loi du 15 juin 2000 affiche pourtant la protection de ces droits parmi ses objectifs. L'héritage de la révision pénale traditionnelle a été trop lourd pour modifier radicalement le Code de procédure pénale. On notera toutefois que cette avancée, aussi modérée soit elle, ouvre la voie de transformations futures. On attendra avec impatience que la révision européenne intègre le Code de procédure civile et consacre, un peu plus, l'action des principes de la CESDH sur les procédures internes. Ce recours constituera alors une sanction efficace qui s'ajoutera à la sanction limitée mais désormais classique qui consiste dans l'indemnisation par la Cour européenne de la victime d'une atteinte à la Convention. Cette double sanction révèle que l'action des principes directeurs porte sur les actes de la procédure mais peut aussi toucher les acteurs du procès judiciaire.

---

réexamen de l'affaire peut mettre un terme. Cass. Comm. réexamen 30 novembre 2000, *Dalloz 2001*, actualités p. 9, I.R., p. 182.

<sup>2288</sup> Pour la dernière décision publiée. Cass. crim. 30 mars 1999, *Bull. crim.* n°59, *Dalloz 2000*, juris., p. 391, note GARE TH.

## **Chapitre 2 : L'action des principes directeurs sur les acteurs du procès judiciaire**

**439.** Les principes directeurs confèrent des droits aux parties d'un procès judiciaire en leur permettant d'avoir accès au juge, de formuler une demande, d'exercer un recours ; mais encore en leur permettant d'attendre de la justice qu'elle soit impartiale, rapide et apte à résoudre leur différend. Ces droits qui naissent au profit d'un acteur du procès sont autant d'obligations pour les autres personnes qui participent à l'instance. L'ensemble des acteurs du procès est constitué par les parties et leur juge, mais encore par toutes les personnes qui vont être amenées à participer à l'enquête, à l'instruction ou à l'audience. Ce sont tout à la fois des représentants de l'Etat, des auxiliaires de justice ou des personnes privées qui doivent s'acquitter d'une obligation de contribuer à la mission de l'institution judiciaire<sup>2289</sup>. L'action des principes directeurs va donc se développer autour d'un certain nombre de contraintes. L'efficacité de cette action est garantie par l'existence de sanctions. Les premières d'entre elles sont procédurales (section 1) mais il se peut qu'elles ne suffisent pas à assurer pleinement l'application des principes. La méconnaissance des prescriptions d'un principe pourra, le cas échéant, ouvrir la voie de sanctions de nature civile (section 2) ou encore répressive (section 3).

### *Section 1 : L'action des principes directeurs du procès judiciaire assortie d'une sanction procédurale*

**440.** La sanction procédurale semble être le moyen le plus adéquat de réunir ou de rétablir le respect d'un principe de procédure. Toutefois, elle est particulièrement adaptée pour frapper les actes de procédure et non les acteurs. Ces derniers devraient échapper aux effets d'une telle sanction. En réalité, on trouve des règles de procédure qui possèdent un effet sur les juges (§ 1) ou encore sur les parties et leur action (§ 2).

#### **§ 1 : L'action des principes directeurs sur les juges**

**441.** L'action procédurale qui frappe les magistrats est dominée par le principe d'*impartialité*. Ce dernier va ouvrir la voie à trois types de mécanismes qui ont pour finalité d'évincer du procès un magistrat qui ne possède pas cette qualité. Les deux premiers visent au retrait forcé ou volontaire du juge dans un dossier. Dans le troisième, le juge demeure mais le dossier lui est retiré pour être confié à une autre juridiction.

**442. La récusation d'un juge.** La procédure de récusation vise à écarter un magistrat ou un juré de l'exercice de leur fonction dans un dossier. Si la pratique est systématique et non conditionnée pour les jurés d'assises<sup>2290</sup>, elle est exceptionnelle et soumise à des limites strictes en ce qui concerne les magistrats professionnels. Elle est prévue aux articles 668 et suivants du Code de procédure pénale et aux articles 341 et suivants du nouveau Code de procédure civile. La récusation peut être demandée à l'égard de tous les magistrats du siège qu'ils soient chargés de l'instruction ou du jugement. En revanche, elle ne peut frapper un

---

<sup>2289</sup> Certaines personnes hors du procès peuvent être concernées par ces principes. Tel est le cas de la *présomption d'innocence* qui doit être respectée à l'intérieur et à l'extérieur du procès judiciaire.

<sup>2290</sup> Article 297 et suiv. C.pr.pén. La récusation relève du pouvoir discrétionnaire des parties (défense et ministère public) et celles-ci ne peuvent énoncer les motifs pour lesquels elles écartent un juré.

magistrat du parquet qui agit comme partie<sup>2291</sup>. Cette impossibilité tient au fait que l'on ne peut évincer d'un procès la partie adverse dont la qualité requise n'est pas l'*impartialité*.

Les causes de récusation possèdent toutes un lien avec le principe d'*impartialité*. Il peut s'agir de cas circonstanciels dans lesquels le magistrat, de par sa situation, ne possède pas cette qualité, par exemple si le magistrat ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties ou encore s'il a déjà connu de l'affaire comme juge ou arbitre ou a conseillé l'une des parties<sup>2292</sup>. On retrouve ici l'une des applications particulières du principe de *séparation des fonctions*<sup>2293</sup>. Le Code de procédure pénale prévoit en outre une cause générale de récusation « *s'il y a eu entre le juge ou son conjoint et une des parties toutes manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité* »<sup>2294</sup>.

La récusation peut être demandée jusqu'à la clôture des débats mais la partie qui s'en prévaut doit se montrer diligente. Elle a l'obligation de former sa requête dès qu'elle a connaissance de l'existence d'une cause de récusation à peine d'irrecevabilité. Cette condition est indispensable dans la mesure où les effets de la récusation, si elle est prononcée, sont importants. Le magistrat récusé doit être remplacé. L'action immédiate du principe d'*impartialité* réside donc dans la mise à l'écart du magistrat susceptible d'être partial. Elle peut aussi avoir des conséquences médiates sur le déroulement de la procédure. Les règles prévues par le nouveau Code de procédure civile et auxquelles renvoie le Code de procédure pénale<sup>2295</sup> prévoient que les actes accomplis par le juge antérieurement à sa récusation ne peuvent être mis en cause. La sécurité de la procédure est donc assurée. Toutefois, un auteur souligne que la juridiction de jugement dont la composition a été modifiée risque de devoir reprendre l'audience<sup>2296</sup>. En vertu du principe d'*oralité*, tous les juges doivent avoir assisté à l'intégralité des débats. La récusation en cours d'audience possède ainsi des effets potentiels sur la procédure en raison de la combinaison des principes d'*impartialité* et d'*oralité*.

**443. L'abstention d'un juge.** Ce procédé est l'équivalent de la récusation mais avec un effet préventif et à l'initiative du juge. Si celui-ci constate qu'une cause de récusation existe à son encontre, ou encore, qu'il estime « *en conscience* » devoir s'abstenir<sup>2297</sup>, il peut demander au président de la juridiction de le remplacer.

Ce mécanisme possède plusieurs avantages sur la récusation. Outre son caractère préventif qui permet d'éviter les désagréments d'une récusation en cours d'audience, il relève de l'appréciation du magistrat sur sa propre partialité<sup>2298</sup>. En admettant l'abstention « *en conscience* » on permet à un juge qui doute de sa capacité à écarter ses propres convictions dans le traitement d'un dossier, de se placer à l'écart. De même, afin de privilégier la

<sup>2291</sup> Article 669 al 2 C.pr.pén.

<sup>2292</sup> Article 341 2° et 5° nouv.C.pr.civ.

<sup>2293</sup> Ce principe est d'application réduite en procédure civile (Cf. *supra*, n°391). Les hypothèses envisagées mettent en évidence plusieurs règles différentes. La séparation des fonctions d'arbitre et de juge, celles de conseiller et de juge (qui relève de l'interdiction d'être juge et partie), et enfin l'interdiction de juger deux fois la même affaire.

<sup>2294</sup> Article 668 8° C.pr.pén.

<sup>2295</sup> Article 674-2 al 2 C.pr.pén.

<sup>2296</sup> NERAC PH. Les garanties d'impartialité du juge répressif, *JCP* 1978, I, 2890.

<sup>2297</sup> Article 339 nouv.C.pr.civ.

<sup>2298</sup> Il est aussi consensuel dans la mesure où l'abstention peut intervenir au cours d'une procédure de récusation. L'article 348 nouv.C.pr.civ. prévoit que « *si le juge acquiesce* » à la demande de récusation, « *il est aussitôt remplacé* ». L'abstention évite donc une action supplémentaire susceptible d'allonger les délais de la procédure.

crédibilité de l'institution juridictionnelle, le magistrat peut s'abstenir dans une affaire. Bien qu'il estime être impartial, en raison de circonstances particulières, ce juge préférera écarter toute suspicion à l'égard de la juridiction dans laquelle il aurait dû siéger.

L'abstention ouvre la voie d'une action objective de l'*impartialité* au regard des causes de récusation prévues dans le nouveau Code de procédure civile<sup>2299</sup> ou en raison d'une apparente partialité. Elle permet encore une action subjective du principe puisqu'elle fait appel à la conscience propre au magistrat. Ce dernier est appelé à se retirer d'une affaire en raison des sentiments qu'il sait posséder à cet égard. Cette action subjective est imparfaite puisqu'elle présuppose l'honnêteté du magistrat sur sa propre partialité.

**444. Le renvoi de l'affaire.** Alors que l'abstention est uniquement prévue dans le nouveau Code de procédure civile, le renvoi de l'affaire est un effet du principe d'*impartialité* dans les deux contentieux. Cette unité se retrouve dans la cause première du renvoi : celle de la suspicion légitime<sup>2300</sup>. Aucun des deux Codes ne définit la notion de suspicion légitime. Une jurisprudence abondante permet d'établir une relation étroite entre la suspicion légitime et la partialité de la juridiction. La deuxième chambre civile a ainsi rejeté une demande de renvoi lorsque le requérant affirme ne pas mettre en doute l'*impartialité* des magistrats composant la Cour<sup>2301</sup>. A l'inverse, constitue un motif suffisant de suspicion légitime, l'hostilité manifestée publiquement par un juge d'instruction à l'égard d'une personne poursuivie<sup>2302</sup>.

Contrairement à la récusation, la suspicion légitime n'est pas dirigée contre un magistrat en particulier mais contre une juridiction<sup>2303</sup>. Si la juridiction est collégiale, la suspicion doit toucher l'ensemble des magistrats<sup>2304</sup>. La suspicion à l'égard d'un seul magistrat ouvre simplement la voie de la récusation<sup>2305</sup>.

Le renvoi pour suspicion légitime demeure un procédé délicat à mettre en œuvre sur le plan pratique. En jetant le doute sur l'*impartialité* d'une juridiction dans son entier, c'est l'institution judiciaire plus généralement qui est mise en cause. Aussi, les magistrats de la Cour de cassation en matière pénale sont « *peu enclins à incriminer ou à désavouer leur collègues* »<sup>2306</sup>. De plus il se peut que le danger visant l'*impartialité* de la juridiction ne provienne pas des juges eux-mêmes mais du contexte dans lequel se déroule le procès.

Pour cette raison, le Code de procédure pénale a institué le renvoi d'une juridiction à une autre « *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice* »<sup>2307</sup>. Depuis la loi du 4 janvier 1993, cette requête peut être formulée par le Procureur général près la Cour de cassation ou encore près la Cour d'appel qui agit alors sur initiative des parties. Cette cause de renvoi permet de prendre en compte les événements susceptibles d'influencer notamment des jurés d'assises lorsque le procès criminel a eu d'importantes répercussions dans la société

<sup>2299</sup> Le Code ne se préoccupe que d'une *impartialité* extérieure au magistrat et donc objective.

<sup>2300</sup> Article 356 nouv.C.pr.civ. et 662 C.pr.pén.

<sup>2301</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 3 juin 1977, *Bull. civ.*, n°145.

<sup>2302</sup> Cass. crim. 21 août 1990, *Bull. crim.* n°305, *RSC 1991*, p. 375, observations BRAUNSCHWEIG A.

<sup>2303</sup> Cass. crim. 29 janvier 1948, *Bull. crim.*, n°40.

<sup>2304</sup> Pour une admission implicite de la solution, Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 13 janvier 1982, *Gaz. Pal 1982.*, 2, p. 553, note VIATTE J.

<sup>2305</sup> Spécialement en matière pénale où le doute sur l'impartialité est une cause générale de récusation.

<sup>2306</sup> NERAC PH. Les garanties d'impartialité du juge répressif, *op. cit.*, n°17.

<sup>2307</sup> Notamment article 665 al 2 C.pr.pén.



civile. Il paraît alors souhaitable qu'une personne accusée de crime ne soit pas jugée par la Cour d'assises du ressort où a eu lieu l'infraction.

La circulaire d'application de la loi du 4 janvier 1993 prévoit encore que le renvoi pour cause de bonne administration de la justice se justifie<sup>2308</sup>, lorsqu'est en cause dans un procès pénal, une personne exerçant une fonction publique ou titulaire d'un mandat électif public devant une juridiction du lieu de son département « *si l'indépendance et l'impartialité de cette juridiction peuvent s'en trouver suspectées* »<sup>2309</sup>. Le renvoi devant une autre juridiction est un procédé efficace pour réduire tout à la fois les risques de partialité d'une juridiction et les doutes qui peuvent être émis par les parties ou l'opinion publique sur l'*impartialité* des juges qui sont en définitive, saisis de l'affaire.

Ces mécanismes procéduraux visant les magistrats se combinent ainsi vers un but unique et essentiel : celui de garantir la mise en œuvre du principe d'*impartialité*. L'action des principes se diversifie lorsqu'elle concerne les parties au procès.

## § 2 : L'action des principes directeurs sur les parties

445. Dans certaines situations, il est difficile de distinguer l'action procédurale des principes sur les actes de la procédure et sur les parties qui accomplissent ces actes. Lorsque le juge écarte un acte des débats, la sanction procédurale peut trouver son fondement dans l'irrégularité présentée par l'acte ou encore dans le défaut de droit d'agir. Dans la première situation, c'est l'acte qui est en cause, dans la seconde, c'est l'acteur et son droit d'action. On trouve ainsi un certain nombre de sanctions procédurales qui, par l'intermédiaire d'un acte, visent à sanctionner un individu dans son action (A), dans la preuve de sa prétention (B) ou encore dans l'exercice de sa liberté (C).

### A) Les parties et leur action (le droit d'agir en justice)

446. « *L'action est un droit général découlant du principe du libre accès à la justice sans se confondre avec lui* » enseigne-t-on<sup>2310</sup>. L'action est un droit procédural et non substantiel. Elle est précisément le droit procédural d'être entendu par le juge sur le fond de sa demande<sup>2311</sup>. L'action est un droit et non simplement un acte de procédure<sup>2312</sup>. Elle est rattachée à l'acteur et le conduit vers la réalisation de son droit substantiel. Son existence découle du principe du *droit au juge* aussi nommé *libre accès à la justice*. Son exercice nécessite pour le demandeur le respect d'autres principes.

Il se trouve des situations dans lesquelles l'action en demande va échouer avant même d'avoir été examinée sur le fond. Ce peut être en raison d'une exception de procédure qui sanctionne un défaut dans la régularité des actes effectués ou d'une fin de non-recevoir qui caractérise le défaut dans le droit d'agir. Les fins de non-recevoir sont énumérées à l'article 122 du nouveau Code de procédure civile. Cette disposition comprend des règles techniques telles que le défaut de qualité ou d'intérêt pour agir. On trouve par ailleurs dans cet article

<sup>2308</sup> Et ce nonobstant la suppression des privilèges de juridiction consacrée par cette loi.

<sup>2309</sup> Circulaire du 1<sup>er</sup> mars 1993, C 665. Il est ajouté qu'il en est de même si la personnalité en question est partie civile dans un procès pénal.

<sup>2310</sup> DESDEVISES Y. Action en justice, *Juris-Classeur, procédure*, 1996, Fasc. 126-1, n°7, p. 2.

<sup>2311</sup> Article 30 nouv.C.pr.civ. Il s'agit ici de la définition de l'action en demande. Le Code définit de même l'action en défense comme le droit de discuter le bien fondé de la prétention du demandeur.

<sup>2312</sup> CORNU G., FOYER J. *Procédure civile*, PUF. Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1996, n°72, p. 312.

l'expression de deux principes directeurs : le principe de *célérité* est à l'origine de la prescription et du délai préfix ; le principe de l'*autorité de la chose jugée* y est visé explicitement *in fine*.

**447. L'extinction de l'action en raison d'un manquement à l'autorité de la chose jugée.** L'adage *non bis in idem*, se traduit en procédure civile par la règle de l'*autorité de la chose jugée au civil sur le civil*. Elle est conçue par la Cour de cassation comme une règle d'intérêt privé<sup>2313</sup>. En tant que fin de non recevoir, elle conduit le juge qui en est saisi à déclarer l'action du demandeur irrecevable, sans que le défendeur n'ait à démontrer l'existence d'un grief<sup>2314</sup>.

La procédure pénale, est à la fois plus claire et plus ambiguë sur la sanction de l'*autorité de la chose jugée*. La clarté résulte de l'article 6 du Code de procédure pénale. Cette disposition affirme que « *l'action publique pour l'application des peines s'éteint par (...) la chose jugée* ». Lorsqu'une chose a déjà été jugée, qu'un droit a été reconnu ou rejeté, l'action qui concerne ce droit n'existe plus ; elle est éteinte. Des auteurs, reprenant une formule jurisprudentielle traditionnelle, expliquent que l'*autorité de la chose jugée* « *met obstacle, fût-ce en méconnaissance de la loi, à ce que des poursuites soient reprises devant une juridiction qui a précédemment épuisé sa saisine par une décision définitive* »<sup>2315</sup>. L'ambiguïté dans la sanction du principe provient de la qualification qui est attribuée à cette sanction. La doctrine qualifie la chose jugée comme relevant d'une « *exception de procédure* »<sup>2316</sup>. Une telle expression rapproche l'*autorité de la chose jugée* d'un vice de procédure qui atteint l'acte en lui-même, ce qui n'est pas le cas. Un autre auteur, tout en qualifiant le moyen visant le principe de fin de non-recevoir, range sa sanction parmi les nullités d'ordre public<sup>2317</sup>. Il semble délicat de prononcer la nullité d'un acte procédural en raison de la violation de l'*autorité de la chose jugée*. Cet acte n'est pas nul pour vice de forme. Plus simplement, il ne produit pas d'effet car il soutient une action éteinte.

**448. L'extinction de l'action en raison d'un manquement au principe de célérité.** Il s'agit tout d'abord de la prescription de l'action. En matière civile, elle est définie par l'article 2219 du Code civil selon lequel « *la prescription est un moyen d'acquiescer ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi* ». En matière pénale la prescription est conçue comme un « *mode d'extinction de l'action publique résultant du non exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi, dont la survenance résulte du seul écoulement du temps* »<sup>2318</sup>.

<sup>2313</sup> Cf. pour une application jurisprudentielle constante, FRICERO N. PERROT R. Autorité de la chose jugée, *Juris-Classeur, procédure*, fasc. 554, 1996, n°184, p. 33.

<sup>2314</sup> *Ibid*, n°196, p. 35.

<sup>2315</sup> BUISSON J. GUINCHARD S. *Procédure pénale*, Litec, Paris, 2000, n°1477, p. 830. Par exemple en jurisprudence, Cass. crim. 18 décembre 1989, *Bull. crim.*, n°483.

<sup>2316</sup> En ce sens notamment, BUISSON J., GUINCHARD S. *Procédure pénale, op. cit.*, n°1477 ; CONTE PH., MAISTRE DU CHAMBON P. *Procédure pénale*, 3<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, Paris, 2000, n°664, p. 397 ; STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B. *Procédure pénale*, 17<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2000, n°971, p. 898.

<sup>2317</sup> BORE J. *La cassation en matière pénale*, LGDJ, Paris, 1985, n°1655, p. 509. Pour une illustration jurisprudentielle, la Cour de cassation écarte l'application de l'article 802 du Code de procédure pénale pour l'extinction de l'action en raison du non respect d'un délai : Cass. crim. 24 janvier 1979, *Bull. crim.*, n°36.

<sup>2318</sup> CORNU G. (sous la direction) *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., PUF, Paris, 2000.

La nature de la prescription est mixte. Elle est non seulement un moyen d'acquérir ou de perdre un droit substantiel ; mais elle est aussi, d'un point de vue procédural, un mode d'extinction de l'action<sup>2319</sup> susceptible d'être sanctionné par une fin de non-recevoir<sup>2320</sup>.

L'idée qui sous-tend la prescription de l'action en justice est inspirée par le principe de *célérité*<sup>2321</sup>. En effet, l'expression de cette règle ne se réduit pas au « *délai raisonnable* » qui doit caractériser le cours de la justice à partir du déclenchement de l'action. Le principe de *célérité* trouve une application anticipée dans l'idée de la prescription. A compter de l'apparition d'un droit substantiel, le procès naît virtuellement pendant un certain délai. Passé ce laps de temps, le créancier du droit en question, s'il n'a pas fait preuve des diligences requises, perd la possibilité de faire valoir ce droit en justice. La virtualité d'un procès s'éteint. A l'inverse, s'il a été assez rapide, il conserve la possibilité de réaliser son droit.

A la prescription traditionnelle doit être ajouté le délai préfix, qui constitue au même titre une fin de non recevoir. La forclusion qui l'assortit peut parfois faire l'objet d'un relevé, mais cela n'est pas toujours le cas. On trouvera à ce titre un exemple intéressant d'extinction partielle du droit d'action dans la loi du 25 janvier 1985 relative aux procédures collectives. Il s'agit de l'action en revendication dont bénéficie le vendeur d'un bien meuble en raison d'une clause de réserve de propriété. L'article 115 al 1 de la loi de 1985 prévoit que « *la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire immédiate* ». La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer qu'il s'agissait d'un délai préfix qui ne pouvait être ni interrompu, ni suspendu et n'était assorti d'aucune possibilité de relevé de forclusion<sup>2322</sup>. Le délai instauré par l'article 115 ne vise que l'action en revendication et non la créance du propriétaire sur le débiteur qui fait l'objet de la procédure. Si le délai n'est pas respecté, le propriétaire des biens meubles se trouve dans une situation intermédiaire. Du point de vue de l'action en revendication résultant de la clause de réserve de propriété, il est forclus et en perd le bénéfice. Cependant, « *il n'en reste pas moins propriétaire* »<sup>2323</sup>. La jurisprudence décide qu'il conserve la qualité de cocontractant<sup>2324</sup> et demeure à ce titre créancier de la personne en redressement ou en liquidation. D'un point de vue purement procédural, on observe que la même personne peut posséder sur le même bien deux actions différentes, perdre le bénéfice de l'une tout en conservant celui de l'autre. Une telle solution met en évidence les liens étroits qui unissent les sanctions procédurales et celles qui touchent au droit substantiel. Un tel constat se répète à propos de la preuve des prétentions.

<sup>2319</sup> Article 6 C.pr.pén.

<sup>2320</sup> Article 122 nouv.C.pr.civ. Le Code civil utilise les deux acceptions. Par exemple, dans l'article 2265, il déclare que « *celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans...* ». D'un autre côté, l'article 2270-1 al 1 affirme que « *les actions en responsabilité civile extra-contractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation* ».

<sup>2321</sup> En cela, l'aspect procédural de la prescription se distingue de l'acquisition ou de la perte d'un droit substantiel.

<sup>2322</sup> La solution de principe était établie sous l'empire du droit antérieur à 1985, Cass. com. 29 mai 1984, *Bull. civ.*, n°181. Elle a été réitérée en application de la loi nouvelle, Cass. com. 13 février 1990, *Bull. civ.*, n°41 ; *Dalloz 1991*, som. com., p. 42, observations PEROCHON F.

<sup>2323</sup> PEROCHON F., BONHOMME R. *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 1999, n°290, p. 296.

<sup>2324</sup> Cass. com., 3 février 1998, *Dalloz affaires 1998*, p. 382, observations A.L. Il faut admettre que la perte du droit de revendication met très certainement en péril le créancier si celui-ci ne possède pas d'autres privilèges.

## B) Les parties et la preuve

449. L'article 9 du nouveau Code de procédure civile prévoit que chaque partie est tenue de prouver « *les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». La preuve de la prétention est liée au succès de l'action qu'elle soit en demande ou en défense. De la capacité d'une partie à démontrer la réalité des faits qui soutiennent sa prétention, va dépendre le succès ou l'échec de son action. A première vue, le principe énoncé dans l'article 9 est sanctionné par la reconnaissance ou le rejet du droit substantiel litigieux. Ce mécanisme a été sensiblement modifié par l'intervention grandissante du juge dans la recherche de la preuve dans le procès civil. A l'heure actuelle, face au principe traditionnel énoncé par l'article 9, on trouve le principe de *coopération*. Ce principe confère des pouvoirs au juge et corrélativement des obligations pour les parties. Le juge peut prendre part à la recherche de la preuve. Il peut ordonner des mesures d'instruction qui ont pour but de l'éclairer sur la réalité d'une situation de fait<sup>2325</sup>. Ces mesures peuvent impliquer les parties au procès. L'article 11 du nouveau Code de procédure civile prévoit que ces dernières sont « *tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction...* ». Le principe de *coopération* est donc susceptible de modifier la charge de la preuve. D'une part, le juge s'empare de la recherche des éléments probatoires ; d'autre part, il contraint les parties à collaborer à cette recherche qui peut leur profiter ou leur nuire.

L'action du principe de *coopération* sur la charge de la preuve est puissante. L'article 11 du nouveau Code prévoit ainsi que le juge peut « *tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* » d'une partie, de concourir à la mesure d'instruction. On a pu dire de l'article 11 qu'il entraînait au détriment de la partie qui refuse de coopérer « *un transfert du risque de la preuve* »<sup>2326</sup>. De même on a parlé de résistance analysée comme une présomption<sup>2327</sup>. En réalité, l'article 11 ne produit pas un renversement automatique de la charge de la preuve. Par l'intermédiaire du principe de *coopération*, il transfère une partie de cette charge entre les mains du juge sous la forme d'une prérogative. Le magistrat détient un pouvoir souverain d'appréciation sur le silence de la partie qui s'abstient ou refuse de collaborer<sup>2328</sup>. Pour illustration, un mari qui refuse de produire des justificatifs de ses revenus fiscaux verra la pension alimentaire qu'il verse à son ancienne épouse augmenter<sup>2329</sup>.

Ce pouvoir est toujours accru en raison du principe de *coopération* durant l'audience. L'article 1347 al 3 du Code civil admet comme équivalent à un commencement de preuve par écrit « *les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre, ou son absence à la comparution* ». Cette disposition, reprise en substance

---

<sup>2325</sup> Article 10 nouv.C.pr.civ.

<sup>2326</sup> DEVEZE J. *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980, n°236, cité par FRISON-ROCHE M.A., Incident de procédure, obligation de concourir à la manifestation de la vérité, *Juris-Classeur, procédure*, fasc. 620, 1999, n°105, p.13.

<sup>2327</sup> FRISON-ROCHE, *ibid*, n°104.

<sup>2328</sup> L'article 11 nouv.C.pr.civ. permet au juge de « *tirer toute conséquence* » de l'abstention ou du refus.

<sup>2329</sup> CA Paris 12 février 1982, *Juris-Data*, n°025200. Cette obligation de coopérer a été renforcée en matière de divorce par la loi n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire (*J.O.*, 1<sup>er</sup> juillet 2000, p. 9946). L'article premier de la loi complète l'article 271 du Code civil par un alinéa ainsi rédigé : « *dans le cadre de la fixation d'une prestation compensatoire (...) ou à l'occasion d'une demande de révision, les parties fournissent au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie* ». Plus qu'une sanction procédurale, la fausse déclaration de l'un des époux serait susceptible de tomber sous la qualification pénale de l'article 441-1 C.pén. Dans le cadre de l'article 271 C.civ., l'action du principe de *coopération* se combine avec celle du principe de *loyauté*.

dans le nouveau Code de procédure civile<sup>2330</sup>, permet au juge de se départir du principe relatif à la charge de la preuve, mais encore d'assouplir considérablement le principe des *preuves légales*<sup>2331</sup>.

L'une des sanctions procédurales du principe de *coopération* s'applique donc aux parties au regard de leurs prérogatives et obligations procédurales. Le Code confie au juge certains droits et crée de nouvelles obligations pour les parties. Cette situation possède d'inévitables conséquences sur les chances de réussite ou d'échec de leurs actions. L'action des principes oblige les parties. Elle peut aussi les protéger notamment dans l'exercice de leur liberté.

### C) La personne poursuivie et sa liberté

**450.** Le principe de la *liberté d'aller et venir* est, dans le procès pénal, au centre d'un conflit d'intérêts. Les nécessités de l'enquête, du rétablissement de l'ordre public, d'empêcher la fuite de l'individu poursuivi, conduisent à recourir à la détention provisoire. Cette détention constitue en soi, la remise en cause provisoire du principe de la *liberté d'aller et venir*. Pour cette raison, ce dernier profite d'une protection qui se caractérise par l'action combinée de plusieurs autres principes<sup>2332</sup>. Cette action conduit à limiter le recours à la détention et doit logiquement permettre à l'individu poursuivi de préserver ou de retrouver sa liberté.

L'action d'un principe directeur sur l'acteur du procès qu'est la personne poursuivie peut être médiata. Elle résulte de la sanction d'un acte de procédure irrégulier. L'article 114 du Code de procédure pénale prescrit qu'avant chaque interrogatoire de la personne mise en examen, le dossier doit être mis à la disposition de son avocat. Cette exigence résulte du principe des *droits de la défense* et permet au débat qui suit de se dérouler dans le respect de la *contradiction*. Pendant cette période, il ne peut être opposé à l'avocat que les exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction pour empêcher la communication du dossier. La Cour d'appel de Nancy a étendu les effets de cet article protecteur des *droits de la défense*, au débat préalable à la prolongation de la détention provisoire. L'avocat d'une personne mise en examen ayant été convoqué à ce débat se présentait le matin afin d'avoir accès au dossier. Il lui fut répondu que le dossier était indisponible, un acte étant en cours dans le cabinet du juge. Le débat se tenait aux jour et heure indiqués et se concluait par la prolongation de la détention. Saisie d'une demande en annulation, la Cour d'appel a déclaré que « *s'agissant d'un interrogatoire au cours duquel il a été statué sur la détention provisoire de M. X..., le défaut de communication préalable du dossier à l'avocat de celui-ci a fait grief à ses droits* »<sup>2333</sup>. L'ordonnance décidant de la prolongation de la détention a été annulée et la Cour d'appel a ordonné la « *mise en liberté immédiate de l'intéressé, le mandat de dépôt se trouvant privé d'effets* ». L'annulation d'une pièce de procédure ne limite pas son effet à la recherche de la vérité et à la recevabilité des preuves. En frappant des actes attentatoires à la *liberté individuelle*, l'action des *droits de la défense* s'étend à la personne mise en examen.

<sup>2330</sup> Article 198 nouv.C.pr.civ. : « le juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles et en faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit ».

<sup>2331</sup> En ce sens, THERY PH, Les finalités du droit de la preuve en droit privé, *Droits 1996*, n°23, p. 41. L'auteur explique que dans ce cas de figure, le commencement de preuve par écrit ne préexiste pas au procès, et qu'il ne s'agit d'ailleurs pas d'un écrit.

<sup>2332</sup> Cf. *supra*, n°301.

<sup>2333</sup> CA Nancy 23 mars 1999, *Dalloz 2000*, juris., p. 179, note AUGER V.

Un principe peut encore agir directement sur la liberté de l'individu. Tel est le cas du principe de *célérité* qui vise généralement la procédure, mais s'applique avec une particulière rigueur au régime de la détention provisoire. Une personne poursuivie pour plusieurs viols sous la menace d'une arme était détenue dans l'attente de son procès d'assises. Suite au rejet de son pourvoi contre l'arrêt de renvoi, elle formait une demande de mise en liberté. La Cour d'appel de Paris a fait droit à la demande de mise en liberté du prévenu en constatant que l'affaire n'étant pas encore audience, elle ne pourrait être jugée dans un *délai raisonnable* au sens de l'article 6§1<sup>2334</sup>. Dans cette décision, l'action du principe de *célérité* sur la liberté de l'individu est remarquable. La juridiction y précise les antécédents de la personne poursuivie, le risque de renouvellement de l'infraction<sup>2335</sup>, mais elle ne tient pas compte de ces faits pour apprécier le caractère raisonnable de la durée de la procédure. La remise en liberté s'impose alors.

Cette solution a été confirmée par la loi du 15 juin 2000. Dans l'article 179 du Code de procédure pénale relatif aux ordonnances de renvoi du juge d'instruction, la loi a modifié plusieurs alinéas relativement à la liberté de prévenu. L'alinéa 2 décide désormais que ce dernier est automatiquement remis en liberté « *si le Tribunal correctionnel n'a pas commencé à examiner le fond à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la date de l'ordonnance de renvoi* »<sup>2336</sup>. Par ordonnance motivée, deux prolongations peuvent être décidées. A l'expiration d'un délai maximum de six mois, la remise en liberté est de droit. En matière criminelle, la loi a prévu un dispositif identique portant le délai initial de comparution à un an et celui des prolongations à six mois<sup>2337</sup>. L'utilisation du principe de *célérité* procède d'une initiative jurisprudentielle et se poursuit par une consécration législative. Ce phénomène met aussi en évidence la pénétration des principes européens dans le droit interne. Dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, figure un alinéa qui dispose qu'« *il doit être définitivement statué sur l'accusation dont (la personne poursuivie) fait l'objet dans un délai raisonnable* ». Ce texte est issu de l'article 6§1 de la CESDH. La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion d'en dégager une application technique qui a ensuite été reprise par le Code. Les principes présentent cette qualité de solliciter l'utilisation combinée des sources formelles du droit.

**451.** Qu'elle passe par la sanction d'une ordonnance de prolongation ou qu'elle conduise immédiatement le juge à faire droit à une demande de l'individu poursuivi, l'action des principes produit un effet incontestable sur cet acteur. Cet effet touche aussi l'action d'une des parties, sa prétention, ou encore sa liberté, mais il s'agit avant tout d'un effet procédural. Ces sanctions procédurales ne suffisent pas toujours à garantir le respect des principes directeurs. Ces derniers trouvent, dans l'utilisation de sanctions empruntées au droit civil, des mécanismes qui permettent de développer leur action sur les acteurs du procès judiciaire.

## *Section 2 : L'action des principes directeurs du procès judiciaire assortie d'une sanction civile*

**452.** L'action procédurale des principes est la plus adaptée d'un point de vue théorique pour donner à ces normes une certaine efficacité. Elle n'est pourtant pas suffisante

<sup>2334</sup> CA Paris 30 octobre 1997, *Dalloz* 1998, juris., p. 459, note RENUCCI J.F.

<sup>2335</sup> « *Nonobstant les lourds antécédents judiciaires de l'accusé, le risque de renouvellement des infractions suggéré par l'expert psychiatre* », affirme la chambre d'accusation, *ibid*, p. 460.

<sup>2336</sup> Article 76 de la loi du 15 juin 2000.

<sup>2337</sup> Article 77 de la loi du 15 juin 2000.

à prévenir ou réparer les entraves aux prescriptions qu'elles édictent. Les principes peuvent alors être accompagnés de sanctions civiles de nature très diverse. Certaines visent à indemniser les conséquences d'une transgression d'un principe. Il faut alors mettre en œuvre la responsabilité de l'auteur de cette transgression (§ 1). D'autres ont pour but de mettre en conformité une situation de fait avec les prescriptions d'un principe (§ 2).

### § 1 : L'indemnisation des dommages résultant de la méconnaissance d'un principe directeur du procès judiciaire

**453.** Il existe de nombreux régimes de responsabilité résultant de la violation fautive d'un principe directeur et conduisant à indemniser la victime du dommage qui en est la conséquence. En premier lieu, le service public de la justice doit répondre des fautes commises par ses magistrats et plus généralement par l'ensemble de ses agents (A). En second lieu, la violation de certains principes conduit à mettre en œuvre des régimes spéciaux de responsabilité en droit interne et international (B).

#### A) La responsabilité générale du service public de la justice

**454. La responsabilité de l'Etat et de ses agents.** La responsabilité civile du service public de la justice débute avec celle des magistrats. A côté de leur responsabilité disciplinaire et pénale, les juges du siège et les procureurs doivent répondre de leurs fautes civiles dans l'exercice de leurs fonctions. Il est toutefois nécessaire de protéger leur *indépendance* et de ne pas entraver le déroulement de leur mission. Le Code de procédure civile a ainsi écarté l'hypothèse d'une responsabilité de droit commun<sup>2338</sup>. De même, la loi du 5 juillet 1972 instaure un régime de responsabilité indirecte qui vise en premier lieu l'Etat<sup>2339</sup>. Les magistrats devront répondre indirectement de leur faute par le biais d'une action récursoire<sup>2340</sup>.

La responsabilité du service de la justice est donc avant tout une responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par ses agents. L'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire dispose que « *l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou un déni de justice* ». Elle concerne avant tout les actes accomplis par les magistrats professionnels. Ceux qui composent les juridictions d'attribution<sup>2341</sup> demeurent sous le régime de la prise à partie prévu aux articles 505 et suivants du Code de procédure civile (ancien)<sup>2342</sup>. En revanche, le régime général de l'article 781-1 vise aussi les fautes commises

<sup>2338</sup> Pour une étude détaillée de la question, PLUYETTE G., CHAUVIN P. Responsabilité du service de la justice et des magistrats, *Juris-Classeur*, 1993, fasc. 74.

<sup>2339</sup> Ce régime de responsabilité figure aujourd'hui dans l'article 781-1 C. org. jud.

<sup>2340</sup> La loi organique du 18 juillet 1979 a ajouté à l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut des magistrats un article 11-1. Cette disposition prévoit que « *les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles / La responsabilité des magistrats (...) ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat* ». La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que l'action en responsabilité exercée par la victime ne peut l'être directement contre un magistrat. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1999, *JCP* 2000, I, 221, observations CADJET L.

<sup>2341</sup> Tribunal de commerce, Conseil des prud'hommes, Tribunaux paritaires des baux ruraux et des affaires de la sécurité sociale. Ce régime a encore été appliqué aux membres du conseil de discipline d'un barreau. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 5 mai 1981, *Bull. civ.*, n°149.

<sup>2342</sup> La procédure de prise à partie vise directement les magistrats concernés. Pour en limiter la mise en œuvre, ses conditions d'ouverture sont limitées. Il doit y avoir dol, fraude, concussion, faute lourde

par les officiers et agents de police judiciaire lorsqu'ils agissent sous la responsabilité ou le contrôle d'un magistrat. Tel est le cas des actes effectués en raison d'une commission rogatoire, mais encore des actes d'enquête diligentés sous le contrôle d'un magistrat du parquet<sup>2343</sup>. En dernier lieu, les personnes qui bénéficient de ce régime d'indemnisation sont les usagers du service public<sup>2344</sup> à l'exclusion notamment de ses collaborateurs<sup>2345</sup>.

Le particularisme de la responsabilité du service de la justice réside dans la restriction des fautes susceptibles d'entraîner une réparation : le déni de justice et la faute lourde. L'interprétation jurisprudentielle de ces notions a conduit à faire de la violation d'un certain nombre de principes directeurs un fait générateur de la responsabilité de l'Etat.

**455. Le déni de justice et les principes directeurs.** Le déni de justice est défini strictement dans plusieurs textes. Le Code de procédure civile (ancien) le retient « *lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes, et négligent de juger les affaires en état et en cours d'être jugées* ». L'article 4 du Code civil menace de poursuites « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* ». La jurisprudence a conduit à élargir sensiblement la définition de cette faute.

Dans un jugement du 6 juillet 1994, le Tribunal de grande instance de Paris affirme qu'il « *faut entendre par déni de justice, non seulement le refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger de juger les affaires en état de l'être, mais aussi, plus largement tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu* »<sup>2346</sup>. C'est le manquement au principe du *droit au juge* qui permet de retenir la qualification de déni de justice. Plus particulièrement, les juridictions du fond se réfèrent au droit de la CESDH pour assimiler la méconnaissance du *délai raisonnable* au déni de justice. L'application du principe de *célérité*, conséquence du devoir de protection juridictionnelle, a été d'abord timide<sup>2347</sup>. En 1993, la Cour d'appel de Paris a considéré que l'absence d'audiencement devant une Cour d'assises alors que le renvoi datait depuis plus de cinq ans n'était pas constitutif d'un déni de justice<sup>2348</sup>. Puis les juges du fond ont fait preuve de plus de sévérité à l'égard de l'institution judiciaire. Le déni de justice a été retenu pour un renvoi des plaidoiries à plus de trois ans après l'enregistrement de la déclaration d'appel<sup>2349</sup>. De même, un délai de plus de trois ans entre l'annulation d'une ordonnance du juge d'instruction et le prononcé de l'ordonnance de non-lieu est « *en soi révélateur d'un fonctionnement défectueux*

---

professionnelle ou déni de justice. La mise en œuvre de la prise à partie nécessite une procédure complexe. Elle suppose que soit formée au préalable une requête en autorisation. En cas de succès de cette requête, l'audience et le jugement peuvent alors débiter.

<sup>2343</sup> PLUYETTE G., CHAUVIN P. Responsabilité du service de la justice et des magistrats, *op. cit.*, n°40, p. 10.

<sup>2344</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 21 décembre 1987, *Bull. civ.*, n°347.

<sup>2345</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 30 janvier 1996, *JCP 1996*, II, 22608, rapport SARGOS P. En l'espèce, il s'agissait d'un mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises qui demandait réparation du préjudice subi en raison de son absence de désignation par une juridiction consulaire. La Cour de cassation adopte, à l'égard des collaborateurs de la justice, un régime de responsabilité sans faute fondé sur le préjudice anormal, spécial, et d'une certaine gravité.

<sup>2346</sup> TGI Paris 6 juillet 1994, *Gaz. Pal. 1994*, 2, juris., p. 589, note PETIT S.

<sup>2347</sup> Dans un premier temps, les manquements graves au principe de célérité ont servi de fondement à la reconnaissance d'une faute lourde. Cf. par exemple, CA Paris 10 mai 1983, *Gaz. Pal. 1983*, 1, som., p. 197. Cet arrêt condamne le retard excessif lorsqu'une procédure collective a duré dix-sept ans alors que l'ouverture de la procédure n'était pas justifiée.

<sup>2348</sup> CA Paris 23 février 1993, *Bolle c/ agent judiciaire du trésor*, inédit, cité par PLUYETTE G., CHAUVIN P. Responsabilité du service de la justice et des magistrats, *op. cit.*, n°67.

<sup>2349</sup> TGI Paris 6 juillet 1994, *précit.*



du service de la justice, constitutif d'un déni de justice »<sup>2350</sup>. Enfin, le devoir de protection juridictionnelle de l'individu « comprend le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable ». En conséquence, est considéré comme un déni de justice, le fait qu'une procédure engagée devant une Cour d'appel ne puisse être examinée avant le délai de quarante mois suivant la date de la saisine<sup>2351</sup>.

Les juridictions du fond considèrent qu'un retard exagéré pour statuer équivaut à un refus de statuer. Un auteur explique ainsi que « le temps n'est pas une modalité du droit, il en est une composante »<sup>2352</sup>. Ne pas reconnaître un droit en justice dans un temps raisonnable revient à le méconnaître. Au-delà des explications théoriques, il faut souligner que la réalisation tardive du droit est préjudiciable à son bénéficiaire. Des créances impayées peuvent entraîner des difficultés financières. La contestation sur un droit de propriété peut priver le véritable titulaire de la jouissance de son droit. C'est en raison du préjudice consécutif à la lenteur judiciaire que la jurisprudence a été conduite à élargir la définition du déni de justice.

Le déni de justice réside encore dans le fait pour le juge de contrevenir à un principe qui crée une obligation à son égard. Tel est le cas du principe de *coopération*. L'article 12 du nouveau Code de procédure civile dispose que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables / Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Lorsqu'une demande est formulée devant une juridiction sans que ses fondements juridiques soient précisés, les juges doivent examiner les faits conformément aux règles de droit qui leur sont applicables<sup>2353</sup>. L'obligation pour le juge de donner un fondement juridique à la demande relève du principe de *coopération*. Une Cour d'appel a, en application de ce principe, qualifié de déni de justice un jugement rejetant une prétention aux motifs que son auteur ne précisait pas le fondement juridique de son action<sup>2354</sup>. Cette jurisprudence ne devrait pas perdurer en ce qui concerne les instances civiles introduites par une assignation. Depuis le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998, l'article 56 du nouveau Code de procédure civile qui définit les mentions obligatoires de l'assignation a été modifié. Le demandeur doit désormais indiquer les moyens « en fait et en droit » qui fondent sa prétention. Ces conclusions qualificatives introduisent une obligation de *coopération* pour les parties à peine de nullité de forme. La modification de l'article 56 devrait avoir pour conséquence de libérer le juge de la menace de déni de justice qui pesait sur lui au sujet de la qualification du fondement juridique de la demande.

Le principe de *coopération* crée des obligations procédurales pour le juge. Refuser de s'y conformer relève logiquement d'un déni de justice. A l'inverse, lorsqu'une règle ne crée qu'une simple faculté, la décision du magistrat relève de son pouvoir discrétionnaire. Tel est le cas d'une décision de classement sans suite résultant de l'*opportunité des poursuites*. Le renoncement aux poursuites ne peut, selon la Cour de cassation, constituer un déni de justice<sup>2355</sup>. De même, la simple faculté pour le juge civil de s'immiscer dans la recherche de

---

<sup>2350</sup> TGI Paris 8 novembre 1995, *Dalloz* 1997, som. com., p. 149, observations PRADEL J.

<sup>2351</sup> TGI Paris 5 novembre 1997, *Dalloz* 1998, juris., p. 9, note FRISON-ROCHE M.A.

<sup>2352</sup> *Ibid*, p. 10.

<sup>2353</sup> Cass. com. 31 mars 1981, *Bull. civ.*, n°169.

<sup>2354</sup> CA Paris 25 avril 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 2, juris., p. 800.

<sup>2355</sup> Cass. crim. 6 juillet 1982, *Bull. crim.*, n°181.

la preuve, ne l'oblige pas à se substituer aux parties. Leur carence permet au juge de rejeter leur prétention sans commettre un déni de justice<sup>2356</sup>.

Malgré une extension manifeste de son domaine d'application, le déni de justice ne suscite encore que peu de condamnations. Les principes directeurs y sont associés en petit nombre. En tant que règles essentielles de la procédure, leur violation est plus souvent constitutive d'une faute lourde.

**456. La faute lourde et les principes directeurs.** Avant la loi de 1972, la Cour de cassation avait déjà défini la faute lourde du magistrat. Il s'agit de « *celle qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eut pas été entraîné* »<sup>2357</sup>. La faute lourde est donc le manquement grossier à un devoir. Ce manquement est d'autant mieux caractérisé que le devoir est essentiel. Tel est le cas des prescriptions posées par les principes directeurs. La jurisprudence a eu recours à nombre d'entre eux pour caractériser la responsabilité du service de la justice.

L'atteinte à l'honneur d'un individu, par l'intermédiaire de sa *présomption d'innocence*, est un préjudice qui résulte d'une faute d'un agent de l'Etat. Relève d'une faute lourde, le fait pour un juge d'instruction de faire diffuser dans la presse locale un avis de recherche reproduisant la photographie d'un individu et accompagnée d'un texte le mettant en cause alors qu'aucune charge sérieuse n'existait à son encontre<sup>2358</sup>.

L'atteinte à la *présomption d'innocence* peut résulter d'une violation du *secret de la mise en état*. Un rapport confidentiel du parquet destiné à la direction des affaires criminelles relativement à un dossier en cours d'instruction avait été communiqué à la presse. Sans rechercher quel avait été l'auteur de la divulgation, le Tribunal de grande instance de Paris retient que « *la divulgation de ce rapport par la presse, emportant révélation de faits reprochés aux demandeurs par le ministère public, avant même que les intéressés aient fait l'objet d'une mise en examen, est révélateur d'un dysfonctionnement du service de la justice. (...) Eu égard aux personnalités mises en cause, et à l'effet médiatique nécessairement attaché à la publication dans la presse du rapport en question, la remise (au journal) d'un tel document implique chez son auteur, la conscience d'accomplir un acte contraire à ses devoirs professionnels ; qu'elle constitue une faute lourde au sens de l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire* »<sup>2359</sup>. Dans cette affaire, les demandeurs avaient allégué l'existence d'un déni de justice pour manquement au devoir de protection juridictionnelle. Le Tribunal ne constate qu'une faute lourde sans pour autant désigner son auteur. L'Etat est responsable de la diffusion d'un rapport confidentiel parce qu'un agent du service public a nécessairement commis cette faute. L'Etat agit comme un garant des actes accomplis par les membres de l'institution judiciaire. La Cour de cassation a suivi les juges du fond pour réparer les atteintes à la *présomption d'innocence* résultant d'une violation du *secret de la mise en état*. Dans le cadre d'une enquête, des agents de la répression des fraudes avaient diffusé des informations concernant les personnes poursuivies. La Cour de cassation décide que « *la divulgation d'informations permettant d'identifier les personnes mises en cause à l'occasion d'une enquête est constitutive d'une faute lourde* »<sup>2360</sup>.

<sup>2356</sup> Cass. com. 10 mai 1977, *Bull. civ.*, n°134. En l'espèce, les juges du fond ont débouté chacune des parties sur leurs prétentions respectives en retenant qu'aucune d'entre elles n'avait apporté la preuve nécessaire à l'appui de sa prétention.

<sup>2357</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 13 octobre 1953, *Bull. civ.*, n°272.

<sup>2358</sup> TGI Caen 23 janvier 190, inédit, cité par PLUYETTE G., CHAUVIN P. Responsabilité du service de la justice et des magistrats, *op. cit.*, n°93.

<sup>2359</sup> TGI Paris 3 avril 1996, *Gaz. Pal.* 1996, 2, juris., p. 584.

<sup>2360</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 9 mars 1999, *Dalloz* 2000, juris., p. 398, note MATSOPOULOU H.

Les juges découvrent parfois la faute lourde dans la violation consécutive ou simultanée de plusieurs principes. Commettent ainsi une faute lourde des fonctionnaires des impôts qui procèdent à des visites domiciliaires au moyen d'un détournement de procédure, et se munissent de l'autorisation d'un magistrat pour couvrir l'irrégularité de leur démarche<sup>2361</sup>. Ici la faute réside dans la méconnaissance du principe de *loyauté* qui a permis aux agents de l'Etat de procéder à une visite domiciliaire portant atteinte à l'*intimité de la vie privée*. En l'absence de fraude, cette visite n'aurait pas été autorisée par le magistrat. Dans le même état d'esprit, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a sanctionné la faute consistant pour les services de la répression des fraudes, en méconnaissance du principe du *contradictoire*, à privilégier une interprétation douteuse des faits. Une telle attitude viole la règle qui veut que le *doute profite à l'individu suspecté*. Elle visait uniquement à maintenir une saisie effectuée par les services de la répression des fraudes pendant un an<sup>2362</sup>. Dans cette décision, la Cour d'appel a utilisé de façon surprenante un principe relatif à l'appréciation des preuves au cours de l'enquête. La violation de ce principe combinée avec le mépris du *contradictoire* permet à nouveau de retenir la faute lourde.

Les hypothèses qui viennent d'être exposées mettent en évidence l'existence d'une faute lorsque l'agent outrepassé ses pouvoirs. Le cas inverse peut se produire à propos du magistrat qui renonce à son pouvoir discrétionnaire. Il fait alors preuve de dépendance. Des magistrats consulaires saisis d'office avaient repris intégralement, dans leur décision, le projet rédigé par le syndic désigné. Saisie d'une action en responsabilité contre l'Etat, la Cour d'appel affirmait qu'il n'était pas démontré que le jugement prononcé n'était pas l'expression de la décision prise en cours des délibérés. La reprise dans le jugement du projet du syndic n'impliquait pas un renoncement à l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. La Cour de cassation a cassé cette décision en constatant la violation de l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire<sup>2363</sup>. Les juges qui reprennent le texte rédigé par le syndic ne manifestent pas le pouvoir attaché à leur fonction. On peut aller plus loin en affirmant qu'ils marquent ainsi leur dépendance à l'égard d'une opinion exprimée par une personne extérieure à la juridiction. Implicitement, il y a bien violation du principe d'*indépendance*.

**457. L'extension potentielle de l'action des principes directeurs.** La responsabilité civile des magistrats et du service de la justice demeure limitée à la violation manifeste de règles essentielles de la procédure et notamment de principes directeurs du procès. Cette situation se justifie par le fait que la responsabilité des juges entrave potentiellement l'activité juridictionnelle<sup>2364</sup>. *L'indépendance* que nécessite la charge de rendre la justice s'accommode mal du risque de voir sanctionnée par la voie civile une décision procédurale. Les voies de recours semblent être le moyen le plus adapté à la critique des décisions de justice. Pour autant, il faut constater que le thème de la responsabilité des juges a fait l'objet de préoccupations doctrinales récentes<sup>2365</sup>. De même, la Cour de cassation a récemment adopté une définition plus extensive de la faute lourde caractérisée par « *toute déficience*

---

<sup>2361</sup> CA Paris 18 avril 1991, *Gaz. Pal.* 1991, 2, juris., p. 592.

<sup>2362</sup> CA Aix-en-Provence 25 mai 1988, *Fils de Ramel*, inédit, cité par PLUYETTE G., CHAUVIN P. Responsabilité du service de la justice et des magistrats, *op. cit.*, n°90.

<sup>2363</sup> Cass. com. 19 octobre 1993, *Bull. civ.*, n°347.

<sup>2364</sup> FRISON-ROCHE M.A. La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée, *JCP* 1999, I, 174.

<sup>2365</sup> GARAPON A. Les responsabilités des juges, (document internet), [http://www.enm.justice.fr/centre\\_de\\_re...es/responsabilite\\_du\\_juge/annexe\\_3.htm](http://www.enm.justice.fr/centre_de_re...es/responsabilite_du_juge/annexe_3.htm). GUINCHARD S, Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ? La responsabilité civile, in *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité*, colloque Aix-en-Provence, mai 2000, PUAM, (à paraître).

caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi »<sup>2366</sup>.

De son côté, le législateur n'est pas resté insensible au mouvement de responsabilisation croissante. Il a projeté, dans le cadre de la réforme de la justice, « d'associer davantage le justiciable victime aux procédures de mise en jeu de la responsabilité des magistrats »<sup>2367</sup>. A été prévue d'une part, l'institution d'une Commission nationale d'examen des plaintes des justiciables et d'autre part, l'extension de la responsabilité civile prévue à l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire aux fautes simples des agents du service de la justice. La substitution de la faute simple à la faute lourde peut être entendue comme un accroissement du rôle des principes directeurs dans l'action en responsabilité des justiciables. L'action contre l'Etat ne devrait pouvoir être mise en œuvre que pour violation d'une règle essentielle de procédure. La violation d'un principe directeur pourrait alors servir de fondement au recours en responsabilité exercé contre l'Etat. Un tel compromis pourrait donc déboucher sur l'institution d'une responsabilité pour faute caractérisée par la méconnaissance d'un principe de procédure. Il n'y a là que réflexion prospective<sup>2368</sup>. Si la réforme vient à son terme, il faudra attendre sa réalisation jurisprudentielle pour mesurer l'action des principes directeurs sur la définition de la faute simple. Par ailleurs, on trouve déjà, dans les régimes spéciaux de responsabilité, une action des principes en faveur d'une ouverture vers un véritable droit à réparation.

### B) Les régimes spéciaux de responsabilité

**458.** La violation d'un principe directeur ne résulte pas uniquement d'une faute commise par un agent du service public de la justice. Elle peut encore provenir d'une partie ou d'un tiers au procès. Par ailleurs, certains mécanismes ont été mis en place permettant de réparer les atteintes à certains principes en particulier. Il peut s'agir d'une sanction prévue dans un texte de droit interne (a) ou par la Convention européenne des droits de l'homme (b).

#### a) La violation d'un principe du droit interne

**459.** Des textes spéciaux du droit français ont instauré des régimes de responsabilité civile lorsqu'un principe en particulier a été méconnu de façon injustifiée. On trouvera dans la *liberté d'aller et de venir*, et dans la *présomption d'innocence* deux illustrations de l'action en responsabilité fondée sur la violation d'un principe directeur.

**460. La réparation d'une atteinte à la liberté d'aller et de venir.** La violation injustifiée de ce principe se produit lorsqu'une personne a subi une détention provisoire

<sup>2366</sup> Cass. ass. plén., 23 février 2001 (Pourvoi n°99-16.165, arrêt n°472 P, *c/Agent judiciaire du Trésor*), *Dalloz 2001*, actualité, p. 792. Cf. sur cet arrêt, MARTIN R. La justice en faute lourde ou simple, *Procédures 2001*, n°4, p. 4. Dans le même état d'esprit, la Cour d'appel de Paris a jugé que « si pris isolément, aucune des négligences constatées ne s'analyse en une faute lourde, en revanche, le fonctionnement défectueux du service public de la justice, qui découle de leur réunion, revêt le caractère d'une telle faute ». CA Paris, 25 octobre 2000, *Dalloz 2001*, juris., p. 580, note LIENHARD C.

<sup>2367</sup> MOUTOUH H., MONTAGNE-MOUTOUH I. Une réforme attendue : la responsabilité des magistrats, *Dalloz 2000*, n°8, point de vue, p. V.

<sup>2368</sup> Il est à noter que cette solution existe déjà pour l'action en responsabilité résultant d'une atteinte à la vie privée. La jurisprudence décide qu'en vertu de l'article 9 C.civ., la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation. Cf. notamment, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 1996, *Bull. civ.*, n°378, *Dalloz 1997*, juris., p. 403, note LAULOM L. ; *JCP 1997*, II, 22805, note RAVANAS J.

suivie d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement. Le recours à l'incarcération avant jugement répond en théorie à des préoccupations utilitaristes. Ne préjugant pas de la culpabilité de la personne, la détention provisoire peut être décidée à l'encontre d'une personne qui, par la suite, se révélera innocente. Les principes qui permettent de prévenir une atteinte à la *liberté* n'ont pas agi avec une efficacité suffisante. L'arrêt des poursuites et l'innocence qui en découle sont révélateurs d'une faute commise à l'encontre de la personne incarcérée. Celle-ci doit en conséquence voir son préjudice réparé. La loi du 17 juillet 1970 a introduit dans les articles 149 et suivants dans le Code de procédure pénale des dispositions qui visent à mettre en place une procédure d'indemnisation<sup>2369</sup>. Cette indemnisation repose sur trois conditions : l'existence d'une détention provisoire, suivie d'une décision de non-lieu, relaxe ou acquiescement, ayant créé pour la personne incarcérée un préjudice. Si les deux premiers éléments ne font pas de difficulté, la question du préjudice réparable a connu une évolution. A l'origine, seul pouvait être indemnisé le préjudice « *manifestement anormal et d'une particulière gravité* ». Le législateur entendait limiter la réparation automatique d'un dommage résidant simplement dans la privation de liberté. La loi du 30 décembre 1996 a supprimé la définition restrictive du préjudice indemnisable<sup>2370</sup> et il faut admettre aujourd'hui que la détention injustifiée constitue en elle-même un dommage pour la personne à l'encontre de laquelle des poursuites ont échoué. Avec la loi du 15 juin 2000<sup>2371</sup>, l'article 149 a été partiellement réécrit. Il prévoit désormais que peuvent être réparés les préjudices moral et matériel subis à l'occasion de la détention. Cette nouvelle rédaction s'inscrit dans le sens d'une conception extensive du préjudice. En revanche, dans un certain nombre d'hypothèses, l'indemnisation est exclue. Tel est le cas lorsque l'abandon des poursuites est fondé sur l'irresponsabilité pénale pour trouble mental ou sur une loi d'amnistie postérieure à la détention provisoire. De même, la personne qui s'est volontairement accusée ou laissée accuser à tort dans le but de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites ne pourra revendiquer une réparation.

La procédure d'indemnisation a aussi évolué dans la loi du 15 juin 2000. Initialement attribué à une commission de la Cour de cassation, le contentieux de l'indemnisation de la détention a été transféré devant le premier président de la Cour d'appel. La décision rendue pourra faire l'objet d'un recours devant la commission d'indemnisation de la Cour de cassation. Enfin à compter de la publication de la loi, l'audience en indemnisation acquiert un caractère public et la décision de la commission devra être motivée.

A travers les trois réformes de 1970, 1996 et 2000, l'action du principe de la *liberté d'aller et venir* a conduit le législateur à accroître le droit à réparation de la victime d'une détention injustifiée. L'intérêt d'une telle procédure consiste dans le fait que la faute génératrice de la responsabilité étatique résulte du caractère injustifié de la détention. La responsabilité découle de la réunion de deux éléments dont la réalité ne peut être contestée : une détention provisoire suivie d'un arrêt des poursuites. Le régime de responsabilité s'en trouve assoupli.

**461. La réparation d'une atteinte à la présomption d'innocence.** Le principe de la *présomption d'innocence* fait l'objet de toutes les attentions depuis l'adoption de la loi du 4 janvier 1993.

---

<sup>2369</sup> GIUDICELLI A. L'indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées, *RSC 1998*, p. 11.

<sup>2370</sup> LE GUNEHEC F. Aperçu rapide de la loi du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, *JCP 1997*, 22/1/1997, actualités, p. 1.

<sup>2371</sup> LE GUNEHEC F. Aperçu rapide, loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de victimes, dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction, *JCP 2000*, actualités, p. 1299.

Sur le fond, cette loi a consacré textuellement le principe dans l'article 9-1 du Code civil. La loi du 15 juin 2000 a modifié la présentation du principe. Il est inscrit dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui dispose « *toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie* ». De même a été modifié l'article 9-1. Ce texte concernait les personnes placées en garde à vue, mises en examen ou visées dans une citation à comparaître, un réquisitoire ou une plainte avec constitution de partie civile. Il semble que l'on retrouve dans cette énumération la notion plus générale de « *personne suspectée ou poursuivie* » de l'article préliminaire du Code. Pourtant, dans sa nouvelle rédaction, l'article 9-1 énonce que « *lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire* » le juge peut prendre un certain nombre de mesures. Cette rédaction est surprenante. Un auteur estime qu'elle vise même les personnes qui ne sont pas juridiquement parties à la procédure<sup>2372</sup>. Faut-il entendre alors que l'article 9-1 protège aussi les personnes qui ne sont pas suspectées dans une procédure criminelle ? Par exemple, doit-on comprendre qu'une personne présentée dans la presse comme ayant participé à la commission d'une infraction, alors même qu'aucune poursuite n'est entreprise à son encontre doit bénéficier de l'article 9-1 ? Une telle interprétation procède d'une confusion entre l'atteinte à l'honneur et celle à la *présomption d'innocence*. Or, si l'aspect fondamental de ce principe trouve son origine dans la protection de l'honneur<sup>2373</sup>, les deux notions ne se confondent pas.

Du point de vue de la sanction, l'atteinte à la *présomption d'innocence* peut faire l'objet d'une action en responsabilité. Ce droit est prévu dans les deux dispositions textuelles qui visent le principe. L'action en responsabilité pour violation du principe est fondée sur le droit commun de la responsabilité civile. L'irrespect de la règle de l'article 9-1 constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil<sup>2374</sup>. Dans une interprétation littérale la Cour de cassation retient la transgression de l'article 9-1 dans le fait de « *présenter publiquement comme coupable avant toute condamnation une personne poursuivie pénalement* »<sup>2375</sup>. Par ailleurs, le préjudice est celui qui résulte de l'atteinte au principe. Il consiste d'abord dans la mise en cause de l'honneur de la personne et ensuite dans les conséquences matérielles qu'a pu entraîner cette mise en cause. En dernier lieu, l'article 9-1 vise les personnes privées et non le service de la justice. Pour engager la responsabilité de ce dernier, il faudra trouver dans la violation de la *présomption d'innocence*, les caractères de la faute lourde<sup>2376</sup>.

Il faut noter l'existence d'un mécanisme visant à réparer l'atteinte à l'honneur lorsqu'une personne condamnée a retrouvé son innocence. Il s'agit de la procédure mise en place par l'article 626 du Code de procédure pénale lorsqu'une personne condamnée est reconnue innocente à la suite d'une révision de son procès. L'indemnisation du préjudice qui résulte de la condamnation injuste suit la procédure des articles 149-1 et 149-2 du même Code qui concernent les personnes injustement détenues. L'indemnisation est à la charge de l'Etat. Il ne s'agit pas, dans ce contexte, de réparer une atteinte à la *présomption d'innocence* mais plus généralement toutes les conséquences dommageables d'une condamnation lorsque l'innocence est révélée. Ce peut être une atteinte à l'honneur, mais encore à la liberté et plus

<sup>2372</sup> LE GUNEH F. Aperçu rapide, loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de victimes, *op. cit.*, p. 1226.

<sup>2373</sup> BEIGNIER B. *L'honneur et le droit*, LGDJ, Paris, 1995.

<sup>2374</sup> Solution retenue avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1993. TGI Paris 1<sup>er</sup> mars 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 2, som., p. 445.

<sup>2375</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 29 avril 1998, *Bull. civ.*, n°141. Dans le même sens, Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 19 octobre 1999, *Dalloz* 2000, juris., p. 737, note DUBERNAT S.A.

<sup>2376</sup> Sur la faute lourde, Cf. *supra*, n°456.

généralement à tout autre préjudice. Cette procédure dépasse le cadre strict de l'action des principes<sup>2377</sup>.

La responsabilité civile fondée sur la méconnaissance d'un principe de procédure trouve donc, en droit interne, des applications qui s'adressent tout autant à l'Etat qu'aux personnes privées. En droit international, la réparation du dommage résultant de la violation d'un principe connaît un succès particulier dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme.

b) La violation d'un principe de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

**462.** Les arrêts de la CEDH ne possèdent pas la force de chose jugée en France. Leur caractère déclaratoire empêche la Cour d'adresser des injonctions à l'Etat qui a méconnu les stipulations de la Convention. La violation d'un principe européen peut néanmoins être sanctionnée par la réparation du préjudice causé.

L'article 50 puis l'article 41 de la CESDH, après la réforme opérée par le protocole n°11 du 11 novembre 1998, prévoit : « *si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la haute partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable* ». La satisfaction équitable est le seul moyen dont dispose la Cour européenne pour condamner matériellement l'Etat qui transgresse la Convention. Elle consiste en une indemnisation qui compense le préjudice moral et matériel lié à la violation de la Convention<sup>2378</sup>. La Cour refuse traditionnellement d'accorder autre chose qu'une réparation pécuniaire<sup>2379</sup>. Par ailleurs, elle peut constater que la condamnation par la Cour d'un Etat signataire constitue en elle-même une satisfaction équitable. Elle le fait notamment pour l'indemnisation d'un préjudice moral<sup>2380</sup>.

Dans certaines hypothèses, le droit interne permet de réparer le préjudice résultant de la violation de la Convention. Tel est le cas du mécanisme d'indemnisation des atteintes injustifiées à la liberté. Ce mécanisme satisfait tout autant l'article 5§5 de la CESDH qui exige que la victime d'une arrestation ou d'une détention arbitraire ait droit à une réparation, que l'article 41. Par ailleurs, la révision des condamnations pénales instituée par la loi du 15 juin 2000 est susceptible d'effacer les conséquences d'une violation de la Convention<sup>2381</sup>. Dans cette hypothèse, la Cour européenne a la possibilité de surseoir à statuer sur la satisfaction équitable pour mesurer l'effet d'un recours interne consécutif à la condamnation européenne. Elle l'a fait dans l'affaire *Schuler-Zgraggen*, en réservant la question du

---

<sup>2377</sup> Cf. cependant *supra*, n°437 sur l'action procédurale des principes dans le recours en révision.

<sup>2378</sup> COHEN-JONATHAN G. *Aspects européens des droits fondamentaux*, Monchrestien, Paris, 1996, p.52.

<sup>2379</sup> Pour illustration, dans l'arrêt *Bozano*, la Cour rejette la demande d'un ressortissant italien expulsé par la France et condamné en Italie pour obtenir du gouvernement français qu'il effectue auprès des autorités italiennes des démarches diplomatiques en vue de réviser son procès ou de lui accorder une grâce. CEDH 18 décembre 1986 *Bozano c/ France*, série A n°111, RSC 1987, p. 487, observations PETITTI L.E. TEITGEN P.

<sup>2380</sup> CEDH 24 juin 1993 *Schuler-Zgraggen c/ Suisse*, Série A n°263, RSC 1994, p. 362, observations KOERING-JOULIN R. ; JCP 1996, I, 3910, observations SUDRE F.

<sup>2381</sup> Cf. *supra*, n°438.

préjudice matériel « car le droit Suisse permet à la requérante de solliciter la réouverture de la procédure »<sup>2382</sup>.

L'action des principes procéduraux de la Convention européenne permet donc, lorsque le droit français est défaillant, d'obtenir réparation sur le plan européen. Une étude doctrinale<sup>2383</sup> montre, à titre d'exemple, que la violation du droit à la *présomption d'innocence* ou à celui de l'accès à un Tribunal peut conduire à des réparations pécuniaires tout à fait conséquentes<sup>2384</sup>. En revanche, il faut constater que le processus d'indemnisation européen n'est pas attaché à la violation des principes procéduraux mais à toutes les stipulations de la Convention. Certains principes directeurs s'y trouvent représentés mais leur action n'est pas singulière.

L'indemnisation est souvent une réparation imparfaite de la violation des principes. L'efficacité de leur action s'accroît avec les sanctions qui garantissent ou rétablissent la conformité avec leurs prescriptions.

## § 2 : La mise en conformité avec les prescriptions d'un principe directeur du procès judiciaire

**463.** Certaines sanctions civiles permettent de contraindre les acteurs du procès à satisfaire aux exigences posées par le principe. Il peut s'agir d'une action préventive ou quasi-répressive. Le principe peut donner lieu à une exécution forcée et rétablir la conformité *a priori* ; ou encore intervenir *a posteriori* pour effacer les effets de la violation. Deux mécanismes permettent d'illustrer ce phénomène : la production forcée de pièces en justice (A) et l'utilisation d'une publication dans la presse (B).

### A) Les sanctions civiles qui assortissent la production forcée de pièces en justice

**464.** La production d'une pièce en justice consiste dans le fait de verser aux débats les documents qui vont constituer des preuves<sup>2385</sup>. Cette mesure procédurale est essentielle à la manifestation de la vérité et trouve son origine dans certains principes directeurs qui poursuivent cet objectif. Le juge utilise des sanctions civiles telles que l'astreinte ou l'amende civile pour mettre en oeuvre l'action de ces principes.

**465. La production forcée et les principes directeurs.** On trouve une première expression de la production forcée des pièces dans l'article 11 al 2 du nouveau Code de procédure civile : « si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire ». Une première analyse permet de voir dans cette

<sup>2382</sup> CEDH 24 juin 1993 *Schuler-Zraggen c/ Suisse*, précit. Dix-huit mois plus tard, la Cour a rendu un second arrêt (31 janvier 1995, série A n°305-A). Elle constate que malgré la révision du procès, il y a lieu d'accorder une satisfaction équitable prenant en cause une partie du préjudice qui a été omise dans la procédure interne.

<sup>2383</sup> SUDRE F. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP 1996*, I, 3910.

<sup>2384</sup> Dans l'affaire *Alenet de Ribemont*, la Cour indemnise le préjudice moral et financier découlant de la mise en cause publique et injustifiée du requérant par le ministre de l'intérieur français. Elle alloue au titre du préjudice moral et matériel résultant de la violation de la *présomption d'innocence*, deux millions de francs au titre de la satisfaction équitable. CEDH 10 février 1995, *Alenet de Ribemont c/ France* série A n°308, *Dalloz 1996*, som. com., p. 196, observations RENUCCI J.F. ; *Justices 1997*, p. 177, observations COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.F. ; *RSC 1995*, p. 639, observations PETTITI L.E.

<sup>2385</sup> COUCHEZ G. Production forcée de pièces, *Juris-Classeur, procédure*, 1999, fasc. 623, n°1, p. 2.



disposition l'expression des pouvoirs du juge et donc du principe de *coopération*. D'un autre côté, on peut regarder dans l'article 11 al 2 une expression du principe de la *contradiction*. L'article 16 al 1 prévoit que le juge doit « *en toute circonstance, faire observer (...) le principe de la contradiction* ». Obliger une partie à produire une pièce, c'est permettre à l'autre d'en prendre connaissance et d'en discuter les éléments. La production par les parties est donc une condition préalable et nécessaire pour ouvrir le débat en justice.

En poursuivant la lecture de l'article 11 al 2, on constate que le juge détient de même le pouvoir d'ordonner « *la production de tout document détenu par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* ». La production forcée d'une pièce par un tiers permet à l'une des parties de soutenir sa demande. Cette mesure sollicite la *coopération* du juge. En revanche, le principe du *contradictoire* n'y trouve aucune expression. Une partie sollicite l'aide du juge et ce dernier contribue à la recherche de la vérité. La *coopération* domine la production forcée de pièces par les tiers.

Entre alors en jeu l'article 10 du Code civil introduit par la loi du 5 juillet 1972 : « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* ». Celui qui se soustrait à cette obligation encourt une amende civile ou peut y être contraint sous astreinte. Comme le souligne un auteur, le lien entre l'article 10 du Code civil et l'article 11 du nouveau Code de procédure civile est évident<sup>2386</sup>. Si le contenu de l'article 10 est de nature processuelle, il a été décidé que les pouvoirs du juge d'ordonner la production sous astreinte relevaient de la compétence du législateur. On peut s'interroger sur le principe qui inspire l'article 10. Une première approche consiste à reconnaître dans ce texte l'expression d'un principe général de contribution à la recherche de la vérité<sup>2387</sup>. Le contenu de l'article 10 est normatif et provient d'une source formelle du droit. Il présente une généralité certaine de par les termes que le législateur a utilisés. La flexibilité est encore l'un de ses caractères puisque l'article 10 prévoit dans le « *motif légitime* » un raison de se dérober à ses prescriptions<sup>2388</sup>. Le caractère qui fait défaut est sans doute celui de la continuité<sup>2389</sup>. L'obligation de concourir à la manifestation de la vérité a été formalisée dans la loi de 1972. Elle s'inscrit d'une certaine manière en rupture avec le droit antérieur. En particulier, elle contredit l'adage selon lequel nul ne peut être contraint à produire dans un procès un document contraire à ses intérêts<sup>2390</sup>.

Il n'est donc pas certain que l'article 10 puisse être considéré comme l'expression d'un principe de procédure. Par sa généralité<sup>2391</sup> et par les pouvoirs qu'il confère au juge, il faut admettre qu'il est l'une des applications du principe de *coopération*. La production forcée résulte donc en premier lieu de ce principe. L'une de ses applications particulières<sup>2392</sup> est inspirée de surcroît par celui de la *contradiction*.

**466. La production forcée et les acteurs du procès.** Le principe de *coopération* ne lie pas seulement les parties et le juge, mais encore les tiers à la procédure. Les articles 138 à

<sup>2386</sup> FRISON-ROCHE M.A. Incident de procédure, obligation de concourir à la manifestation de la vérité, *Juris-Classeur procédure*, 1999, fasc. 620, n°6, p. 3.

<sup>2387</sup> *Ibid*, n°10, p. 4.

<sup>2388</sup> A été jugé par exemple qu'une autorité religieuse avait un motif légitime de refuser la communication de pièces concernant la vie privée d'un époux dans le cadre d'une procédure de divorce. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 29 mars 1989, *Dalloz 1990*, juris., p. 45, note ROBINE M.

<sup>2389</sup> Sur ce caractère, Cf. *supra*, n°206 et suiv.

<sup>2390</sup> *Nemo tenetur edere contra se*.

<sup>2391</sup> Il s'applique aux parties comme aux tiers.

<sup>2392</sup> L'obligation pour une partie de produire.

141 du nouveau Code de procédure civile aménagent le mécanisme de production des pièces par les tiers. Il peut s'agir d'auxiliaires de justice dont la fonction est de coopérer au déroulement du procès. Ainsi, les experts doivent prêter serment d'apporter leur concours à la justice<sup>2393</sup>. Plus généralement ce peut être toute personne autre que les parties et le juge. L'article 138 permet, par exemple, à une partie qui veut faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas pris part, de demander au juge d'en ordonner la production<sup>2394</sup>. On assiste donc à un déploiement du principe de *coopération*. Initialement défini comme le principe qui régit les droits et devoirs des parties et du juge dans le procès, il s'étend au-delà des acteurs primaires de la procédure pour atteindre des acteurs secondaires. Ces derniers sont indirectement impliqués dans le procès car ils détiennent un élément qui peut éclairer le débat. La jurisprudence décide que la production forcée d'un document ne fait pas de celui qui le possède une partie au procès<sup>2395</sup>. Cette solution renforce l'idée qu'il ne s'agit pas d'intégrer des acteurs nouveaux dans le procès, mais de prendre en compte l'existence d'acteurs extérieurs à la procédure dont le rôle est déterminant pour la solution du litige.

**467. La production forcée et les sanctions.** Outre l'action en responsabilité prévue par le Code civil, deux autres mesures permettent d'obliger les acteurs du procès à se conformer aux prescriptions du principe de *coopération*. Il s'agit de l'astreinte et de l'amende civile.

L'astreinte est une sanction dont la nature est difficile à déterminer. Malgré son caractère pécunier, les auteurs s'entendent pour la distinguer de la réparation pure et simple des dommages résultant de la résistance à une injonction<sup>2396</sup>. D'un autre côté, son caractère sanctionnateur lui donne la nature d'une peine privée<sup>2397</sup>. Enfin son régime, prévu par la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution la rapproche d'une sanction procédurale<sup>2398</sup>. L'astreinte est une mesure qui vise à faire pression sur la personne sollicitée par le juge<sup>2399</sup>. Elle a donc un caractère préventif et se distingue en cela des dommages et intérêts. Par ailleurs, elle est révisable. Le juge prononce une astreinte provisoire dissuasive et peut, si son injonction est exécutée, en diminuer le montant lorsqu'il fixe l'astreinte définitive. Prise à la suite du manquement ou du retard dans l'exécution de l'injonction, l'astreinte détient le caractère d'une sanction civile et punit la personne négligente ou

<sup>2393</sup> PONSARD A. Rapport français, in, *La vérité et le droit, travaux de l'association Capitant 1987*, t. 38, p. 529.

<sup>2394</sup> Plus généralement, la Cour de cassation décide que l'obligation d'apporter son concours à la justice s'impose à tous quelle que soit la nature juridique du détenteur de l'information. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 21 juin 1988, *Bull. civ.*, n°201.

<sup>2395</sup> Cass. soc. 27 avril 1989, *Juris-Data*, n°001629.

<sup>2396</sup> Solution retenue de façon uniforme depuis Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 20 octobre 1959, *Dalloz 1959*, juris., p. 537, note HOLLEAUX G. ; *JCP 1960*, II, 11449, note MAZEAUD P. ; *RTD civ. 1960*, p. 116, observations MAZEAU H.L. L'article 34 de la loi du 9 juillet 1991 affirme clairement à ce sujet que « l'astreinte est indépendante des dommages et intérêts ». Antérieurement à cette loi, la Cour de cassation cumulait déjà l'astreinte avec des dommages et intérêts. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 28 février 1989, *Bull. civ.*, n°97.

<sup>2397</sup> FRISON-ROCHE M.A. Incident de procédure, obligation de concourir à la manifestation de la vérité, *op. cit.*, n°97, p. 12.

<sup>2398</sup> Bien que l'astreinte relative au principe de *coopération* et de *contradiction* soit prévue dans une disposition antérieure à la loi de 1991 ; aujourd'hui la sanction mentionnée aux articles 10 C.civ. et 11 al 2 nouv.C.pr.civ. voit son régime organisé par cette loi. Seul le fondement de l'astreinte est différent. Sur ce point, BONCENNE J. L'astreinte, *Gaz. Pal. 1993*, 1, doct, p. 276.

<sup>2399</sup> VINCENT J., GUINCHARD S. *Procédure civile*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1999, n°543, p. 484.

défaillante *a posteriori*. La décision sur l'astreinte est exécutoire de plein droit. Elle confère à cette sanction un effet redoutable.

L'amende civile est une sanction quasi-répressive. Habituellement destinée à réprimer un abus du droit d'agir en justice<sup>2400</sup> ou d'exercer un recours<sup>2401</sup>, elle sanctionne l'inapplication des règles qui ne visent pas uniquement les intérêts des justiciables. Le paiement de l'amende est dû à l'Etat et dans l'article 10 du Code civil, il peut s'ajouter à l'astreinte ou aux dommages et intérêts. L'effet dissuasif de cette sanction se limite à une intimidation générale. Le juge ne peut en user de manière préventive comme c'est le cas de l'astreinte provisoire. On trouvera plutôt dans l'amende civile l'idée d'un comportement antisocial manifesté par la personne qui refuse d'apporter son concours à la justice. Le prononcé de l'amende révèle, en quelque sorte, l'échec de la *coopération* volontaire à la manifestation de la vérité.

La production forcée permet d'assurer le respect du principe de *coopération* au moment où cela est nécessaire car ce principe prévoit une obligation qui peut être mise en œuvre par la force. Lorsqu'un principe qui définit une interdiction est méconnu, l'action *a priori* du principe est impossible. Il faut alors rétablir la situation antérieure à la transgression. Tel est le cas de l'insertion d'une publication pour faire cesser une atteinte à la *présomption d'innocence*.

#### B) L'insertion d'un communiqué dans la presse

**468. L'insertion d'un communiqué et l'innocence présumée.** La protection de la *présomption d'innocence* à l'extérieur du procès pénal est malaisée. Avant 1993, lorsqu'une personne était publiquement présentée comme coupable d'avoir commis une infraction avant tout jugement, elle ne disposait que de la possibilité d'obtenir une condamnation pour diffamation<sup>2402</sup>. Cette action pouvait échouer si l'auteur de l'atteinte publique à la *présomption d'innocence* démontrait sa bonne foi ou la véracité de ses allégations. Tel a été le cas notamment d'un journaliste qui, ayant fourni de nombreux documents pour étayer ses affirmations, a accompli une enquête minutieuse dans le but d'informer ses lecteurs<sup>2403</sup>. Dans une telle situation, le journaliste pouvait présenter une personne publiquement comme ayant commis une infraction en toute impunité.

La jurisprudence a pu utiliser le *secret de l'instruction* pour protéger efficacement la *présomption d'innocence*. Dans une espèce, un auteur avait utilisé des pièces du dossier de l'instruction en cours pour publier un ouvrage portant sur les faits poursuivis. La Cour de cassation a interdit la diffusion de l'ouvrage litigieux dans la mesure où la violation du *secret de l'instruction* avait eu pour effet de porter atteinte à la *présomption d'innocence*<sup>2404</sup>.

Les lois du 4 janvier et 24 août 1993 ont créé, avec l'article 9-1 du Code civil, la possibilité pour une personne poursuivie présentée publiquement comme coupable d'une

---

<sup>2400</sup> Par exemple, l'article 32-1 nouv.C.pr.civ. Cette amende a été prévue dans la loi du 15 juin 2000 pour sanctionner la constitution abusive de partie civile. L'article 177-2 C.pr.pén. prévoit que « *Lorsqu'il rend une ordonnance de non-lieu à l'issue d'une information ouverte sur constitution de partie civile, le juge d'instruction peut, sur réquisitions du procureur de la République et par décision motivée, s'il considère que la constitution de partie civile a été abusive ou dilatoire, prononcer contre la partie civile une amende civile dont le montant ne peut excéder 100 000 F* ».

<sup>2401</sup> Pour l'appel article 559 nouv.C.pr.civ.

<sup>2402</sup> Articles 29 et suivant de la loi du 29 juillet 1881.

<sup>2403</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 15 janvier 1997, *Bull. civ.*, n°6.

<sup>2404</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 19 février 1992, *Droit pénal* 1992, n°6, com. n°160, p. 12.

infraction, d'obtenir l'insertion d'un communiqué dans la presse. La loi du 15 juin 2000 a modifié l'article 9-1 pour étendre son domaine d'application et prévoir outre la publication d'un communiqué, celle d'une rectification. Un certain nombre de limites résultant de la loi du 24 août 1993 ont été supprimées. L'ancien texte prévoyait que le communiqué devait être diffusé « *dans la publication concernée* »<sup>2405</sup>. Cette condition a disparu de sorte que le juge peut non seulement décider que la publication aura lieu dans un périodique qu'il désignera, mais encore dans plusieurs périodiques ou par voie audiovisuelle. Si l'ancien mécanisme pouvait être comparé à l'exercice d'un droit de réponse du fait du parallélisme entre l'atteinte au principe et la sanction consécutive, l'ouverture opérée par la loi du 15 juin 2000 fait de la publication forcée une sanction propre de la *présomption d'innocence*.

Un auteur a pu affirmer à propos de l'article 9-1 qu'il créait une « *faute civile d'atteinte à la présomption d'innocence* »<sup>2406</sup>. L'intérêt de la sanction de cette faute réside dans la possibilité de rétablir la situation antérieure à la faute autrement que par une indemnisation. Tel est l'objectif de l'insertion d'un communiqué ou d'une rectification. Il s'agit de remettre en conformité une situation de fait avec le principe de la *présomption d'innocence*. Cette présomption a subi une atteinte en raison de la présentation publique d'une personne comme coupable d'avoir commis une infraction. La publication d'un rectificatif doit permettre à la personne mise en cause de retrouver le bénéfice de la présomption. Ce renversement supposé de l'atteinte à l'honneur est pourtant théorique. Pour cette raison, dans le prolongement de l'article 9-1, la loi a institué un mécanisme de publication de l'innocence reconnue.

**469. L'insertion d'un communiqué et l'innocence reconnue.** En toute logique, la publicité de l'innocence reconnue ne relève pas de la mise en oeuvre du principe de la *présomption d'innocence*. Pourtant, cette procédure trouve son origine dans le même fondement que le droit fondamental à la *présomption d'innocence* : la protection de l'honneur de la personne.

En créant l'article 9-1 du Code civil, le législateur a inséré dans le Code de procédure pénale deux dispositions permettant au juge d'instruction et à la chambre de l'instruction qui prononcent un non lieu, d'ordonner la publication partielle ou intégrale de la décision ou l'insertion d'un communiqué informant le public de la décision et de ses motifs<sup>2407</sup>. La loi du 15 juin 2000 a complété ces articles en permettant aux juges d'ordonner d'office cette publication. Au contraire, si les magistrats refusent de faire droit à la demande de l'intéressé, ils doivent rendre une ordonnance motivée, susceptible d'un recours.

Le texte est allé un peu plus loin dans la protection de l'honneur de la personne anciennement poursuivie. Lorsque cette dernière a été visée nommément dans une plainte avec constitution de partie civile, une action contre la prétendue victime est possible sur le fondement d'une action en dommages et intérêts<sup>2408</sup>. En cas de condamnation le Tribunal peut ordonner la publication de la décision préjudiciable à la partie civile.

Ces différents recours à la publication poursuivent tous la même finalité. Pendant le déroulement de la procédure, la personne poursuivie a subi, du fait de la victime ou d'un tiers, une atteinte à son honneur. Cette atteinte est protégée, jusqu'à la décision définitive, par la *présomption d'innocence*. A partir de cette décision, l'atteinte peut demeurer du fait de la

---

<sup>2405</sup> Cf. sur l'analyse de l'article 9-1 dans sa rédaction issue des lois du 4 janvier et 24 août 1993, AUVRET P. Le droit au respect de la présomption d'innocence, *JCP* 1994, I, 3802.

<sup>2406</sup> MAYER D. L'information du public par la presse sur les affaires en cours d'instruction, *Dalloz* 1995, chron., p. 80.

<sup>2407</sup> Articles 177-1 et 212-1 C.pr.pén.

<sup>2408</sup> Article 91 C.pr.pén. dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000.

négligence de la presse pour assurer la publicité du non lieu, de la relaxe, de l'acquittement, voire de la condamnation de la partie civile. Il faut alors rétablir une situation de fait conforme à l'honneur de l'intéressé. L'honneur peut résider dans l'innocence présumée ou encore dans l'innocence révélée.

En tant qu'obligation civile, l'insertion dans la presse peut conduire le juge à utiliser l'astreinte. Pour inciter les directeurs de publication à faire droit à l'injonction, la loi du 4 janvier 1993 a intégré dans l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 un dernier alinéa qui prévoit une sanction pénale. Le directeur de publication encourt, s'il refuse l'insertion, une peine de trois mois d'emprisonnement et de 25 000 F. d'amende. Le recours à la sanction répressive s'avère être une méthode énergique pour garantir l'action des principes directeurs et réparer le trouble à l'ordre social qui en est résulté.

### *Section 3 : L'action des principes directeurs du procès judiciaire assortie d'une sanction répressive*

**470.** Les sanctions répressives sont constituées d'un côté, par les sanctions pénales et de l'autre, par les sanctions disciplinaires. Le droit disciplinaire rejoint le droit pénal sur de nombreux points<sup>2409</sup>. Il a un caractère punitif qui déborde le cadre de la simple rétribution du préjudice individuel. Il garantit le maintien d'un certain ordre déontologique nécessaire à l'ordre social. Les sanctions répressives se révèlent parfois nécessaires pour punir l'atteinte à une règle essentielle de la procédure. Il n'est donc pas surprenant que certains principes soient assortis, pour soutenir leur action, de telles sanctions. Ces dernières peuvent résulter de la responsabilité pénale (§ 1) ou disciplinaire (§ 2).

#### **§ 1 : La responsabilité pénale pour violation d'un principe directeur du procès judiciaire**

**471.** On trouve dans l'arsenal répressif un grand nombre d'infractions en relation avec des règles de procédure. Législateur et pouvoir réglementaire peuvent être tentés, lorsqu'ils consacrent un principe, de lui assurer une protection maximale en ayant recours à un interdit pénal. L'infraction peut avoir pour préoccupation principale la protection d'un principe directeur (A). Par ailleurs, une infraction qui n'est pas directement liée à un principe peut être utilisée accessoirement pour réprimer la méconnaissance de celui-ci. L'infraction possède alors un effet incident sur l'action du principe en question (B).

##### A) La protection principale d'un principe directeur par une sanction pénale

**472. L'accès au droit substantiel.** Le droit processuel étant le seul moyen d'avoir accès au droit substantiel en cas de litige, l'infraction la plus essentielle d'un point de vue dogmatique est certainement celle qui frappe le déni de justice. Visée dans l'article 185 ancien du Code pénal, cette infraction a fait l'objet d'une omission dans la refonte de l'ouvrage. On doit la nouvelle incrimination à la loi du 16 décembre 1992 qui a introduit dans le Code un article 434-7-1. La portée de cette incrimination est plus symbolique que pratique

---

<sup>2409</sup> « Le droit et la procédure disciplinaires se sont peu à peu rapprochés du droit et de la procédure pénale, à mesure qu'ils se sont affinés : il suivent une évolution semblable à celle qu'a subie la répression criminelle ». MERLE R., VITU A. *Traité de droit criminel, procédure pénale*, t. 2, Cujas, Paris, 1989, n°18, p. 32.

puisqu'elle a donné lieu à très peu de condamnations<sup>2410</sup>. En revanche, son champ d'application est étendu. L'incrimination concerne les magistrats, les personnes qui siègent dans une formation juridictionnelle ou encore les officiers ministériels qui refuseraient d'effectuer un acte relevant de l'exercice de leur fonction.

Comme expression du *droit au juge* entendu au sens large, le déni de justice suppose, pour être constitué, que le débiteur de l'obligation ait été requis de rendre la justice. Il faut en plus qu'il ait maintenu son refus après injonction de l'autorité supérieure. Cette injonction ne peut porter atteinte au pouvoir discrétionnaire du juge ou provenir du requérant. En conséquence, ne commet pas un déni de justice, le juge d'instruction qui n'a pas fait droit à l'injonction d'une partie de prononcer une « inculpation »<sup>2411</sup>.

**473. La protection de l'institution juridictionnelle.** La légitimité de l'institution judiciaire réside principalement dans la confiance qui peut être placée dans les juges. Cette confiance repose sur l'*indépendance* et l'*impartialité* de ces acteurs. Outre les mécanismes préventifs de récusation ou de renvoi d'une affaire<sup>2412</sup>, un certain nombre d'infractions visent à éviter que les magistrats soient influencés ou subissent des pressions.

L'article 434-9 du Code pénal incrimine la corruption active ou passive de toute personne détenant un pouvoir juridictionnel. Les lourdes peines qui accompagnent cette incrimination<sup>2413</sup> ont un objet dissuasif. Si la corruption passive est commise par un magistrat au bénéfice ou au détriment d'une personne faisant l'objet de poursuites criminelles, l'infraction commise par le juge est criminalisée<sup>2414</sup>.

L'*impartialité* du juge est protégée par l'existence de certaines infractions relatives aux pressions qui peuvent être exercées sur eux. L'article 434-8 du Code pénal incrimine les menaces et intimidations commises à l'encontre des personnes qui siègent dans une juridiction de jugement. Ces pressions peuvent être indirectes et se produire par voie de presse. Pour cette raison, l'article 434-16 vise la publication, avant qu'une décision juridictionnelle définitive n'ait été rendue, de commentaires qui tendent à exercer des pressions en vue d'influencer une juridiction d'instruction ou de jugement. La responsabilité pour cette infraction suit le régime des infractions de presse. Elle atteint donc le directeur de la publication<sup>2415</sup>.

**474. La protection de la recherche de la vérité par l'institution judiciaire.** Outre l'*impartialité* des juges, la qualité de la décision rendue passe par la *coopération loyale* des personnes qui sont appelées à contribuer à la procédure. La conduite du procès nécessite que les personnes entendues et que l'examen des éléments de preuve permettent de connaître la réalité des faits. Cette recherche de la vérité a conduit à la création d'incriminations relatives à la comparution en justice et à l'altération des preuves.

Avant toute incrimination, il est possible de persuader un témoin défaillant de comparaître sous la menace de l'amende civile de l'article 297 du nouveau Code de procédure civile. En procédure pénale, la loi du 15 juin 2000 institue un mécanisme répressif identique en introduisant un article 434-15-1 dans le Code pénal. Il punit le fait pour un

---

<sup>2410</sup> VERON M. *Droit pénal Spécial*, 7<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, Paris, 1999, p. 320.

<sup>2411</sup> Cass. crim. 6 janvier 1988, *Bull. crim.*, n°8.

<sup>2412</sup> Cf. sur ces mécanismes, *supra*, n°442 et 444.

<sup>2413</sup> Dix ans d'emprisonnement et 1 000 000 de francs d'amende.

<sup>2414</sup> Les peines sont portées à quinze ans de réclusion criminelle et 1 500 000 francs d'amende.

<sup>2415</sup> VERON M. La responsabilité pénale du directeur de la publication. Infractions de presse et infractions par voie de presse, *Droit pénal 1996*, n°2, chron., p. 1.

témoin de ne pas comparaître devant le juge d'instruction qui l'a cité, de 25 000 F. d'amende. A l'instar des sanctions civiles, la répression du refus de témoigner procède de la mise en œuvre du principe de *coopération*. Encore faut-il que le témoin soit *loyal*.

La répression du faux témoignage est prévue aux articles 434-13 et 434-14 du Code pénal. Seul celui qui a déposé sous serment peut être touché par cette incrimination, mais le faux témoignage est poursuivi quelle que soit la juridiction devant laquelle le témoin dépose<sup>2416</sup>. Le témoignage mensonger est celui qui altère volontairement la vérité<sup>2417</sup> et donc la conviction des juges. En ce sens, le faux témoignage introduit la fraude dans le litige. Il est empreint de déloyauté envers la juridiction et la partie lésée par les fausses affirmations qu'il contient. Le faux témoignage peut aussi résulter de la subornation de témoin. Prévue à l'article 434-15, elle permet de poursuivre les personnes qui ont tenté d'obtenir par dons, promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de faits, manœuvres ou artifices, une déposition, déclaration, ou une attestation. La corruption passive n'existe pas à l'encontre du témoin déloyal. Celui-ci n'encourt que les peines prévues pour le témoignage mensonger.

La fraude peut encore s'introduire dans le procès avec l'altération des preuves. Il peut s'agir du fait de modifier l'état des lieux d'un crime ou d'un délit, ou encore de détruire, soustraire ou altérer des documents qui faciliteraient la découverte de la vérité. Ces faits sont incriminés par l'article 434-4. Il faut y ajouter le recel de cadavre de l'article 434-7 qui fait obstacle à la découverte de la vérité.

**475. Protections traditionnelles et protections nouvelles.** Les infractions directement liées à des principes procéduraux peuvent être réparties en deux catégories. On trouve les infractions traditionnelles protégeant le cours de la justice et favorisant la découverte de la vérité. A côté de ces infractions, le législateur crée, au gré des réformes, des infractions spéciales qui sanctionnent la montée en puissance de nouvelles valeurs sociales<sup>2418</sup>. Il peut encore se prémunir contre les risques relatifs à la libéralisation de la procédure. La loi du 30 décembre 1996 a permis à la personne poursuivie d'obtenir la reproduction de pièces du dossier pénal<sup>2419</sup>. Une telle diffusion de pièces s'avère dangereuse pour le *secret de l'instruction*. Ce principe ne bénéficie pas seulement à la personne poursuivie mais préserve aussi l'efficacité des poursuites. Le problème réside dans le fait que les parties ne sont pas tenues par le *secret de l'instruction*<sup>2420</sup>. Le législateur a donc créé une infraction spéciale à l'article 114-1 du Code de procédure pénale qui punit de 25 000 F. d'amende le fait pour une partie de diffuser auprès des tiers une pièce de procédure qui a été reproduite à son bénéfice. Dans le même ordre d'idée, la loi du 15 juin 2000, dont l'objet affiché est de renforcer la protection de la *présomption d'innocence*, a créé deux infractions. La première consiste dans le délit de diffusion sans l'accord de l'intéressé de l'image d'une personne menottée, entravée ou en détention provisoire ; la seconde incrimine la réalisation ou la diffusion de sondage sur la culpabilité d'une personne<sup>2421</sup>. Ces infractions insérées dans la loi du 29 juillet 1881 ont pour objectif d'aménager la *liberté de la presse* au regard de la *présomption d'innocence*. La protection pénale de la *présomption d'innocence* vise des comportements extrêmement précis. Dans cette hypothèse, le recours aux textes répressifs est donc un moyen efficace mais limité de garantir le respect du principe.

<sup>2416</sup> La juridiction d'instruction ou de jugement.

<sup>2417</sup> Cass. crim. 27 janvier 1960, *Bull. crim.*, n°49.

<sup>2418</sup> C'est le cas de la *présomption d'innocence* et de l'infraction de refus de publier une décision de non-lieu, relaxe ou acquittement. Cf. *supra*, n°469.

<sup>2419</sup> Article 114 al 5 à 11 C.pr.pén.

<sup>2420</sup> Cf. la circulaire du 3 mars 1997 sous l'article 114-1 C.pr.pén.

<sup>2421</sup> Article 92 de la loi du 15 juin 2000 et article 35 ter de la loi du 29 juillet 1881.

Cette illustration montre que le droit pénal est parfois un instrument adéquat pour assurer un rôle d'encadrement du droit processuel. Cette fonction ne se réduit pas aux infractions visant directement la matière. Certaines incriminations concernent incidemment des questions de procédure.

### B) La protection incidente d'un principe directeur par une sanction pénale

**476.** Le Code pénal prévoit des infractions dont l'objet n'est pas de régir en particulier le cours du procès ; mais les normes qui sont protégées pénalement peuvent s'appliquer au droit processuel. Par exemple, le principe de l'*intimité de la vie privée* est un droit attaché à la personne. Il s'applique aussi dans le procès et limite les cas dans lesquels une preuve peut être obtenue en violation de ce principe. L'infraction peut viser une personne impliquée dans la procédure ou extérieure à celle-ci.

**477. La violation d'un principe par une personne impliquée dans la procédure.** Le principe de l'*intimité de la vie privée* introduit dans le Code civil par la loi du 9 juillet 1970 est pénalement protégé par plusieurs infractions qui peuvent être appliquées aux personnes qui recherchent les preuves.

L'infraction principale est prévue à l'article 226-1 du Code pénal. Elle réprime de façon générale les procédés volontaires qui permettent de capter, d'enregistrer et de transmettre l'image et la parole d'un individu sans son consentement. L'article 226-15 interdit à son tour l'interception et le détournement des correspondances. Cette infraction d'atteinte au secret des correspondances est reprise dans le livre IV du Code pénal. L'article 432-9 prévoit l'interdiction d'ordonner, de faciliter ou de commettre une atteinte aux correspondances pour une personne dépositaire de l'autorité publique. La commission de cette infraction n'a pas lieu lorsqu'elle est autorisée par la loi. Tel est le cas des écoutes téléphoniques opérées en application de la loi du 10 juillet 1991. En revanche, si la personne dépositaire de l'autorité publique effectue de telles écoutes en dehors du cadre légal, elle s'expose aux sanctions de l'article 432-9. Concernant le procès civil, l'article 226-15 du Code pénal s'applique à toutes les parties à la procédure. La jurisprudence a eu l'occasion de l'appliquer à des époux en rejetant l'hypothèse d'une éventuelle immunité<sup>2422</sup>.

Toujours dans le cadre de la protection de l'*intimité*, le Code pénal incrimine depuis 1810 la violation de domicile lorsqu'elle est commise par un fonctionnaire. En 1832, l'infraction a été étendue à l'acte accompli par un particulier<sup>2423</sup>. L'article 226-4 du Code pénal reprend cette incrimination et, depuis la réforme de 1992, a été inséré dans le Code un article 432-8. Cette disposition réprime l'atteinte à l'*inviolabilité du domicile* commise par une personne dépositaire de l'autorité publique hors des cas prévus par la loi. Cet article s'applique particulièrement aux huissiers de justice chargés d'établir des constats, mais encore aux officiers de police judiciaire qui effectuent des perquisitions. Encore une fois, le fait pour ces personnes de se détourner du cadre légal, est constitutif de l'infraction de violation de domicile.

D'autres principes relatifs aux droits individuels sont protégés par la loi pénale. Les atteintes volontaires à l'intégrité physique sont visées dans le Code pénal sous la qualification de violences. Au sens de l'article 3 de la CESDH, les violences qui prennent la forme de tortures, ou de traitements inhumains ou dégradants sont constitutifs d'une atteinte au

---

<sup>2422</sup> Pour l'ancien délit de détournement de correspondance dans le cadre d'une procédure de divorce, TGI Seine 16 mars 1961, *Gaz. Pal.* 1961, 2, juris., p. 168.

<sup>2423</sup> RASSAT M.L. *Droit pénal spécial, infractions des et contre les particuliers*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1999, n°359, p. 342.



principe de *dignité* de la personne. Les articles 222-12, 222-10 et 222-8 prévoient une circonstance aggravante lorsque ces violences sont exercées par une personne dépositaire de l'autorité publique agissant dans l'exercice de sa mission.

Les différentes infractions envisagées montrent que la protection des principes peut provenir de dispositions qui ne visent pas directement la procédure. Pour autant, que ce soit par le biais d'un article spécial ou d'une circonstance aggravante, les faits infractionnels commis par les acteurs du procès sont définis en tenant compte de leur particularisme.

**478. La violation d'un principe par une personne extérieure à la procédure.** Il s'agit des infractions commises par la presse ou par voie de publication relativement à un procès en cours. L'infraction traditionnelle est celle de la diffamation. Dans certaines circonstances, la diffamation permet la protection de la *présomption d'innocence*.

Définie dans l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, la diffamation consiste en une « *allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* ». La constitution du délit nécessite qu'une publicité soit faite à l'allégation ou l'imputation<sup>2424</sup>. Prévues en des termes généraux, la diffamation, par ses éléments constitutifs, est susceptible de porter atteinte à la *présomption d'innocence*. Le fait déterminé est représenté par l'infraction poursuivie ; l'allégation par l'accusation portée contre une personne déterminée d'avoir accompli l'infraction ; l'atteinte à l'honneur, par la mise en cause publique d'une personne qui n'a pas été condamnée pénalement. La jurisprudence décide ainsi que la diffamation peut résider dans le fait de laisser croire à la culpabilité d'une personne contre laquelle n'existe que des soupçons<sup>2425</sup>. Avant tout jugement définitif de la personne diffamée, l'auteur de la diffamation peut néanmoins échapper à des poursuites répressives en démontrant la véracité de ses allégations. La Cour de cassation exige alors que le prévenu en fasse la preuve complète et dans toute leur portée<sup>2426</sup>. L'originalité de cette cause d'exonération réside dans le fait que l'auteur de l'allégation a dû, pour échapper à sa responsabilité, démontrer la culpabilité d'une personne qui n'a pas encore été jugée. Cette dernière est donc toujours présumée innocente dans la procédure qui la concerne. Une telle situation souligne un peu plus la distinction entre les aspects fondamental et procédural de la *présomption d'innocence*.

Une autre infraction du droit commun est utilisée sous une forme spéciale en droit processuel. Il s'agit du recel prévu à l'article 321-1. Cette infraction consiste notamment dans le fait de « *bénéficiaire par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit* ». Le recel s'attache à l'existence d'une autre infraction. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle pu retenir l'infraction de recel de violation du *secret de l'instruction* à l'encontre de journalistes qui ont utilisé des pièces d'un dossier protégé par ce principe<sup>2427</sup>. La juridiction suprême constate que « *la communication des documents en cause ne peut avoir lieu qu'en infraction aux dispositions de l'article 11 du Code de procédure pénale protectrices du secret de l'enquête et de l'instruction (...), que le délit de recel de violation du secret de l'instruction est caractérisé par la publication (...) des photographies obtenues de manière illicite, étant observé que (...) aucun des prévenus ne pouvait ignorer qu'ils provenaient d'enquêtes judiciaires* »<sup>2428</sup>. La violation du *secret de l'instruction* n'est pas en elle-même une infraction.

<sup>2424</sup> Pour une étude détaillée des éléments constitutifs de cette infraction, VERON M. *Droit pénal spécial*, 7<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, Paris, 1999, pp. 121 et suiv.

<sup>2425</sup> Cass. crim. 22 mai 1986, *Dalloz* 1986, IR, p. 332.

<sup>2426</sup> Cass. crim. 5 février 1985, *Bull. crim.*, n°62.

<sup>2427</sup> Cf. *supra*, n°264.

<sup>2428</sup> Cass. crim. 13 mai 1991, *Bull. crim.*, n°200.

L'article 11 al 2 du Code de procédure pénale prévoit que les personnes qui concourent à la procédure sont tenues au secret professionnel dont l'atteinte est réprimée par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. L'infraction qui protège le principe de l'article 11 est donc la violation du secret professionnel des personnes participant à la mise en état. Le recel de violation du *secret de l'instruction* est une infraction constituée par la référence à deux incriminations qui ne concernent pas exclusivement le principe en question : le recel et le secret professionnel.

Un tel mécanisme montre que la protection répressive des principes directeurs peut passer par l'utilisation d'incriminations empruntées au droit pénal commun. En l'absence d'une protection spéciale, les juridictions vont rechercher l'action des principes dans des infractions générales. Cette action d'amplification des sanctions par les principes directeurs se retrouve en matière disciplinaire.

## § 2 : La responsabilité disciplinaire pour violation d'un principe directeur du procès judiciaire

479. Les sanctions disciplinaires attachées à la violation d'un principe de procédure peuvent toucher toutes les personnes qui, professionnellement, sont conduites à participer à la marche du procès (magistrats, avocats, avoués, huissiers de justice). Pour illustrer l'action des principes directeurs, ne sera envisagée ici que la répression disciplinaire à l'encontre des magistrats et plus précisément la relation entre la faute disciplinaire et les principes directeurs.

480. *La responsabilité disciplinaire des magistrats.* C'est dans l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le statut des magistrats que l'on trouve les fondements de la responsabilité de ces acteurs. Le chapitre VII de ce texte est consacré à la discipline. Il débute par un article 43 ainsi rédigé : « *Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire. / Cette faute s'apprécie pour un membre du parquet ou un magistrat du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique* ».

La voie disciplinaire peut faire suite à une condamnation pénale. Toutefois, les poursuites disciplinaires sont indépendantes de l'action devant les juridictions pénales. Il faut les distinguer des possibilités d'une interdiction temporaire d'exercice de l'activité professionnelle du magistrat, lorsque les poursuites pénales engagées contre lui discréditent le magistrat ou l'institution<sup>2429</sup>. La discipline des magistrats du siège et celle des magistrats du parquet ne suivent pas la même voie procédurale. De plus, si la palette des sanctions est commune aux deux ordres<sup>2430</sup>, les obligations inhérentes à leurs fonctions divergent.

---

<sup>2429</sup> KERBAOL G. Tableau comparatif des régimes de responsabilité des magistrats dans les magistratures occidentales, (document internet), [http://www.enm.justice.fr/centre\\_de\\_re...s/responsabilite\\_du\\_juge/annexe\\_14.htm](http://www.enm.justice.fr/centre_de_re...s/responsabilite_du_juge/annexe_14.htm).

<sup>2430</sup> L'article 45 de l'ordonnance prévoit comme sanctions disciplinaires : la réprimande avec inscription au dossier ; le déplacement d'office ; le retrait de certaines fonctions ; l'abaissement d'échelon ; la rétrogradation ; la mise à la retraite d'office ou l'admission à cesser ses fonctions lorsque le magistrat n'a pas droit à une pension de retraite ; la révocation avec ou sans suspension des droits à pension. Par ailleurs, l'article 44 de la même ordonnance permet à l'inspecteur général des services judiciaires, au premier président de juridiction, au Procureur général, ou au chef de service, de donner un avertissement aux magistrats placés sous leur autorité. Le texte prévoit que cet avertissement est donné « *en dehors de toute action disciplinaire* ».

**481. La faute disciplinaire des magistrats et les principes directeurs.** On ne trouve pas, dans l'ordonnance de 1958, de définition précise de la faute disciplinaire du magistrat. L'article 43 qui fait référence à l'honneur, à la délicatesse et à la dignité de la fonction, n'apparaît pas directement lié avec les principes directeurs. On peut noter tout de même, dans l'article 6 de l'ordonnance sur le serment des magistrats, l'engagement à « *garder religieusement le secret des délibérations* ». Il s'agit du seul principe expressément visé par le texte<sup>2431</sup>. L'étude de la relation entre principes de procédure et faute disciplinaire nécessite de se reporter à la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature<sup>2432</sup>.

La référence la plus importante du CSM dans la mise en œuvre de la responsabilité des magistrats est celle de l'*impartialité*. On pourra reprocher à un magistrat de ne pas s'être « *déporté* » pour éviter d'avoir à statuer dans une affaire qui mettait en cause une personne avec qui il entretenait des relations intimes. Cette sanction renvoie à l'article 339 du nouveau Code de procédure civile qui fait obligation au juge de s'abstenir lorsqu'une cause de récusation lui est applicable ou s'il estime « *en conscience* » ne pas être impartial.

L'*impartialité* s'attache principalement à la fonction de juger, mais elle est aussi une « *obligation générale du corps judiciaire* »<sup>2433</sup>. En tant que partie au procès, le magistrat du ministère public ne devrait pas être tenu par cette obligation. Toutefois, le Procureur de la République est à l'initiative des poursuites pénales. Il exerce un choix qui détermine l'ouverture d'une procédure ou le classement du dossier. Dans le cadre de ces attributions, le magistrat du parquet doit faire preuve d'*impartialité*. A été mise en doute cette qualité, à propos d'un substitut qui avait pris des décisions de poursuites et de classement à l'encontre ou au bénéfice de personnes avec qui il était en relation d'affaires<sup>2434</sup>. Les sanctions pour manquement à l'*impartialité* peuvent être choisies parmi les plus graves. Un tel comportement du magistrat est considéré comme « *contraire à l'honneur* » et justifie la révocation de l'intéressé<sup>2435</sup>.

Dans le même état d'esprit, l'autorité disciplinaire pénètre dans la vie privée des magistrats pour condamner des relations amicales susceptibles de « *compromettre gravement l'indépendance du magistrat dans la cité* »<sup>2436</sup>.

Certains principes créent des pouvoirs au profit des magistrats de l'ordre judiciaire. Ces prérogatives constituent dans le même temps des obligations pour les juges. Un magistrat peut être poursuivi disciplinairement lorsqu'il refuse de siéger à des audiences de juge délégué. Le CSM estime que cette attitude doit être comprise comme « *un refus d'assumer les obligations qui lui incombent en tant que juge gardien investi par la Constitution du respect des libertés individuelles et caractérise une totale méconnaissance de l'étendue de*

<sup>2431</sup> La protection du secret ne revient pas uniquement au magistrat qui a participé ou assisté à la délibération. L'enregistrement clandestin par un magistrat d'une conversation portant sur les conditions d'un délibéré ou la menace d'avoir procédé à un tel enregistrement sont tenus pour des procédés déloyaux. CSM siège, 20 juillet 1994.

<sup>2432</sup> Les décisions CSM citées *infra* et *supra* proviennent d'une étude détaillée de la responsabilité disciplinaire des magistrats. COMMARET D. La responsabilité déontologique des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil Supérieur de la Magistrature, (document internet), [http://www.enm.justice.fr/centre\\_de\\_re...s/responsabilite\\_du\\_juge/annexe\\_4.htm](http://www.enm.justice.fr/centre_de_re...s/responsabilite_du_juge/annexe_4.htm).

<sup>2433</sup> *ibid*, p. 2.

<sup>2434</sup> CSM parquet, 21 décembre 1994.

<sup>2435</sup> CSM siège, 22 janvier 1998.

<sup>2436</sup> CSM parquet, 13 mars 1995. La relation concernait en l'espèce des recommandations amicales qui avaient permis au magistrat d'obtenir à titre gratuit divers prêts.

*ses devoirs et une absence du sens des responsabilités* »<sup>2437</sup>. Cette décision est intéressante en ce qu'elle montre que les principes directeurs qui attribuent des pouvoirs aux magistrats leur confèrent dans le même temps la responsabilité de les exercer.

Les droits des individus opposables à l'institution judiciaire se reportent sur les magistrats. Le principe de *célérité* confère à tout justiciable le droit de voir sa cause jugée dans un *délai raisonnable*. Cette obligation est mise à la charge des magistrats qui doivent faire preuve de diligence dans l'exercice de leur fonction. On a reproché à un juge d'instruction un « *laps de temps inexplicable entre deux actes successifs de procédure dans une même affaire* »<sup>2438</sup>. Le respect du principe de *célérité* est encore plus indispensable lorsqu'il s'agit de la question de la détention provisoire. Le CSM impose un « *devoir de rigueur (...) dès lors qu'il s'agit de la liberté individuelle* »<sup>2439</sup>. L'obligation de diligence et de *célérité* s'étend évidemment aux magistrats du parquet<sup>2440</sup>.

**482. Conclusion.** En définitive, on constate que l'action d'un même principe directeur peut prendre de multiples formes. En ce qui concerne le principe de *célérité*, il sanctionne tous les acteurs du procès, mais encore certains actes procéduraux. On peut engager sur la base de ses prescriptions une action en responsabilité civile contre l'Etat, puis contre un magistrat. Il constitue encore un déni de justice susceptible d'engager la responsabilité pénale de celui qui l'accomplit. En dernier lieu, il sert de fondement à une condamnation disciplinaire. A l'image du principe de *célérité*, l'action des principes sur le déroulement du procès judiciaire prend des formes diverses. Pour autant, la multiplicité des interventions des principes permet-elle de révéler le particularisme de cette catégorie normative ? C'est la question qu'il faut poser.

---

<sup>2437</sup> CSM siège, 12 avril 1995.

<sup>2438</sup> CSM, 27 juin 1991.

<sup>2439</sup> CSM Siège, 14 décembre 1994.

<sup>2440</sup> CSM parquet, 25 mars 1994. L'organe disciplinaire décide qu'« *en ne traitant pas, dans un délai raisonnable, les procédures qu'il avait en charge, le parquetier a fait preuve d'un manque évident du sens des responsabilités et a ainsi failli aux devoirs de son état* ».

## Conclusion de la seconde partie

**483. *L'action des principes directeurs est protéiforme.*** Le premier constat qui s'impose à propos de l'action des principes directeurs est celui de la diversité de ses formes. Les principes agissent les uns vis-à-vis des autres, mais aussi sur les autres normes du droit processuel. Ils s'exercent sur les actes de la procédure, mais encore sur les acteurs. Il ont une action dans le système normatif dans le sens où ils permettent d'écarter une norme qui leur est opposée. Il ont également une action dans le procès judiciaire en sanctionnant les éléments du procès qui ne leurs sont pas conformes.

Dans une autre perspective, l'action des principes directeurs possède deux aspects distincts. D'un côté, il s'agit d'une action purement juridique : mise à l'écart d'une norme technique supérieure ou inférieure, annulation d'un acte de procédure, sanction à l'égard d'un acteur, sont autant d'aspects pratiques de cette action. D'un autre côté, les principes exercent sur le droit processuel une action politique. Leur origine téléologique permet d'insuffler à l'ensemble des règles de procédure une dimension politique. Le droit processuel n'est pas dénué de fondements ; il n'est pas un droit simplement technique. Au contraire, il possède un esprit, une orientation, une cohérence. Ces caractéristiques existent grâce à l'action des principes. Chaque principe agit d'abord dans un domaine déterminé. Il transmet aux règles techniques prises pour son application la finalité qui fonde son existence. Il prend la forme d'un noyau autour duquel gravitent des règles techniques de procédure. Le principe agit ensuite en coordination avec d'autres. Ces normes se combinent ou se contredisent, de sorte qu'il ressort de l'ensemble de leurs interactions, une cohérence plus globale de l'ordre juridique processuel. Cette cohérence forme la dimension politique de l'action des principes. De par leur dimension téléologique et de par leurs liaisons, les principes s'organisent en une infrastructure ordonnée sur la base de laquelle le droit processuel technique se développe.

**484. *La multitude des actions et le particularisme des principes.*** L'action diffuse des principes directeurs montre que ces normes sont incontournables dans la mise en œuvre du droit processuel. Nul ne peut les éviter. Chaque juge, chaque plaideur, les rencontre inévitablement. Pour le théoricien, la difficulté réside dans la question de savoir si l'action des principes est très différente de celle des autres règles de procédure. A cette question, il n'est pas de réponse univoque.

En faveur du particularisme, on peut développer plusieurs arguments. Sur un plan technique, certains principes présentent une spécificité incontestable. Tel le cas de la combinaison des trois principes : *droit au juge, double degré de juridiction, droit au recours*. A eux seuls, ils constituent les fondements de la naissance, de la vie et de la mort de l'action en justice. Ils occupent une place qui leur est propre dans le droit processuel. Plus généralement, les principes se comportent, sur un plan théorique, comme les fondements du système normatif processuel. Ils servent à organiser le droit existant. Ils dirigent le droit dans ses évolutions. Ils unifient les procès civil et pénal. Cette action de coordination générale du droit judiciaire est essentielle mais sous-jacente. Il n'existe pas de volonté politique affichée de leur attribuer une fonctionnalité propre. Officiellement les principes directeurs ne sont que des règles de procédure parmi d'autres.

A l'encontre du particularisme, on doit se rendre à l'évidence que l'action des principes directeurs n'a pas encore trouvé la spécificité qu'elle devrait avoir. Pour annuler un acte de procédure, une juridiction peut se fonder sur la violation d'un principe ou d'une règle technique. D'ailleurs, le non respect d'un principe passe souvent par celui d'une règle de procédure. Lorsque la chambre de l'instruction annule un procès verbal de garde à vue pour

dépassement de la durée de la mesure, elle utilise le principe de la *liberté d'aller et de venir*. Pourtant, elle vise dans son arrêt l'article 63 du Code de procédure pénale qui règle la durée précise des gardes à vue. L'action des principes sur le déroulement du procès est, dans un grand nombre de cas, une action médiata. Un acte est censuré, un acteur est sanctionné, parce qu'ils ont violé une disposition technique. Cette disposition trouve sa raison d'être dans un principe. L'action du principe est concomitante à celle de la règle technique.

Il faut alors faire la part du particularisme de l'action des principes directeurs. A l'heure actuelle, il n'est reconnu aucune action spécifique aux principes dans les textes. Que ce soit dans les dispositions liminaires du nouveau Code de procédure civile ou dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, les principes de procédure ne sont pas assortis d'un processus de sanction distinct de celui des autres normes. A l'inverse, on observe de façon assez nette une action autonome des principes directeurs. D'un point de vue théorique, les principes ont une place particulière dans le système normatif qui leur confère une action propre. Les autorités qui détiennent le pouvoir de création du droit utilisent les principes pour organiser leur œuvre et pour lui conférer une dimension politique. D'un point de vue pratique, le juge utilise les principes pour introduire des modifications dans l'ordre hiérarchique organique. Le juge peut neutraliser, voire évincer une norme technique contraire à un principe. Cette action révèle le potentiel normatif des principes.

**485. *Le potentiel d'action des principes directeurs.*** Les principes directeurs forment une catégorie d'avenir. Ce sont avant tout des normes en devenir. En ce sens, leur action autonome est aujourd'hui ténue, mais elle est susceptible de se développer considérablement. On peut poser quelques pistes en vue de cette évolution.

D'un point de vue politique, il convient de poser les principes comme des règles de base du système processuel. Le législateur et le pouvoir réglementaire doivent systématiquement se référer aux principes lorsqu'ils décident de réformer des règles écrites. Il faut, pour chaque réforme, se poser la question de la conformité ou de la contrariété des règles nouvelles vis-à-vis des principes existants. En cas de contradiction entre la règle technique nouvelle et le principe, le réformateur doit justifier son choix par un argument téléologique présenté dans l'exposé des motifs. Dans cet esprit, le juge, lorsqu'il détermine une règle nouvelle ou qu'il interprète une règle existante, doit se poser la question de la conformité avec le principe. S'il choisit de déroger au principe, il doit lui aussi justifier son choix dans les motifs de sa décision.

D'un point de vue technique, on peut émettre le vœu que les juridictions utilisent avec plus de clarté les principes directeurs du procès. Il serait alors possible de donner à ces normes une plus grande indépendance. D'une part, le juge doit pouvoir, quel que soit le principe qu'il utilise, déclarer que la norme qui lui est contraire soit écartée quelle que soit sa source et quel que soit son rang hiérarchique. D'autre part, la sanction de la violation d'un principe ne devrait pas être conditionnée. Par exemple, la méconnaissance d'un principe susceptible d'entraîner l'annulation d'un acte ne doit pas être limitée par l'exigence d'un grief. Il ne s'agit pas d'inclure la catégorie des principes dans celle des règles d'ordre public<sup>2441</sup>. Il faut en revanche considérer que la transgression d'un principe entache l'acte d'un vice si grave qu'il doit être automatiquement annulé. La condition du grief doit pouvoir être supprimée lorsque le juge constate qu'un principe de procédure a été méconnu<sup>2442</sup>. Dans le même état d'esprit, le non respect d'un principe qui cause un préjudice personnel devrait constituer le fait générateur d'une action en responsabilité civile contre son auteur. De telles

---

<sup>2441</sup> Cette inclusion serait d'ailleurs inutile en procédure civile puisque l'exigence du grief existe même pour les règles d'ordre public.

<sup>2442</sup> En tenant compte de la nécessaire flexibilité du principe.

actions existent déjà pour les principes de l'*intimité de la vie privée*<sup>2443</sup>, de la *présomption d'innocence*<sup>2444</sup>, ou de la *coopération*<sup>2445</sup>. On peut imaginer que cette action soit étendue lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité de l'Etat pour violation du principe d'*impartialité* ou encore pour une méconnaissance du *droit au juge* lorsqu'il en est résulté un préjudice. L'intérêt d'une telle action réside dans le fait que la violation du principe constitue le fondement du droit à la réparation. Ainsi, la violation du *droit au juge* assortie d'un préjudice et d'un lien de causalité devrait permettre d'ouvrir la voie de la responsabilité civile sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'une faute lourde ou d'un déni de justice.

De nombreuses perspectives s'offrent pour que l'action des principes directeurs monte en puissance et acquière son autonomie. A ce titre, l'avenir des principes directeurs dépend probablement de la consécration formelle à laquelle cette catégorie échappe actuellement.

---

<sup>2443</sup> Article 9 C.civ.

<sup>2444</sup> Article 9-1 C.civ.

<sup>2445</sup> Article 10 C.civ.





## Conclusion générale

**486.** « Rien de plus ne peut être tenté que d'établir le commencement et la direction d'une route infiniment longue. Prétendre à n'importe quel achèvement systématique et définitif, serait à tout le moins une illusion personnelle. La perfection ne peut être obtenue ici par le chercheur individuel dans la seule hypothèse, subjective, qu'il communique tout ce qu'il a été capable de voir »<sup>2446</sup>.

Les principes directeurs du procès judiciaire se sont-ils dévoilés au chercheur individuel ? Qu'avons-nous réellement communiqué de ce que nous avons été capable de voir ou d'apercevoir en eux ?

Il est temps de rassembler les observations pour savoir si une réponse peut être apportée autour de la problématique initialement posée. Rappelons-en les termes : les principes directeurs du procès judiciaire forment-ils une catégorie juridique distincte de celle constituée par les règles techniques de la procédure ? Le lecteur attentif ne pourra s'attendre à une réponse univoque. L'ambiguïté des principes a trop souvent été soulignée. Elle empêche toute conclusion péremptoire. La mesure incite à faire la part entre ce qui est et ce qui peut être.

### 1) Ce qui est

**487.** L'objectif qui a guidé cette étude a été de réunir tous les éléments susceptibles de faire des principes directeurs une catégorie juridique spécifique. L'observation a permis de relever des indices de l'autonomie des principes vis-à-vis des autres normes du droit processuel. Toutefois il faut admettre que subsistent des indices qui conduisent à relativiser cette autonomie.

**488. Les indices positifs de l'autonomie.** Les principes directeurs présentent une unité notionnelle. Tous sont des normes inscrites dans le droit positif. Tous entretiennent des relations étroites avec les faits sociaux, qu'il s'agisse de valeurs ou d'utilités. Tous présentent enfin une normativité singulière qui apparaît sous la forme de trois caractères communs : la continuité, la généralité, la flexibilité. Les principes présentent aussi une unité fonctionnelle. La place privilégiée qu'ils occupent entre finalités sociales et règles techniques leur confère une aptitude particulière pour gouverner la création, la réalisation et l'évolution du droit processuel. « Agir sur le droit et aider le droit à agir est la nature des principes généraux » écrivait Henri BUCH<sup>2447</sup>. Les principes directeurs agissent sur les règles techniques du droit processuel. Ils assurent la transmission des finalités sociales vers la matière procédurale. Législateur et pouvoir réglementaire utilisent les principes pour engendrer de nouvelles règles techniques. Au stade de la réalisation du droit, les principes trouvent une fonction caractéristique. En raison de leur autorité normative, le juge peut les

---

<sup>2446</sup> SIMMEL G. cité par CASTANEDA C. *The teachings of Don Juan*, éditions Soleil noir, Paris, 1972.

<sup>2447</sup> BUCH H. La nature des principes généraux du droit, *RIDC* 1962, p. 55.

utiliser pour modifier l'ordonnancement juridique. Ils fournissent alors à l'autorité juridictionnelle les moyens de neutraliser des règles supposées supérieures. Dans un autre registre, le juge trouve dans un principe le fondement de son interprétation. Tous ces signes indiquent en apparence que les principes forment un ensemble cohérent regroupé autour de caractères et de fonctions analogues. Il faut néanmoins relever des brèches dans cette construction qui tendent à relativiser l'autonomie des principes en tant que catégorie juridique.

**489. *Les indices négatifs de l'autonomie.*** Dès la première approche des principes directeurs du procès judiciaire, on est embarrassé par l'absence de formalisme de la catégorie qu'ils constituent. Il y a plusieurs raisons à cela. La première se trouve dans l'absence de définition de la notion de principe en droit positif. La seconde réside dans l'extrême diversité des sources formelles donnant lieu à la détermination de principes. Chaque organe créateur de droit contribue à accroître le nombre de principes et à leur conférer un statut distinct. Ce phénomène est amplifié par l'appropriation du vocable « principe » par la doctrine. Le résultat de cette pluralité de références aux principes est l'apparition d'une importante confusion dans la matière observée. La catégorie perd de sa visibilité et s'éparpille en de multiples sens, formes ou applications.

Dans une seconde approche, on remarque que l'absence de formalisme dans la définition des principes conduit à entraver le développement de sanctions appropriées à la violation de ces normes. Les principes directeurs sont des règles essentielles du droit processuel. Il est regrettable que leur respect ne soit pas particulièrement assuré. Leur efficacité dépend de cette protection. Si l'on inscrit dans le droit positif un principe de *célérité*, on doit l'assortir d'une action en responsabilité civile contre celui qui retarde le déroulement de l'instance. Cette action doit être la plus générale possible. Elle ne peut être soumise à la preuve d'un déni de justice ou d'une faute lourde. Si le principe de *loyauté* a été transgressé, les pièces ou actes qui résultent de cette violation doivent automatiquement être annulés car la recherche de la vérité et la crédibilité de l'institution sont mises en cause. Nullité et responsabilité sont deux sanctions parmi d'autres dont le développement est soumis à la reconnaissance formelle des principes dans le droit positif.

La réalité de la catégorie des principes directeurs du procès judiciaire n'est pas établie avec certitude dans le droit positif. Le Professeur BERGEL expose que les catégories juridiques « *procèdent (...) de choix intellectuels même si ceux-ci sont orientés par l'observation des faits, l'étude du droit objectif et les exigences des réalités* »<sup>2448</sup>. Tel est bien la réalité des principes directeurs. Il s'agit avant tout d'une catégorie doctrinale construite sur l'observation du droit positif. La présente étude ne sort pas de ce contexte. Elle propose simplement une alternative.

Le constat mitigé qui vient d'être posé suscite deux types de réactions. La première est de cantonner les principes dans leur statut de catégorie doctrinale pourvue d'une dimension idéologique forte, mais dont l'action sur le droit positif est sous-jacente. Les principes demeurent des constructions intellectuelles qui désignent des règles de droit ne présentant pas de fonction propre au sein du système normatif processuel ou du procès judiciaire. La seconde est de considérer que les principes doivent accéder au rang de catégorie juridique autonome du droit positif. Ces normes seront sélectionnées selon des critères prédéfinis et disposeront d'un statut particulier. La première attitude marque un retrait, voir une méfiance vis-à-vis des principes. La seconde est plus novatrice ; elle repose aussi sur une certaine confiance à l'égard de l'autorité judiciaire.

<sup>2448</sup> BERGEL J.L. *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1999, n°193, p. 206.

Sans hésitation, nous choisissons la seconde. Il faut alors tracer la voie de ce que les principes peuvent être.

## 2) Ce qui peut être

**490.** Toute réflexion prospective nécessite que soit analysées, en premier lieu, les lacunes présentes dans le droit positif contemporain. On peut alors envisager de nouvelles perspectives pour les principes directeurs, à la condition de s'en donner les moyens.

**491. *Les lacunes.*** En droit processuel, le premier obstacle à l'unité des principes directeurs réside dans la dissociation créée entre procédure civile, procédure pénale et organisation judiciaire. Le Professeur ROUHETTE estime que la division opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution « *est simpliste et inexacte. Inexacte car elle envisage en termes de partage (...) de domaines et de sources, ce qui est en réalité un agencement complexe de normes de valeur différente. Simpliste, car il est, en la matière, d'autres normes que celles ayant valeur législative ou réglementaire* »<sup>2449</sup>. Il faut adhérer sans réserve à cette réflexion. La justice judiciaire ne se partage pas que ce soit du point de vue de son contenu ou des sources chargées de l'édiction de ses règles. S'il existe une séparation, elle réside dans la coexistence d'un droit commun du procès et de contentieux spécialisés. Les principes directeurs font assurément partie du droit commun. Dans ses « *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile* », Henri MOTULSKY rappelait qu'à l'époque de la codification napoléonienne, la Cour de cassation avait proposé d'intégrer, dans le Code de procédure civile, un livre consacré à « *l'administration de la justice en général* »<sup>2450</sup>. L'idée ne connut pas d'aboutissement. Devrait-on aujourd'hui refondre toute la matière et bouleverser l'organisation du droit processuel ? Telle n'est pas la solution adéquate. Il semble pourtant plus qu'indispensable de réunifier les contentieux judiciaires dans une même source du droit. On peut encore imaginer que des principes de procédure trouvent une place adéquate dans un seul Code : celui de l'organisation judiciaire qui pourrait voir sa dénomination modifiée. Pour cela, il est souhaitable d'améliorer le travail de création et de définition des principes directeurs. Tel n'a pas été le cas jusqu'à présent.

Les deux tentatives de faire émerger des principes dans les Code de procédure doivent être considérées avec réserve. Dans le nouveau Code de procédure civile, le travail de la doctrine n'a porté que partiellement ses fruits. Certes, l'esprit du procès civil réside dans les vingt-quatre premiers articles du Code. Toutefois, il est plus de règles techniques dans les dispositions liminaires que de véritables principes. On y trouve une approche globale du procès, mais pas une consécration positive des principes en tant que normes autonomes.

L'article préliminaire du Code de procédure pénale résultant de la loi du 15 juin 2000 n'est pas plus convaincant. Il débute par une référence à la CESDH : « *la procédure doit être équitable* ». A la réflexion on peut même douter de l'héritage européen de ce premier alinéa. Dans le projet, il avait été prévu que l'article préliminaire serait ainsi rédigé : « *la procédure pénale doit être juste et équitable* ». Dans cette formulation, la référence philosophique est immédiate. La justice doit être... juste. Quoi de plus commun pour ouvrir un Code ! Cette réflexion critique n'a d'autre but que de montrer la défaillance méthodologique de l'œuvre du législateur dans la loi du 15 juin 2000. La liste retenue dans l'article préliminaire n'est aucunement justifiée. Elle ne correspond à aucune démarche réfléchie. Certains principes

<sup>2449</sup> ROUHETTE G. L'ordre juridique processuel, réflexions sur le droit du procès, *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 687.

<sup>2450</sup> MOTULSKY H. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *Dalloz* 1972, chron., p. 91.

figurent déjà dans les textes (la *présomption d'innocence*, le *procès équitable*), d'autres n'ont été que partiellement consacrés (la *séparation des fonctions*). Hormis la reconnaissance des droits des victimes, chacun des principes énoncés existait déjà dans le droit positif. Leur intégration dans le Code ne modifie pas leur autorité normative. Plus grave encore est l'absence d'audace dans la détermination des principes. L'exemple significatif est le dernier alinéa ainsi rédigé : « *Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction* ». On aimerait trouver dans cet alinéa la reconnaissance du droit au *double degré de juridiction*. Tel n'est pas le cas. Aucun des termes employés ne suggère le double examen au fond de la condamnation. La formule rappelle plutôt la réserve de la France émise à l'égard du protocole n°7 additionnel à la CESDH. Cette réserve assimile le recours en cassation à un second degré de juridiction. Elle était destinée à garantir la conformité de la procédure criminelle avec la Convention européenne et n'a plus de sens depuis l'instauration, par la loi du 15 juin 2000, d'un appel contre les décisions rendues en premier ressort par les Cours d'assises. Absence de méthode et de courage politique, tels sont les principaux reproches que l'on peut émettre à l'encontre de la loi du 15 juin 2000. Tout effort pour mettre en valeur les principes directeurs nécessite au contraire de mettre en avant ces deux qualités.

**492. Les perspectives.** L'idée de réforme du droit processuel est une préoccupation récurrente. Il ne faut pourtant pas tomber dans le piège des modifications techniques et du renouvellement perpétuel de ce système provoqués par les crises qui surviennent périodiquement.

Notre démarche est sensiblement différente. Ancrée dans le passé, elle se veut le relais de règles préexistantes qui constituent les fondements du droit processuel. Tournée vers l'avenir, elle ambitionne de créer dans le droit positif une catégorie de normes nouvelles dont le particularisme manifesterait une autre façon de concevoir le système procédural.

Au préalable, il est nécessaire de définir des objectifs. Seul un modèle perfectible appelle au changement. Qu'y a-t-il donc à parfaire dans le système processuel français ? Ce droit est artificiellement divisé. Il est constitué de très nombreuses règles dont la cohérence n'est pas toujours décelable. Il est parfois trop technique et éloigné des préoccupations essentielles que sont la résolution du différend et le respect des droits des parties.

De par leurs caractères, les principes directeurs constituent les instruments adéquats pour améliorer la qualité du droit processuel interne. Pourtant, leur action est souvent entravée par le fait qu'ils ne sont pas assortis de sanctions suffisamment efficaces pour en garantir l'application. Le juge doit pouvoir imposer le respect des principes dans le déroulement du procès<sup>2451</sup>. Il doit encore assurer leur prédominance sur les autres normes juridiques. Si l'on attribue aux principes directeurs un statut normatif particulier, il est indispensable de déterminer avec précision quels sont ces principes. C'est le système juridique dans son entier qui doit être redéfini.

---

<sup>2451</sup> Un commentateur de la loi du 15 juin 2000 estime que les principes énoncés dans l'article préliminaire vont jouer un rôle essentiel dans l'activité du juge pénal. Au-delà de leur valeur pédagogique, ils pourront être utilisés par le juge pénal pour « *lever les ambiguïtés d'autres articles plus précis et techniques ou pour combler les lacunes de la loi* ». De surcroît, le juge pourra écarter une disposition technique du Code contraire à un principe. Ainsi, les principes devraient permettre au juge de contrôler la légalité de la loi, c'est à dire, la conformité des dispositions législatives vis à vis des principes législatifs. (MAYER D. Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? *Dalloz 2001*, chron., p. 1646). L'auteur reprend alors l'idée selon laquelle les principes visés à l'article préliminaire ont « *vocation à "irradier" la procédure pénale*. (expression utilisée par COUVRAT P et GIUDICELLI-DELAGÉ G. Rapport de synthèse du colloque « Une nouvelle procédure pénale ? », *RSC 2001*, p. 139.

**493. Les moyens.** La création d'une catégorie de principes directeurs du procès judiciaire est une œuvre systématique. Elle passe donc par un travail de codification. Ce n'est pas tant le symbolisme<sup>2452</sup> que l'on recherche mais la reconnaissance explicite. Les principes directeurs peuvent être révélés par le Code, mais le Code lui-même trouvera dans les principes la source d'une légitimité accrue<sup>2453</sup>. Les principes doivent être définis avec clarté dans un même texte. Il est possible de prévoir que tous les principes se trouveront en tête de ce Code. Il est aussi envisageable que certains principes figurent en exergue des parties dont ils dirigent l'application. A titre d'exemple, le *double degré de juridiction* pourrait constituer le premier article d'un chapitre consacré à la voie d'appel. Dans ce dernier cas, l'appellation « principe » devra expressément figurer dans l'intitulé ou dans le contenu de l'article. Il ne s'agit là que d'une première étape. Si les principes sont intégrés dans un Code au côté des règles techniques, leur particularisme normatif n'est pas encore affirmé.

La reconnaissance de principes directeurs du procès judiciaire sollicite une réforme du système juridique dans sa globalité. En créant les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le constituant de 1946 ne mesurait pas l'essor que prendrait cette catégorie de normes dans le droit français. Aujourd'hui, ces principes possèdent une puissance normative considérable au regard de leur position dans la hiérarchie organique et de l'importance des finalités qu'ils protègent. L'exemple des principes fondamentaux montrent que les appellations juridiques engendrent des réalités juridiques, pour peu qu'elles figurent dans un texte constitutionnel. Il faut aller plus loin. Les principes fondamentaux ont acquis leur statut grâce au juge constitutionnel. Le constituant ne doit pourtant pas être mis à l'écart de l'élaboration de types de normes nouvelles. On peut imaginer la création d'une catégorie de « principes juridiques » dans le texte même de la Constitution assortie d'un statut et d'une fonctionnalité propre. Il ne s'agit pas de faire figurer dans la Constitution une liste de principes directeurs. En revanche, la notion de principe juridique doit y être définie de façon conceptuelle. Le texte constitutionnel renverrait ainsi au législateur et au juge le soin de déterminer le contenu de cette catégorie.

La présence de la notion de principe dans le droit constitutionnel constituerait ainsi le fondement de l'action du législateur et de l'autorité juridictionnelle. En effet, le juge doit être impliqué dans le processus de détermination des principes directeurs. Si la catégorie des principes juridiques existe dans la Constitution, si une liste de principes directeurs est établie dans un Code, l'autorité judiciaire doit aussi contribuer à la construction et au développement de ces normes. En toute état de cause, les juridictions ont pris les devants sur cette évolution souhaitable du droit. Ils formalisent des principes, en assurent la mise en œuvre, les imposent face aux normes textuelles. Ce mouvement ne doit pas être contrarié. Bien au contraire, il est possible de lui donner plus d'ampleur. Une telle innovation n'est pas dénuée de risques. Elle établit une division entre des normes supérieures et inférieures en fonction de critères matériels et non formels. Elle entraîne inévitablement un accroissement des pouvoirs du juge. Pour cette raison, il est nécessaire de poser un cadre à ce développement. Ce cadre passe par le recours au droit constitutionnel, mais encore par la rigueur dans la définition des principes. Cette exigence concerne le législateur comme le juge. Il est un temps où le pouvoir ne suffit plus, il faut alors faire preuve de méthode.

---

<sup>2452</sup> CABRILLAC R. Le symbolisme des Codes, *Mélanges Terré*, PUF-Dalloz-Juris-classeur, Paris, 1999, p. 211.

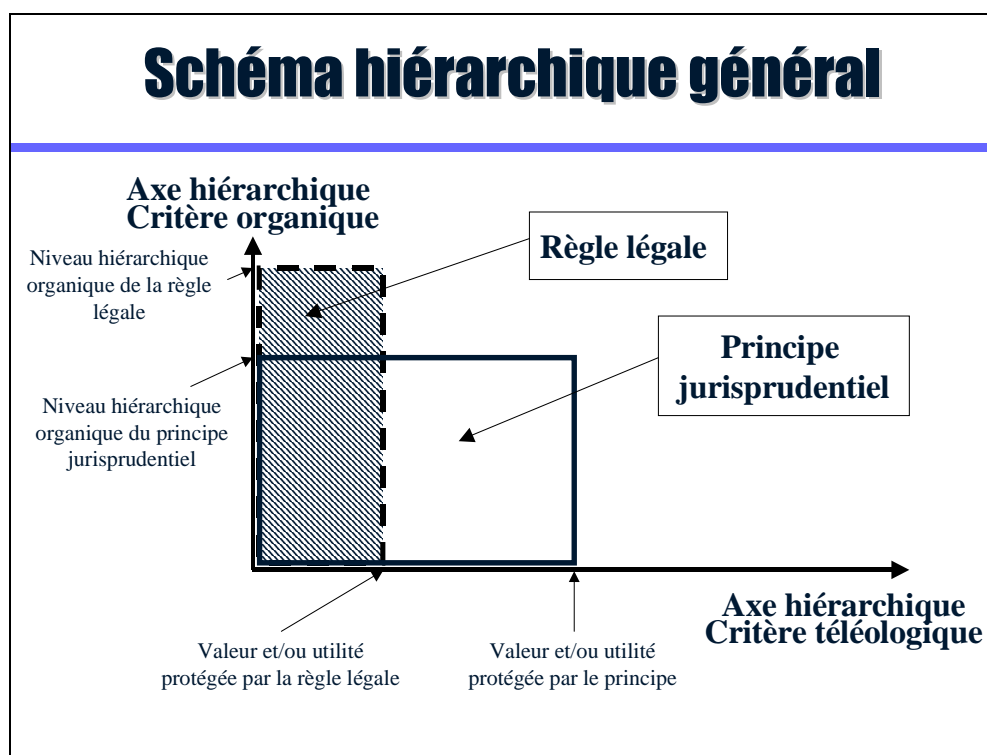
<sup>2453</sup> Bruno OPPETIT analysait ainsi « la perte de prestige de l'idée de codification par l'affaiblissement de la généralité des normes juridiques ». OPPETIT B. De la codification, *Dalloz 1996*, chron., p. 33.



# Annexes

## Annexe 1 : schéma hiérarchique général

De manière conventionnelle, on décide de repérer l'autorité matérielle de chaque norme sur un axe horizontal (dit axe des abscisses) et l'autorité formelle sur un axe vertical (dit axe des ordonnées). Dès lors, la puissance juridique d'une norme ne sera plus représentée par sa position sur un axe mais par la surface qu'elle occupe sur un repère orthogonal appelé « repère plan ». Si l'on compare l'autorité juridique d'une règle technique et d'un principe, on peut obtenir le schéma suivant.

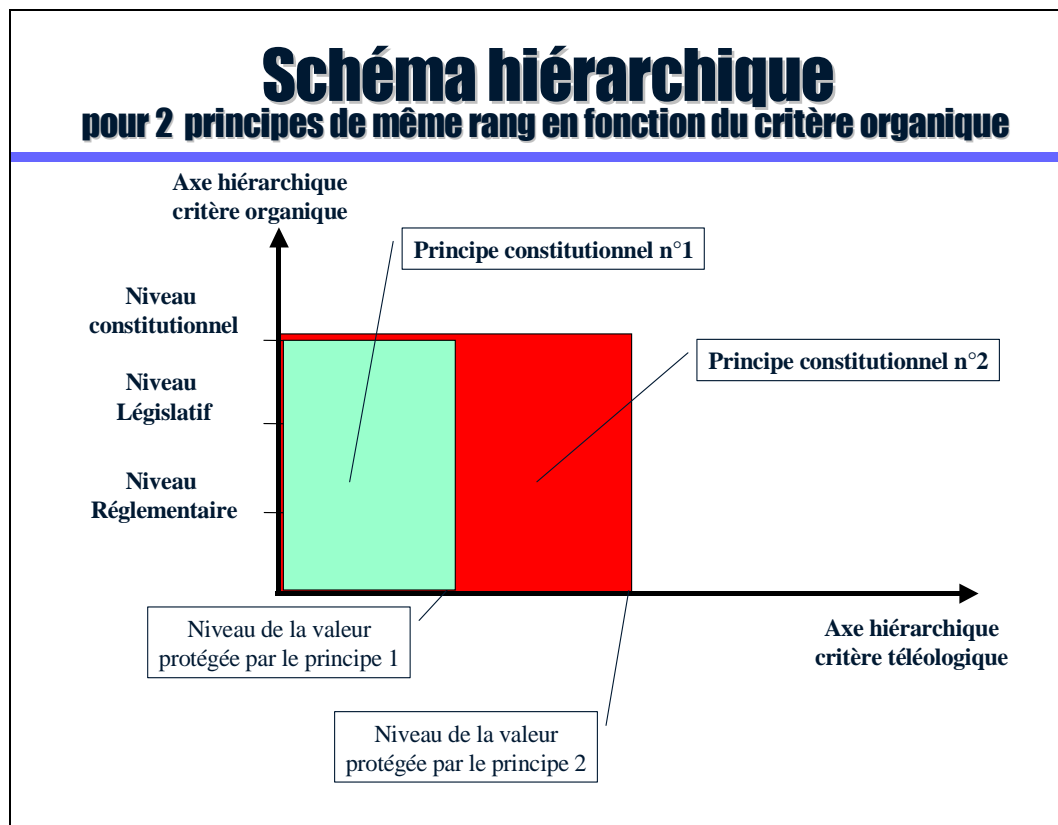


La lecture de ce schéma fait apparaître qu'un principe, qui trouve sa source dans une origine organique inférieure vis-à-vis d'une autre règle technique écrite, peut détenir une autorité supérieure. Cette autorité est proportionnelle à la surface qu'il occupe sur le repère-plan car il émane d'une source téléologique plus importante. La valeur ou l'utilité qu'il incarne se doit d'être protégée, si nécessaire en écartant l'application d'une règle théoriquement supérieure.



## Annexe 2 : autorité distincte de deux normes situées sur un même niveau dans la hiérarchie organique

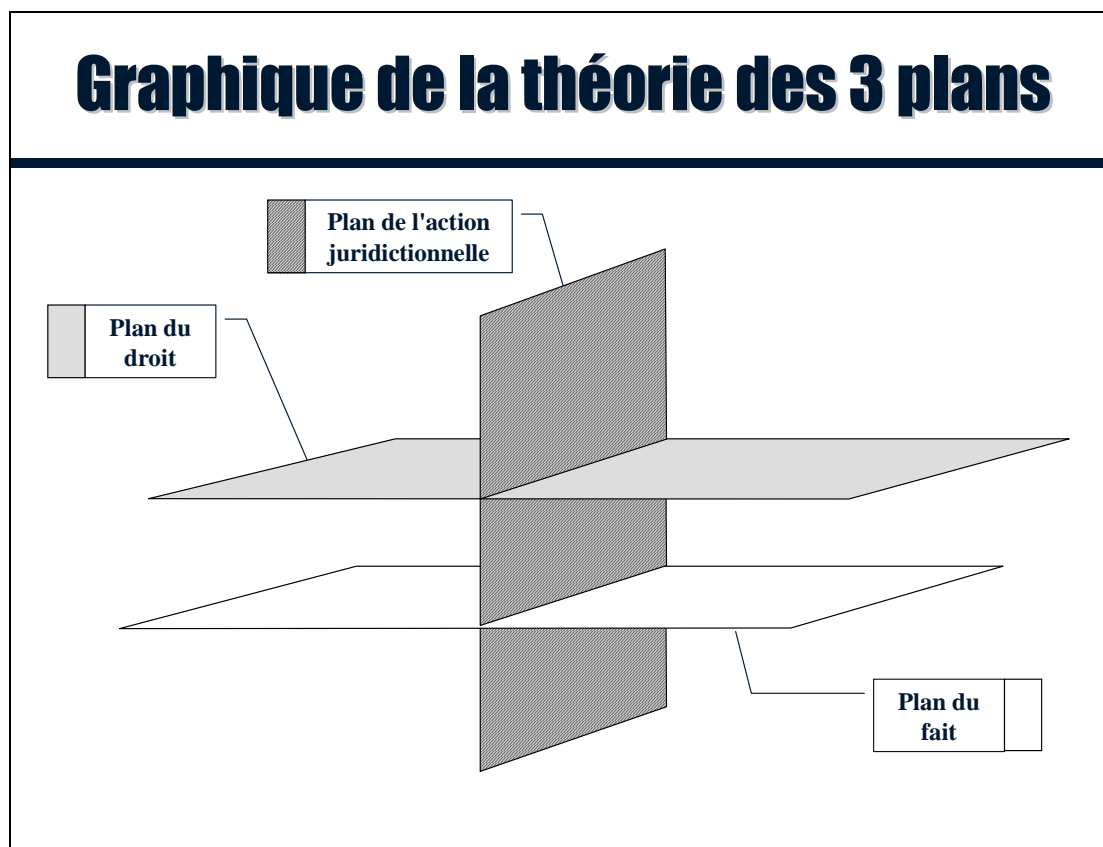
Sur cette figure sont représentés deux principes de rang constitutionnel. Leur autorité normative n'est pas la même car la finalité sociale qu'ils incarnent n'a pas la même position sur l'axe téléologique :



A valeur constitutionnelle égale, le principe n°2 occupe une surface plus importante dans le repère plan en raison d'une dimension axiologique (en l'espèce) plus grande (protection d'une valeur plus importante). Les sous-catégories d'un même niveau sont donc graduées en fonction de leur dimension téléologique.

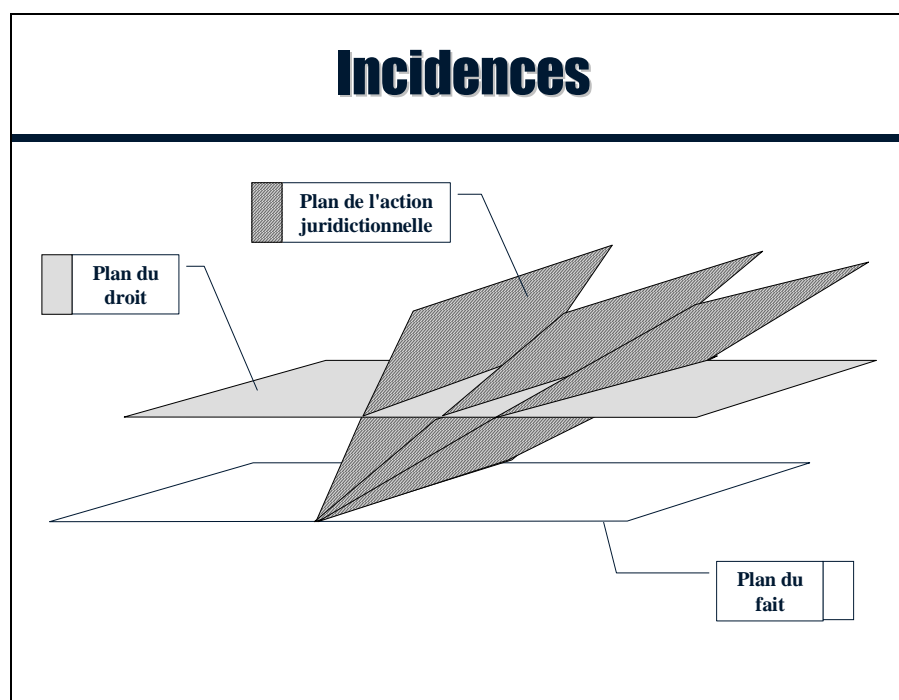
## Annexe 3 : représentation de la « théorie des trois plans »

Restée à un niveau conceptuel, la théorie des trois plans ouvre la voie d'explications nouvelles sur le fonctionnement du système juridique. Une représentation graphique peut aider à sa compréhension.



## Annexe 4 : analyse de la « théorie des trois plans » (1)

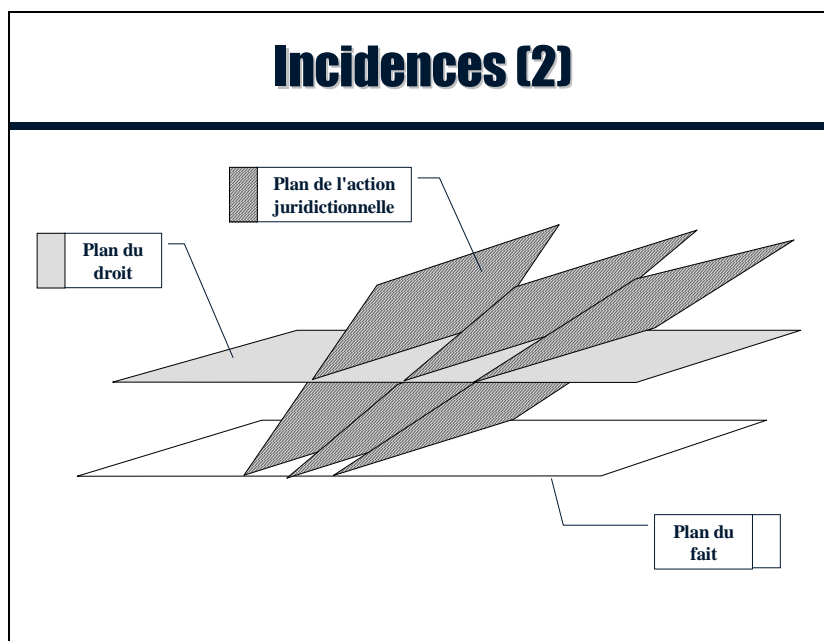
L'intérêt de la représentation graphique est de montrer que le juge peut se placer à un endroit quelconque sur le plan du droit. Il peut donc utiliser toutes les règles juridiques quelle que soit leur valeur. Une réserve peut être apportée à cette représentation. Il semble en effet que le plan de l'activité juridictionnelle n'occupe pas une position verticale<sup>2454</sup>. Le juge est saisi par les parties sur un fait ou un ensemble de faits donnés. De même, le litige fait apparaître en filigrane, un ou plusieurs faits sociaux. Le plan de l'activité juridictionnelle est donc préalablement lié au plan du fait par l'étendue de la saisine de la juridiction. Par contre, les magistrats peuvent disposer librement de l'application de la règle de droit. Rien n'interdit au juge de se situer à un endroit quelconque du plan du droit, pourvu qu'il y trouve ou détermine lui-même une règle pour résoudre le litige. Il n'est pas possible de dire que cette règle se trouve obligatoirement sur un plan perpendiculaire aux faits dont la juridiction est saisie. Le plan de l'activité juridictionnelle coupe les deux plans horizontaux selon un angle déterminé par le juge. Pour une même situation factuelle, ce dernier peut déterminer l'angle que prendra le plan de son action comme le montre le schéma suivant :



<sup>2454</sup> Plus précisément, il peut occuper une telle position, mais cela n'est pas obligatoire.

## Annexe 5 : analyse de la « théorie des trois plans » (2)

La théorie des trois plans néglige la complexité du plan du fait. Cette représentation graphique est lacunaire dans la description de la réalité. Selon l'angle que forme le plan du fait avec celui de l'activité juridictionnelle, la norme appliquée par le juge prendra une place différente sur le plan du droit. Cette réflexion mène à une autre constatation : selon le fait mis en valeur dans le litige, l'angle pourra varier comme le montre le schéma suivant :



Sur cette figure, on peut observer que la position du fait sur son plan peut influencer le choix du juge. Ce dernier se sert des informations inhérentes au fait pour déterminer sa projection sur le plan du droit. L'analyse est pourtant toujours lacunaire dans la mesure où l'on ne sait pas comment est constitué le plan du fait et quels sont les critères qui déterminent la position du fait sur son plan. En effet, il est malaisé de représenter sur un même plan, les faits et les règles (non juridiques) de la vie en société, les actes individuels et collectifs, les faits objectifs dénués de connotation idéologique ou téléologique et les faits déterminés ou en relation avec de telles connotations. On se trouve ici confronté à la complexité et à la polymorphie du phénomène étudié. L'analyse juridique ne permet pas de l'appréhender sous des angles multiples ; ce qui réduit ainsi sa compréhension et sa représentation. La recherche se limite à une observation juridique partielle mais qui constitue un commencement d'explication, une partie de l'approche globale.

## Annexe 6 : essai d'une représentation du droit dans l'espace

Pour comprendre la représentation qui va être développée ; il est indispensable d'admettre au préalable que l'ensemble des faits matériels et des enjeux qui en découlent forment la matière première du procès. C'est sur cette base que va se dérouler le processus du choix ou de la création de la norme par le juge en fonction de différents critères. Si l'on poursuit la représentation graphique du Professeur MORVAN, le plan de l'activité juridictionnelle coupe celui des faits en un ou plusieurs points fictivement constitutifs d'une situation donnée préliminaire<sup>2455</sup>.

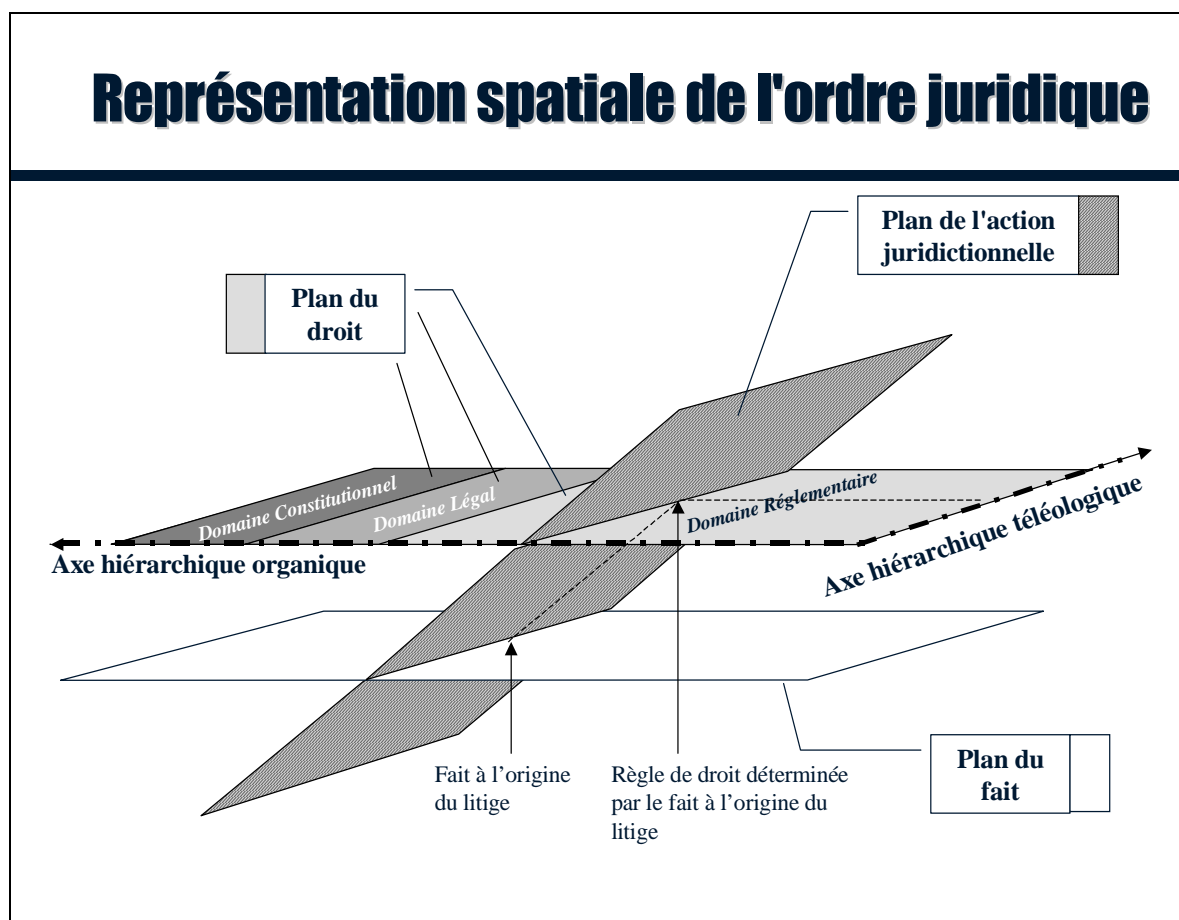
Le rôle du juge est de joindre le fait et le droit. Le juge, pour déterminer la norme applicable, part des faits qui sont dans le conflit. Il s'agit de faits bruts (les faits de l'espèce), sans connotation téléologique, et de faits sociaux (valeurs et utilités mises en jeu par le litige). Ces faits lui donnent des indications sur la règle applicable, mais encore sur la position de cette règle dans la hiérarchie des normes. C'est grâce à ces éléments que le juge peut remonter jusqu'au plan du droit.

On peut alors combiner la théorie des trois plans avec celle du repère-plan qui a été développée plus haut<sup>2456</sup>. On peut reprendre l'idée que l'autorité d'une norme figure, non pas sur un axe unique mais plutôt sur un repère-plan marqué par deux axes hiérarchiques différents (l'axe hiérarchique organique et l'axe hiérarchique téléologique). Il semble alors possible de dire que l'autorité de la norme appliquée par le juge dépend en partie du plan du fait. Si la norme incarne une valeur ou une utilité importante dans le plan du fait, cela se répercute sur le plan du droit. La figure suivante est une illustration de cette explication. Sur cette figure, le droit est représenté sous la forme d'un plan. La hiérarchie des règles au sein de ce plan s'organise autour de deux axes : l'axe formel ou organique, qui définit les trois principales strates de la hiérarchie en droit interne et l'axe matériel ou téléologique, qui détermine l'autorité sociale de la valeur ou de l'utilité incarnée dans la norme.

---

<sup>2455</sup> S'il ne s'agit que d'un seul point, l'activité juridictionnelle sera représentée par une droite ; s'il s'agit de nombreux points alignés cette activité figurera dans un plan ; enfin s'il s'agit de plusieurs points non-alignés, elle se manifestera par plusieurs plans. Par souci de simplification, et dans le but de prolonger les travaux du Professeur MORVAN, seule la deuxième hypothèse (un seul plan) sera retenue. Il faut admettre que la dimension factuelle du procès ne peut se réduire à un simple plan, mais que cette évocation graphique, même abstraite, permet la compréhension et l'explication de certains phénomènes normatifs.

<sup>2456</sup> Cf. annexes 1 et 2.



Sur cette figure, on voit que la place de la règle applicable dépend du fait à l'origine du litige. Si ce fait met en jeu une valeur sociale dont l'importance est croissante, la place du fait sur son plan change et, en conséquence, la place de la règle de droit sur son plan est aussi modifiée. Si cette place est modifiée, l'autorité de la règle n'est plus la même. Ainsi, la règle applicable peut évoluer du domaine réglementaire vers le domaine légal ou constitutionnel. Elle peut encore évoluer sur l'axe hiérarchique téléologique de sorte que sa surface va croître et donc son autorité normative va augmenter.

Il faut admettre que cette représentation est abstraite et qu'il est impossible, pour un litige donné, de définir sa place sur le plan du fait. De même, sur le plan du droit, il est impossible de graduer l'axe représentant le critère téléologique. Une valeur ou une utilité est difficilement quantifiable. En revanche, le juge peut faire primer une valeur sur une autre. La première occupera donc une position supérieure à la seconde sur l'axe téléologique.

Sur le schéma, on peut constater que c'est effectivement sur le plan du fait que se dessinent les coordonnées téléologiques de la norme que le juge va appliquer. Sur le plan du droit, on retrouve l'image de la surface occupée par la norme qui confère à cette norme son autorité juridique. Si le juge place deux normes en confrontation dans un même procès, il devra se poser la question de l'origine de chacune de ces normes sur le plan du fait et, en fonction de leur position respective, les replacer correctement sur le plan du droit, tant sur

l'axe organique que sur l'axe téléologique. La norme occupant la plus grande surface sera appliquée par préférence à l'autre.

La représentation du droit dans l'espace permet d'expliquer la faculté dont dispose chaque juge de placer une norme à un endroit quelconque du système juridique. Le juge peut déterminer une nouvelle règle et la positionner en tout lieu sur le plan du droit, dans la mesure où la dimension téléologique de la règle semble indiquer cette position. Il peut encore déplacer une règle préexistante d'une strate à une autre sur ce plan.





# Bibliographie

## I) Ouvrages généraux, traités, manuels

### **ALEX P.**

- *Le positivisme et le droit*, Leroux, Paris, 1876

### **AMSELEK P.**

- *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1964

### **ASSIER-ANDRIEU L.**

- *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, Paris 1996

### **ATIAS CH.**

- *Epistémologie juridique*, PUF, Paris, 1985

### **BAKAS CH.**

- *Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie*, thèse, Paris 2, 1982.

### **BARANES W. et FRISON-ROCHE M.A.** (sous la direction de)

- *La justice, l'obligation impossible*, éditions Autrement, Paris, 1994

### **BASTID P.**

- *Les grands procès politiques de l'histoire*, Fayard, Paris, 1962

### **BATTIFOL H.**

- *Problèmes de bases de la philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979

### **BECCARIA J.**

- *Des délits et des peines*, Librairie Droz, Genève, 1965

### **BENTHAM J.**

- *Traité des preuves judiciaires*, traduction Dumont, édition Bossange 2<sup>ème</sup> éd°, 1830, t 1

### **BERGEL J.L.**

- *Méthode du droit, théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd°, 1999

### **BONFILS H.**

- *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, 3<sup>ème</sup> éd° refondue par L. Beauchet, LGDJ, Paris, 1901

### **BOUZAT P. PINATEL J.**

- *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 2, Dalloz, Paris, 1963

### **BUISSON J. GUINCHARD S.**

- *Procédure pénale*, Litec, Paris, 2000

### **BURDEAU G. HAMON F. TROPER M.**

- *Droit constitutionnel*, 26<sup>ème</sup> éd°, LGDJ, Paris, 1999

### **CADIET L.**

- *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd°, Litec, Paris, 1998

**CARBONNIER J.**

- *Flexible droit*, 9<sup>ème</sup> éd°, LGDJ, Paris, 1998
- *Droit civil, introduction*, 26<sup>ème</sup> éd°, PUF, 1999,
- *Droit civil, les obligations*, t. 4, PUF, Paris, 22<sup>ème</sup> éd°, 2000

**CATALA P. TERRE F.**

- *Procédure civile et voies d'exécution*, PUF, Paris, 1976

**CONTE PH. MAISTRE DU CHAMBON P.**

- *Procédure pénale*, 3<sup>ème</sup> éd°, Armand Colin, Paris, 2000
- *Droit pénal général*, 5<sup>ème</sup> éd°, Armand Colin, Paris, 2000

**CONTE SPONVILLE A.**

- *Petit traité des grandes vertus*, PUF, Paris, 3<sup>ème</sup> éd°, 1998, p. 80.

**CORNU G. (sous la direction)**

- *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd°, PUF, Paris, 2000

**CORNU G. FOYER J.**

- *Procédure civile*, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> éd°, 1958
- *Procédure civile*, PUF, Paris, 3<sup>ème</sup> éd°, 1996

**COUCHEZ G.**

- *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 1998

**CROZE H. MOREL CH.**

- *Procédure civile*, PUF, Paris, 1988

**DE BECHILLON D.**

- *Qu'est ce qu'une règle de droit ?* éditions Odile Jacob, Paris, 1997

**DELMAS-MARTY M. (sous la direction de)**

- *Procédures pénales d'Europe*, PUF, Paris, 1995

**FAVOREU L. PHILIP L.**

- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 10<sup>ème</sup> éd°, 1999

**FLOUR J. AUBERT J.L.**

- *Les obligations, l'acte juridique*, t. 1, Armand-Colin, Paris, 1998
- *Les obligations, Le fait juridique*, t. 2, Armand-Colin, Paris, 1999

**GASSIN R.**

- *Criminologie*, 4<sup>ème</sup> éd°, Dalloz, Paris, 1998

**GENY F.**

- *Science et technique en droit privé positif*, tome 1, Sirey, Paris, 1913
- *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>ème</sup> éd°, 1919, t1, n°22, réédition LGDJ, Paris, 1995

**GHESTIN J. GOUBEUX G. FABRE-MAGNAN M.**

- *Droit civil, introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd°, LGDJ, Paris, 1994

**GOYARD-FABRE S.**

- *Essai de critique phénoménologique du droit*, Librairie Klincksieck, Paris, 1972

**GOYARD-FABRE S. SEVE R.**

- *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, Paris, 1993

**GUINCHARD S., BANDRAC M., LAGARDE X., DOUCHY M.,**

- *Droit processuel*, Dalloz, Paris, 2001

**HART W.**

- *Le concept du droit*, traduction Van de Kerchove, éd° des Facultés universitaires St Louis, Bruxelles, 1976

**HELIE F**

- *Traité de l'instruction criminelle*, t 1 et 2, éd° de Nypels, Bruxelles, 1863

**HERON J.**

- *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Paris, 1991

**HUET H. KOERING-JOULIN R.**

- *Droit pénal international*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd°, Paris, 1994

**ISAAC G.**

- *Droit communautaire général*, 7<sup>ème</sup> éd°, Armand-Colin, Paris, 1999

**JAPIOT R.**

- *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3<sup>ème</sup> éd°, Librairie A. Rousseau, Paris, 1935

**JOUSSE.**

- *Traité de la justice criminelle en France*, t1, Paris, 1771

**KELSEN H.**

- *Théorie générale de la norme*, Paris, PUF, 1996
- *Théorie pure du Droit*, traduction Thévenaz, éditions de la Baconnière, Neuchatel, 2<sup>ème</sup> éd°, 1988

**LALANDE A.**

- *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 1956

**MALAURIE PH.**

- *Droit civil, introduction générale*, t. 1, 2<sup>ème</sup> éd°, Cujas, Paris, 1994

**MERLE R. VITU A.**

- *Traité de droit criminel, procédure pénale*, t. 2, 4<sup>ème</sup> éd°, Cujas, Paris, 1989

**MOREL R.**

- *Traité élémentaire de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd°, Sirey, Paris, 1949, p. 344.

**MOTULSKY H.**

- *Droit processuel*, Monchrestien, Paris, 1973

**OST F. et VAN DE KERCHOVE M.**

- *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publication des facultés universitaires de St Louis, Bruxelles, 1987

**PERELMAN CH.**

- *Droit, morale et philosophie*, LGDJ, Paris, 1968

**PEROCHON F. BONHOMME R.**

- *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, 4<sup>ème</sup> éd°, LGDJ, Paris, 1999

**PERROT R.**

- *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Paris, 8<sup>ème</sup> éd°, 1998

**PRADEL J.**

- *Procédure pénale*, 9<sup>ème</sup> éd°, Cujas, Paris, 1997

**PRADEL J. CORSTENS G.**

- *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris, 1999

**PRADEL J. VARINARD.**

- *Les grands arrêts du droit criminel*, t 2, 4<sup>ème</sup> édition, Sirey, Paris, 1998

**PUTMAN E.**

- *Contentieux économique*, PUF, Paris, 1998

**RASSAT M.L.**

- *Droit pénal spécial, infractions des et contre les particuliers*, 2<sup>ème</sup> éd°, Dalloz, Paris, 1999

**RAWLS J.**

- *Théorie de la Justice*, traduction C. Audard, Seuil, Paris, 1987

**RESWEBER J-P.**

- *La philosophie des valeurs*, Paris, PUF, 1992

**RICOEUR P.**

- *Le juste*, Seuil, Paris, 1995

**RIPERT G.**

- *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>ème</sup> éd°, Paris, LGDJ 1955

**RIVERO J.**

- *Les libertés publiques*, 6<sup>ème</sup> éd°, Paris, PUF, 1997

**ROULAND N.**

- *Aux confins du droit*, Odile Jacob, Paris, 1991

**STARCK B. ROLAND H. BOYER L.**

- *Introduction au droit*, 4<sup>ème</sup> éd°, Litec, Paris, 1996

**STEFANI G. LEVASSEUR G. BOULOC B.**

- *Procédure pénale*, 17<sup>ème</sup> éd°, Dalloz, Paris, 2000

**TERRE F.**

- *Introduction générale au droit*, 4<sup>ème</sup> éd°, Dalloz, Paris, 1998

**TERRE F. SIMLER PH. LEQUETTE Y.**

- *Droit civil, les obligations*, Dalloz, Paris, 7<sup>ème</sup> éd°, 1999

**VEDEL G.**

- *Droit administratif*, 5<sup>ème</sup> éd°, 1973

**VERON M.**

- *Droit pénal Spécial*, 7<sup>ème</sup> éd°, Armand Colin, Paris, 1999

**VILLEY M.**

- *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris, 1983

- *Réflexion sur la philosophie et le droit, les carnets*, PUF, Paris, 1995

**VINCENT J. GUINCHARD S.**

- *Procédure civile*, 25<sup>ème</sup> éd°, Dalloz, Paris, 1999

**VINCENT J. GUINCHARD S. MONTAGNIER G. VARINARS A.**

- *Institutions judiciaires – Organisation – Juridictions – Gens de justice*, 5<sup>ème</sup> éd°, 1999

**VIZIOZ H.**

- *Etudes de procédure*, éditions Bière, Bordeaux, 1956

**VON BERTALANFLY L.**

- *Théorie générale des systèmes*, Dunod, Paris, 1973

## II) Ouvrages spéciaux, thèses, monographies, rapports

**BEIGNIER B.**

- *L'honneur et le droit*, LGDJ, Paris, 1995

- *Les droits fondamentaux dans le procès civil*, Montchrestien, Paris, 1997

**BEKAERT H.**

- *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, éd° Bruylant, Bruxelles, 1972.

**BERGEL J.L.** (sous la direction de)

- Analogie et méthodologie juridique, *Les cahiers de méthodologie juridique*, RRJ 1995-4

**BIGNON J. SAUVADET F.**

- *L'insoutenable application de la loi*, rapport d'information de l'assemblée nationale, n°2172

**BONFILS PH.**

- *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, préface S. CIMAMONTI

**BORE J.**

- *La cassation en matière pénale*, LGDJ, Paris, 1985

- *La cassation en matière civile*, Dalloz, 1997

**CLIQUENNOIS M.** (sous la direction de)

- *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge français*, l'Harmattan, Paris, 1997

**COHEN-JONATHAN G.**

- *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 1996

**Commission « Justice pénale et droits de l'homme »**

- *La mise en état des affaires pénales, rapports*, La documentation française, Paris, 1991

**Commission de réforme du droit du Canada**

- *Notre procédure pénale. Rapport*, Ottawa, 1987.

**COULON J.M.**

- *Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport au garde des sceaux*, La documentation française, Paris, 1997

**COUTANT F.**

- *Essai d'une théorie générale des nullités en procédure civile, pénale et administrative*, thèse Aix-en-Provence, 1996

**D'AMBRA D.**

- *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le Droit et trancher les litiges*, LGDJ, Paris, 1994

**DE BECHILLON M.**

- *La notion de principe général de droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 1998

**DELICOSTOPOULOS Y.**

- *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Thèse, Paris II, 1999

**DELMAS-MARTY M.** (sous la direction de)

- *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'union européenne*, Paris, Economica, 1997

**DELMAS-MARTY M. LUCAS DE LEYSSAC C.**

- *Droits et libertés fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996

**DEVEZE J.**

- *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980

**DOST C.**

- *Collégialité et juge unique dans le droit judiciaire français*, thèse, Bordeaux, 1999

**DURIEUX F.**

- *Le double degré de juridiction appliqué à la peine, théorie et pratique d'une voie de recours à partir de l'étude de 6 mois d'arrêts de la Cour d'appel de Lyon*, Thèse, St Etienne, 1991

**FABRE M. GOURON-MAZEL A.**

- *Convention européenne des droits de l'homme, application par le juge français, 10 ans de jurisprudence*, Litec, Paris, 1998

**FRISON-ROCHE M.A.**

- *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, thèse, Paris II, 1988

**GENTOT M.**

- *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1991.

**GIUDICELLI-DELAGE G.**

- *La motivation des décisions de justice*, thèse, Poitiers, 1979

**GRIFFIN-COLLART E.**

- *L'égalité : égalité et Justice dans l'utilitarisme*, Vol 2, Bruxelles, 1974

**HAENEL H. ARTHUIS J.**

- *Justice sinistrée, démocratie en danger, rapport de la commission de contrôle du Sénat chargée d'examiner les modalités d'organisation et les conditions de fonctionnement des services relevant de l'autorité judiciaire*, Economica, Paris, 1991

**HARICHAUX M.**

- *La protection des libertés et droits corporels*, Montchrestien, Paris, 1995

**JAPIOT R.**

- *Des nullités en matière d'actes juridique*, thèse, Dijon, 1909

**JOSSERAND S.**

- *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, Paris, 1998, p. 592.

**MADIOT Y.**

- *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998

**MARIE-SCHWARTZEMBERG N.**

- *Libertés publiques et procès politique en URSS*, thèse, Paris 1, 1986
- *Le Droit retrouvé ? Essai sur les droits de l'homme en URSS*, Paris, PUF, 1989

**MIGUET J.**

- *Immutabilité et évolution du litige*, LGDJ, Paris, 1977

**MOLFESSIS N.**

- *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse, Paris 2, 1994

**MORVAN P.**

- *Le principe de droit privé*, éd° Panthéon – Assas, Paris, 1999

**MOTULSKY H.**

- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 1991

**OCQUETEAU F. PEREZ-DIAZ C.**

- *L'évolution des attitudes des français sur la justice pénale*, CESDIP, rapport n°54, 1988

**PARODI C.**

- *L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile*, Defrénois, Paris, 1976,

**PERUCCA B.**

- *L'impartialité de la justice pénale*, thèse, Nice, 1997

**PIN X.**

- *Le consentement en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 1999

**POLIN R. (sous la direction de)**

- *L'ordre public*, PUF, Paris, 1996

**REJET TH. (sous la coordination de)**

- *L'ordre public à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, Paris, 1996

**RIALS S.**

- *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980

**ROBERT PH. FAUGERON C.**

- *La justice et son public, les représentations sociales du système pénal*, collection Déviance et société, Paris, 1978

**ROETS D.**

- *Impartialité et justice pénale*, Cujas, Paris, 1997

**ROUSSEAU D.**

- *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, Montchrestien, Paris, 1998

**VIALA A.**

- *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1999

**WALSER M.**

- *Sphères de Justice, une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil, Paris, 1997

### III) Articles, chroniques, doctrine

#### **ALLEHAUT M.**

- Les droits de la défense, *Mélanges PATIN*, Cujas, Paris, 1965, p.455.

#### **AMSELEK P.**

- Brèves réflexions sur la notion de sources du droit, *APD 1982*, tome 27, p. 251.
- Le droit, technique de direction publique des conduites humaines, *Droits 1989*, n°10, p.7.

#### **ANCEL M.**

- La protection de la personne dans le procès pénal et les doctrines de la défense sociale, *RSC 1967*, p. 7.

#### **ANGEVIN H.**

- Incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur la procédure pénale française et plus spécialement sur celle de la Cour d'assises, *Droit pénal 1991*, n°7, chron., p. 3.
- De la motivation des décisions des juridictions comportant un jury, *Droit pénal 1996*, n°8-9.

#### **ARNAUD A.J.**

- Essai d'une définition stipulative du droit, *Droits 1989*, n°10, p. 11.

#### **ATIAS C.**

- Observations sur la notion de droit positif, *RRJ 1980*, p.44.
- Eléments pour une mythologie juridique de notre temps, *RRJ 1980*, p. 52.
- L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé, *JCP 1984*, I, 3145.
- La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique, *Dalloz 1997*, chron, p. 44.
- Présence de la tradition juridique, *RRJ 1997*, n°67, p. 387.
- Quelle procédure pénale pour quel droit ? *RIDP 1997*, p. 30.

#### **AUVRET P.**

- Le droit au respect de la présomption d'innocence, *JCP 1994*, I, 3802.

#### **BAILLY P.**

- La collégialité est-elle morte ? *Gaz. Pal. 1996*, 1, doct, p. 209

#### **BARANES W. FRISON-ROCHE M.A.**

- Le souci de l'effectivité du droit, *Dalloz 1996*, chron, p. 301.

#### **BARANES W. FRISON-ROCHE M.A. ROBERT J. H.**

- Pour le droit processuel, *Dalloz 1993*, chron., p. 9.

#### **BASTIT M.**

- Réflexions introductives sur le procès, *RRJ 1983*, p. 123.

#### **BAUDOUIN J.M.**

- La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ? Réflexions sur un exercice d'école, *RTD civ.*, 1992, p. 532.

#### **BEAUD O.**

- Pour une autre lecture de Ronald Dworkin, théoricien de la pratique juridique à propos de « prendre le droit au sérieux », *Droits 1997*, n°25, p. 135.

#### **BEGUIN J.**

- Peut-on remédier à la complexité croissante du droit ? *Mélanges Blaise*, Economica, Paris, 1995, p. 1.

#### **BEKES I.**

- Le rôle des principes généraux du droit dans le droit pénal, *Journées de la société de législation comparée 1980*, vol 2, p. 359.

#### **BELLAMY M.**

- Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès, *JCP 1973*, I, 2522.

#### **BENABENT A.**

- L'ordre public en droit de la famille, *in*, *L'ordre public à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, Paris, 1996, p. 27.

**BENCIMON M. BENABE O. HAROUIN  
P. NABOUDER-VOGEL P. PASSERA  
O.**

- Autorité de la chose jugée et immutabilité du litige, *Justices* 1997, n°5, p. 157.

**BENOIT-ROHMER F.**

- La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Dalloz* 2001, chron. p. 1483.

**BERGEL J.L.**

- Juridiction gracieuse et matière contentieuse, *Dalloz* 1983, chron., p. 165.
- Avants propos du colloque « les standards dans les divers systèmes juridiques », *RRJ* 1988, n°35, p. 805.

**BIANCARELLI J.**

- Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale, *RSC* 1987, p. 131.

**BLANC E.**

- Les principes généraux de la nouvelle procédure civile (étude analytique des « dispositions liminaires » du décret du 9 septembre 1971), *JCP* 1973, I, 2559.

**BLONDEL PH.**

- Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation – Rapport de synthèse, *JCP E* 1989 *Cahiers du droit de l'entreprise*, n°5, p. 16.

**BOCCARA B.**

- La procédure dans le désordre : le désert du contradictoire, *JCP* 1981, I, 3004.

**BOLARD G.**

- L'appel-nullité, *Dalloz* 1988, chron, p. 177.
- Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri MOTULSKY, *JCP* 1993, I, 3693.
- Les recours-nullité en procédure civile, *Justices* 1996, n°4, p. 119.
- Les jugements en l'état, *JCP* 1997, I, 4003.
- Les écritures qualificatives, *JCP* 2000, I, 214.

**BONCENNE J.**

- L'astreinte, *Gaz. Pal.* 1993, 1, doct, p. 276.

**BONFILS PH.**

- L'application par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence des dispositions générales du « nouveau » Code pénal, *Bulletin d'Aix* 1997-1, p. 160.

**BONICHOT J.C.**

- L'application de l'article 6§1 de la CEDH aux autorités de régulation : la position du Conseil d'Etat, *Petites affiches 11 mai* 2000, p. 3.

**BONNAN J.C.**

- Justice étatique et justice alternative, la stratification des institutions de règlement des litiges dans l'*anthropologie juridique* de N. Rouland, et dans les textes normatifs de l'Inde ancienne, *Droit et Cultures* 1990, n°19, p. 221.

**BORRICAND J.**

- Bilan du droit de l'extradition passive en France en matière politique, *RDPC*, 1987, p. 813

**BOULAN F.**

- La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges Larguier*, PUG, Grenoble, 1993, p. 21.

**BOULANGER J.**

- Principes généraux du droit et droit positif, *Mélanges Ripert*, tome 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 51.



**BOURDEAU B.**

- L'injonction pénale avortée : scolies sur une question de confiance, *ALD 1995*, p. 45.

**BOURDILLAT J.J.**

- La réforme des conclusions récapitulatives ou la quête du succès improbable, *Dalloz 2000*, chron., p. 427.

**BOUZAT P.**

- La loyauté dans la recherche de la preuve, *Mélanges Hugueney*, Sirey, Paris, 1964, p. 155.

**BREDIN J.D.**

- Le doute et l'intime conviction, *Droits 1996*, n°23.

**BRIMO A.**

- Les principes généraux du droit et les droits de l'homme, *APD 1983*, tome 28, p. 257.

**BROUILLAUD J.P.**

- Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées, *Dalloz 1996*, chron., p. 98.

**BRUN J.P.**

- La procédure pénale, dépasser le dilemme accusatoire – inquisitoire, *RRJ 1992*, n°49, p. 339.

**BUCH H.**

- La nature des principes généraux du droit, *RIDC 1962*, p. 55.
- A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs, *Mélanges Ganshof Van Der Meersch*, t 3, LGDJ, Paris, 1972, p. 417.

**BUISSON J.**

- La légalité dans l'administration de la preuve pénale, *Procédures 1998*, n°12, p. 3.
- Les limites de l'intime conviction du juge répressif, *Procédures 2000*, n°5, p. 3.

**BUREAU H.**

- La présomption d'innocence devant le juge civil, cinq ans d'application de l'article 9-1 du Code civil, *JCP 1998*, I, 166.

**BURGELIN J.F.**

- De la constitution de partie civile devant la Cour de justice de la République, *Dalloz 2000*, n°22, interview, p. IV.

**BURGELIN. J.F. COULON. J.M. FRISON-ROCHE. M.A.**

- Le juge des référés au regard des principes procéduraires, *Dalloz 1995*, chron, p. 67.

**CABRILLAC R.**

- Le symbolisme des codes, *Mélanges Terré*, PUF-Dalloz-Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 212.

**CADIET L.**

- Sur l'appel-nullité dans les procédures collectives, *Rev proc coll 1988*, n°1, p. 17.
- L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises, *Rev proc coll 1989*, n°3, p. 371.

- L'avènement du nouveau Code de procédure civile, in, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, la documentation françaises, Paris, 1998, p. 45.

- Premières vue sur le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile, *JCP 1999*, Actualités, p. 397

- Chronique de droit judiciaire privé, *JCP 1999*, I, 130, p. 727.

**CALAIS-AULOY M.TH.**

- De la recherche en droit (spécialement en ce qui concerne la légitimité du droit positif), *Dalloz 1999*, Actualités, p.1.

**CANIVET G.**

- Du principe d'efficience en droit judiciaire privé, *Mélanges Draï*, Dalloz, Paris, 2000, p. 243.

**CAPRIOLI E.**

- La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne, *JCP 2000*, I, 224

**CARATINI M.**

- Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile, *Gaz Pal 1981*, 2, chron, p. 405.

**CARTIER M.E.**

- Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale, *RGDP 1998*, p. 1.

- La judiciarisation de l'exécution des peines, *RSC 2001*, p. 87.

**CATALA P.**

- Ecriture électronique et actes juridiques, *Mélanges Cabrillac*, Litec-Dalloz, 1999, p. 91.

- A propos de l'ordre public, in *Mélanges DRAI*, Dalloz, Paris, 2000, p. 510.

**CATALA P. GAUTIER P.Y.**

- L'audace technologique de la Cour de cassation, vers la libération de la preuve contractuelle, *JCP 1998*, actualités, p. 905.

**CATALA P. GAUTIER P.Y. HUET J. DE LAMBERTERIE I. LINANT DE BELLEFONDS X.**

- L'introduction de la preuve électronique dans le Code civil, *JCP 1999*, I, p. 182.

**CATARINI M.**

- Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile, *Gaz Pal 1981*, II, chron, p. 405.

**CHAGNOLLAUD D.**

- La Cour de cassation confirme la supériorité de la Constitution sur les traités, *Dalloz 2000*, n°24, interview, p. V

**CHAMPEIL-DESPLATS V.**

- La notion de droit « fondamental » en droit constitutionnel français, *Dalloz 1995*, chron, p. 323.

**CHAMPY G.**

- Inquisitoire – accusatoire devant les juridictions pénales internationales, *RIDP 1997*, 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> trimestres, p.149.

**CHANTREAU A.**

- Fluctuation des valeurs et permanence de l'éthique ou le dialogue difficile entre le temps de la linéarité et celui de l'anamnèse, in, *Valeurs et changements sociaux*, l'Harmattan, Paris, 1993, p. 21.

**CHAPUS R.**

- De la soumission au droit des règlements autonomes, *Dalloz 1960*, chron, p. 119.

- De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, *Dalloz 1966*, chron, p. 99.

**CHAVANNE A.**

- Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, *RSC 1954*, p. 239.

- La protection de la personne dans le procès pénal en droit français, *RSC 1967*, p. 11.

**CHEVALLIER J.**

- Droit, ordre, institution, *Droits 1989*, n°10, p.19.

**CHOPIN F.**

- Compte rendu des tables rondes du colloque : accusatoire – inquisitoire, un écroulement des dogmes en procédure pénale ? *RIDP 1997*, p. 199.

**CIMAMONTI S.**

- L'ordre public et le droit pénal, in, *L'ordre public à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, Paris, 1996, p. 89.

**CINTURA P.**

- L'usage de la conception de l'équité par le juge administratif, *RIDC 1972*, p. 657.

**CLEMENT G.**

- L'appel voie de nullité en procédure pénale, *RSC 1990*, p. 260.

**COLLEYN J.P.**

- Valeurs et droit dans une société sans pouvoir politique univoque, *Droit et Culture* 1983, n°6, p. 23.

**COMBALDIEU R.**

- Le juge et la vérité, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1978, p. 315.

**COMMAILLE J.**

- La régulation des temporalités juridiques par le social et le politique, in *Temps et droit, le droit a-t-il vocation de durer ?* sous la direction de OST F. Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 317.

**COMMARET D.**

- La responsabilité déontologique des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil Supérieur de la Magistrature, (document internet), [http://www.enm.justice.fr/centre\\_de\\_re...s/responsabilite\\_du\\_juge/annexe\\_4.htm](http://www.enm.justice.fr/centre_de_re...s/responsabilite_du_juge/annexe_4.htm).

**CORNU G.**

- Le visible et l'invisible, *Droits* 1989, n°10, p. 27
- Le règne discret de l'analogie, *Mélanges Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 129
- Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions), *Mélanges Bellet*, Litec, Paris, 1991, p. 83.
- L'élaboration du nouveau Code de procédure civile in, *La Codification*, Dalloz, Paris, 1996, p. 71 ; *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 1995, n°16, p. 241.

**CORNU G. MOTULSKY H.**

- Les modifications apportées à la procédure de la mise en état des causes par le décret du 7 décembre 1967, *JCP* 1968, I, 2150.

**COTTA S.**

- Le problème de la vérité du jugement, *APD* 1994, t 39, p.219.

**COTTINO A. FISCHER M.G.**

- Pourquoi l'inégalité devant la loi ? *Déviance et société* 1996, n°3, p. 199.

**COUCHEZ G.**

- Production forcée de pièces, *Juris-Classeur, procédure*, 1999, fasc. 623, n°1, p. 2.

**COULON J. M.**

- Les évolutions possibles de la procédure civile, *Gaz Pal* 1996, 2, doct, p. 1000.
- Présentation du rapport et réflexions sur les réactions qu'il a suscitées, in, *La réforme de la procédure civile, autour du rapport Coulon*, Dalloz, Paris, 1997, p. 15.

**COURNARIE L. DUPOND P.**

- Introduction à la théorie de la Justice de Rawls, in *Penser la Justice*, édition MAFPEN, Toulouse, 1998, p. 371.

**COURTOIS G.**

- Le procès des droits de l'homme, *Droit et Culture* 1991, n°22, p. 153.

**COUTURE E.**

- Le procès comme institution, *RIDC* 1950, p. 276.

**COUV RAT P. GIUDICELLI-DELAGÉ G.**

- Rapport de synthèse du colloque « Une nouvelle procédure pénale ? », *RSC* 2001, p. 139

**CROCQ P.**

- Le droit à un tribunal impartial, in, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> ed°, 2000, p. 375

**D'ORS A.**

- Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges, *Droits* 1989, n°10, p. 51.

**DAGOT M.**

- La publicité de la justice et l'application des règles de fond accessoire au litige : diffamation et secrets, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1968, t16, fasc 1, p. 309.

**DANJAUME G.**

- Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale, *Dalloz 1996*, chron., p. 153.

#### **DANTI-JUAN M.**

- A propos du principe de l'égalité en droit pénal français, *RDPC 1985*, p. 217.
- L'égalité en procédure pénale, *RSC 1985*, p. 505.
- Les principes directeurs du droit pénal et le Conseil constitutionnel, *Travaux de l'institut de sciences criminelles du Poitiers*, « droit constitutionnel et droit pénal », 2000, Cujas.

#### **DAVID R.**

- La doctrine, la raison, l'équité, *RRJ 1986*, n°24, p. 159.

#### **DE BELVAL B.**

- Procédure et Commission des opérations de bourse à l'occasion du décret du 31 juillet 1997, *Procédure 1998*, n°1, p. 3.

#### **DE GOUTTES R.**

- Les principes de la Convention européenne ont bouleversé la manière de dire le droit en France, *Le Monde 29 juillet 1999*, p. 10.

#### **DEBBASCH O.**

- Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international, *Mélanges, Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 139.

#### **DELICOSTOPOULOS Y. S.**

- L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire national sur le fait et le droit, *Justices 1997*, n°6, p. 117.

#### **DELMAS MARTY M.**

- Pour des principes directeurs de législation pénale, *RSC 1985*, p. 225.
- Rapport introductif au cinquantenaire de la revue de sciences criminelles, *RSC 1987*, p. 25.
- Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989.
- La preuve pénale, *Droits 1996*, n°23, p. 53.

- Evolution du ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes, *Justices 1996*, n°3, p. 75.

- Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels), *in quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous la direction de TAVERNIER P. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 81.

- De la juste dénomination des droits de l'homme, *Droit et Culture 1998*, n°35, p. 101.

#### **DELVOLVE P.**

- Le nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'Etat, *Dalloz 1979*, chron., p. 281.

#### **DESDEVISES Y.**

- Action en justice, *Juris-Classeur, procédure*, 1996, Fasc. 126-1, n°7, p. 2.

#### **DESMONS E.**

- La preuve des faits dans la philosophie moderne, *Droits 1996*, n°23, p. 13.

#### **DEYGAS S.**

- La création du Code de justice administrative, *Procédures 2000*, n°6, p. 3.

#### **DIARRA E.**

- De l'Europe à l'Afrique : le modèle européen est-il exportable ? 1 La protection des droits de l'homme en Afrique et en Europe, convergences et divergences, *in Quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous la direction de TAVERNIER P. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 407.

#### **DORSNER-DOLIVET A. BONNEAU TH.**

- L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure, *Dalloz 1986*, chron., p. 59.

**DOUVRELEUR J. DOUVRELEUR O.**

- Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes, *Mélanges Robert (Jacques)*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 323.

**DRAGO G. MOLFESSIS N.**

- Chronique de justice constitutionnelle, *Justices 1997*, n°5, p. 241.

**DRAI P.**

- Allocution du 6 janvier 1992, *Rapport de la Cour de cassation*, 1991, p. 46.

**DUBOUCHET P.**

- Herméneutique et théorie normative du droit, *RRJ 1994*, n°58, p. 735.
- Herméneutique et théorie normative du droit, l'apport de l'existentialisme juridique, *RRJ 1995*, p. 189.
- Programme pour une théorie générale du droit, *RRJ 1996*, p. 335.

**DUFOUR A.**

- La théorie des sources du droit dans l'école du droit historique, *APD 1982*, t. 27, p. 85.

**DUFOUR O.**

- Article 6 de la CEDH : la COB revoit sa procédure de sanction, *Petites affiches 31 mars 2000*, p. 3.

**DUVERGER M.**

- Pour affermir l'Etat de droit, *Commentaire 1986-87*, n°36, p. 708.

**DWORKIN R.**

- La chaîne du droit, *Droit et société 1985*, n°1, p. 1985.

**EDELMAN B.**

- La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, *Dalloz 1997*, chron, p. 185.

**ESTOUP P.**

- Une institution oubliée, l'arbitrage judiciaire, *Gaz. Pal. 1986*, 2, chron., p. 620

- L'offre judiciaire d'amiable composition et de conciliation après clôture des débats, *Dalloz 1987*, chron., p. 269.

**FABRE M.**

- Le droit à un procès équitable, étude de la jurisprudence sur l'application de l'article 6§1 de la Convention EDH, *JCP 1998*, I, 157.

**FADLALLAH I.**

- Nouveau recul de la révision au fond : motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales, *Gaz. Pal. 1<sup>er</sup> et 2 décembre 2000*, p. 5.

**FAVOREU L.**

- La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 169.

**FAVOREU L. GAÏA P. LABAYLE H.**

- Trois points de vue sur l'affaire *Koné*, *RFDA*, 1996, p. 882 et suiv.

**FLAUSS J.F.**

- Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme, *RGDP 1998*, p. 219.
- L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales, *Gaz. Pal. 1986*, 2, doct., p. 407.

**FONTBRESSIN P.**

- Au-delà des approches institutionnelles, le juge européen, un philosophe de l'action, *JCP 1997*, I, 4049.

**FORTIER V.**

- La fonction normative des notions floues, *RRJ 1991*, n°46, p. 769.

**FOSSIER TH.**

- Droits de la défense et personnes vulnérables, *RSC 1998*, p. 57.

**FRICERO N.**

- La caducité, *Juris.-Classeur*, fasc 680, n°3.

**FRICERO N. PERROT R.**

- Autorité de la chose jugée, *Juris-Classeur, procédure*, fasc. 554, 1996, n°184, p. 33.

**FRISON-ROCHE M.A.**

- 2+1 = la procédure, *in, La Justice, l'obligation impossible*, éditions Autrement, Paris, 1994, p. 193.
- L'année où la justice s'est installée à la télévision, *JCP 1996*, numéro spécial « les dossiers de la semaine juridique », p. 24.
- La procédure injuste, *in, De l'injuste au juste*, Dalloz, Paris, 1996, p. 77.
- Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice, *JCP 1997*, I, 4051.
- Les offices du juge, *Mélanges Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 463.
- Le juge et son objet, *Mélanges Mouly*, t 1, Litec, Paris, 1998, p. 21.
- Incident de procédure, obligation de concourir à la manifestation de la vérité, *Juris-Classeur procédure*, 1999, fasc. 620, n°6, p. 3.
- La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée, *JCP 1999*, I, 174.
- Les droits de la défense en matière pénale, *in, Libertés et droits fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd°, Dalloz, Paris, 2000, p. 439.

**GARAPON A.**

- Prendre la justice au sérieux, *Projet 1997*, n°252, p. 95.
- Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des sceaux par J.M. COULON sur la réforme de la procédure civile, *Dalloz 1997*, chron., p. 69.
- Les responsabilités des juges, (document internet), [http://www.enm.justice.fr/centre\\_de\\_re...e\\_s/responsabilite\\_du\\_juge/annexe\\_3.htm](http://www.enm.justice.fr/centre_de_re...e_s/responsabilite_du_juge/annexe_3.htm).

**GASSIN R.**

- Lois spéciales et droit commun, *Dalloz 1961*, chron., p. 91.
- Système et droit, *RRJ 1981*, p. 353.

- L'audience et le jugement, *in La procédure pénale, bilan des réformes depuis 1993*, Dalloz, Paris, 1995, p. 105.

**GAUTIER P.Y. LINANT DE BELLEFONDS X.**

- De l'écrit électronique et des signatures qui s'y rattachent, *JCP 2000*, I, 236

**GENEVOIS B.**

- Les principes généraux du droit (aspect de droit administratif), *journées de la société de législation comparée 1980*, vol 2, p. 279.

**GERARD PH.**

- Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, *Déviante et société 1988*, vol 12, n°1, p. 75.

**GERBAY PH.**

- Les effets de l'appel voie d'annulation, *Dalloz 1993*, chron, p. 143.

**GHIRARDI O. A.**

- Quelques réflexions sur une loi logique qui régit l'évolution des concepts juridiques fondamentaux, *RRJ 1985*, n°23, p. 723.

**GILLET J.L.**

- le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée, *Gaz Pal 1996*, 2, doct, p. 996.

**GIUDICELLI A.**

- L'indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées, *RSC 1998*, p. 11.

**GIVERDON C.**

- Appel - Appel-nullité, *Juris-Classeur*, fasc. 717-3, p. 2.

**GOYARD-FABRE S.**

- Les sources du droit et la révolution copernicienne : quelques réflexions sur Kant et Rousseau, *APD 1982*, tome 27, p. 247.
- Le procès révélateur, *RRJ 1983*, p. 143.

**GRIDEL J.P.**

- Les juridictions de l'ordre judiciaire et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, *RRJ* 1985, p. 395.

**GUASTINI R.**

- Théorie et Ontologie du droit chez DWORKIN, *Droit et Société* 1986, n° 15, p. 15.

**GUERY CH.**

- Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire, *JCP* 1998, I, 140, p. 1031.

**GUIGOU E.**

- Extrait du discours de présentation des propositions du gouvernement pour renforcer l'indépendance et l'impartialité de la justice, *JCP* 1998, actualités, p. 165.
- Discours de Madame le Garde des Sceaux devant le sénat, 30 mai 2000, (document internet), <http://www.justice.gouv.fr/discours/d300500.htm>.

**GUINCHARD S.**

- Le second degré de juridiction en matière civile, aujourd'hui et demain, *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 1004.
- L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile, *Petites affiches* 1999, n°72, p. 4.
- L'ambition d'une justice rénovée : commentaire du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998, *Daloz* 1999, chron., p. 65.
- Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ? La responsabilité civile, in *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité*, colloque Aix-en-Provence, mai 2000, PUAM, (à paraître).
- Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile, *Mélanges Draï*, Dalloz, Paris, 2000, p. 355.

**GUYON G.**

- Utopie religieuse et procès pénal : l'héritage historique 5<sup>ème</sup>-15<sup>ème</sup> siècle, *APD* 1994, t 39, p. 105.

**HAARSCHER G.**

- Après Perelman, *Justice et argumentation, essai à la mémoire de Chaim Perelman*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1986, p. 223.

**HABA E.P.**

- Logique et idéologie dans la théorie des sources, *APD* 1982, tome 27, p. 235.

**HAMMJE P.**

- Droits fondamentaux et ordre public, *Rev. Crit. DIP* 1997, p. 1.

**HEBRAUD P.**

- Le juge et la jurisprudence, *Mélanges Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.
- La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1978, p. 379.

**HERCZEGH G.**

- Le rôle des principes généraux du droit dans le droit international public,  *Journées de la société de législation comparée* 1980, n°2, p. 271.

**HERON J.**

- Le particularisme procédural du contentieux de la concurrence, *Justices* 1997, n°6, p. 199.

**HILLAIRE J.**

- Un peu d'histoire, *Justices* 1996, n°4, p. 9

**HUBAC S. PISIER E.**

- Les autorités face aux pouvoirs, in, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988, p. 117.

**HUET J.**

- Vers la consécration de la preuve et de la signature électronique, *Dalloz 2000*, chron. p. 95

**HUNOUT P.**

- Droit et Culture, un couple fondamental ? Vers une anthropologie des décisions judiciaires, *Droit et Cultures 1986*, n° 12, p. 71.

**HUSSON L.**

- Echange de vues, in, *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie J. Vrin, Paris, 1973, p. 291.

**HUYETTE M.**

- Le contradictoire en assistance éducative : l'indispensable réforme de l'article 1187 du nouveau Code de procédure civile, *Dalloz 1998*, chron., p. 218.
- La contradiction et la procédure d'assistance éducative. Quelle réforme du nouveau Code de procédure civile ? *Dalloz 2001*, Point de vue, p. 1803.

**INTZESSILOGLOU N.**

- Espace-temps et champs de relativité juridiques dans la galaxie du système ouvert, in *Temps et droit le droit a-t-il vocation de durer ?*, sous la direction de OST F. Bruylant, Bruxelles, 1998, p.271.

**JEANDIDIER W.**

- La juridiction collégiale d'instruction du premier degré, *Mélanges Vitu*, Cujas, 1989, p. 263

**JEANNEAU B.**

- La nature des principes généraux du droit en droit français, *Travaux de l'institut de droit comparé de l'université de Paris*, Tome 23, 1962, p. 208.

**JEAN-PIERRE D.****MELIN-SOUCRAMANIEN F.**

- Le principe de l'égalité des armes, *RRJ 1993*, n°53, p. 511.

**JESTAZ PH.**

- L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature, *RTD civ. 1983*, p. 233.
- La jurisprudence : réflexion sur un malentendu, *Dalloz 1987*, chron. P. 11.
- Sources délicieuses... (remarques en cascades sur les sources du droit), *RTD Civ. 1993*, p. 73

**KAYSER P.**

- Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois, *Mélanges Raynaud*, Dalloz- Sirey, 1985, Paris, p.329.
- Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire, *RRJ 1998*, p. 387.

**KERBAOL G.**

- Tableau comparatif des régimes de responsabilité des magistrats dans les magistratures occidentales, (document internet), [http://www.enm.justice.fr/centre\\_de\\_re...s/responsabilite\\_du\\_juge/annexe\\_14.htm](http://www.enm.justice.fr/centre_de_re...s/responsabilite_du_juge/annexe_14.htm).

**KIEJMAN G.**

- Les présomptions de fait de culpabilité et la présomption légale d'innocence, *Déviance, travaux de l'institut de criminologie de Paris*, 1976, p. 14.

**KITAMURA I.**

- L'avenir de la justice conciliatoire, *Mélanges Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 801.

**KOERING-JOULIN R.**

- De l'art de faire l'économie d'une loi, *Dalloz 1990*, chr., p. 187.
- La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *RSC 1990*, p. 765.



**LAGARDE X.**

- Vérité et légitimité dans le droit de la preuve, *Droits 1996*, n°23, p. 31.

**LALOU H.**

- Le Code de procédure civile et la procédure pénale, *Dalloz 1951*, chron., p. 33.

**LAMBERT P.**

- De la participation du ministère public au délibéré de la Cour de cassation... à l'erreur de menuiserie, *JT 1992*, p. 161.

**LAMBERT R.**

- Vérité et Justice, in, *L'amour des lois*, Presses universitaires de Laval, l'Harmattan, Paris, 1996, p. 441.

**LARGUIER J.**

- Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, *Mélanges Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 287.

**LE BARS TH.**

- La théorie du fait constant, *JCP 1999*, I, 178.

**LE FRIANT M.**

- L'accès à la justice, in, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 1999, 5<sup>ème</sup> éd°, p. 357.

**LE GUNEHCE F.**

- Commentaires des dispositions de la loi du 8 février 1995 : réformatives, réformes d'ampleur et occasions manquées, deuxième partie : la procédure de jugement, *JCP 1995*, I, 3864.
- Aperçu rapide de la loi du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, *JCP 1997*, actualités, 22/01/97.
- Présentation de la loi n°99-515 du 23 juin 1999 : dispositions relatives aux alternatives aux poursuites, *JCP 1999*, actualités, p. 1325.
- Présentation de la loi n°99-515 du 23 juin 1999 : dispositions renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JCP 1999*, actualités p. 1393.

- Aperçu rapide de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ; Première partie : dispositions communes à l'enquête et à l'instruction, *JCP 2000*, actualité, p. 1223 ;

- Aperçu rapide de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Deuxième partie : dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction, *JCP 2000*, actualité, p. 1299

- Aperçu rapide de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Troisième partie : dispositions concernant la phase de jugement, *JCP 2000*, actualité, p. 1351

- Aperçu rapide de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Quatrième partie et dernière partie : dispositions concernant l'application des peines et l'après-jugement, *JCP 2000*, actualité, p. 1407.

- Aperçu rapide de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, *JCP 2000*, p. 1587.

- Les deux étapes de la juridictionnalisation de l'application des peines, commentaire DD. 13 et 30 décembre 2000 relatifs à l'application des peines, et de certaines dispositions de L. 30 décembre 2000, *JCP 2001*, actualités, p. 173

**LE ROY E.**

- Les fondements anthropologiques des droits de l'homme, *RRJ 1992*, p. 139.

**LEAUTE J.**

- Les principes généraux relatifs aux droits de la défense, *RSC 1953*, p. 47.

**LEBEN. CH.**

- Le Droit, quelque chose qui n'est pas étranger à la Justice, *Droits 1990*, n°11, p. 35.

**LEBLOIS-HAPPE J.**

- De la transaction pénale à la composition pénale, *JCP 2000*, I, 198.

**LEBORGNE A.**

- L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, *RTD civ.* 1996, p. 535

**LECLERC H.**

- Les limites à la liberté de la preuve, aspects actuels en France, *RSC* 1992, p. 16.
- La procédure française de contumace et la Convention européenne des droits de l'homme, *Dalloz* 2001, interview, p. 935.

**LEMEE J.**

- La règle « pas de nullité sans grief » depuis le nouveau Code de procédure civile, *RTD civ.* 1982, p. 55.

**LEMONDE M.**

- L'appel en matière criminelle, *Justices* 1996, n°4, p. 85

**LESCLOUS V. MARSAT C.**

- Chronique des parquets et de l'instruction, *Droit pénal*, 1995, n°12, p. 2.
- Enquête filmée : nullité, *Droit pénal* 1996, n°12, p. 6.
- L'existence d'une nullité est-elle soumise à l'exigence d'un grief ? *Droit pénal* 1997, n°3, p. 7.

**LOBIN Y.**

- La notion de grief dans les nullités des actes de procédure, *Mélanges Vincent*, Dalloz, Paris, 1981, p. 233.

**LOMBOIS C.**

- *RSC*, 1984, p. 804

**LOUIS-LUCAS P.**

- Vérité matérielle et vérité juridique, *Mélanges Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 405.

**LOUSSOUARN.**

- Les voies de recours dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, *Rev. Arb.* 1980, p. 682.

**MAGNIER V.,**

- La notion de justice impartiale à la suite de l'arrêt Oury, *JCP* 2000, I, 252

**MAISTRE DU CHAMBON P.**

- La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence, *JCP* 1989, I, 3422.

**MARCUS-HELMONS S.**

- La présence du ministère public au délibéré de la Cour de cassation ou l'affaire *Borgers*, *Mélanges Velu*, édition Bruylant, Bruxelles, 1992, t3, p. 1379

**MARON A.**

- La détention nouvelle est arrivée, *Droit pénal* 1998, n°1, p. 4.

**MARON A. ROBERT J.H. VERON M.**

- Chronique de droit pénal et procédure pénale, *JCP* 2000, I, 207.

**MARTEAU-PETIT M.**

- Les voies de recours prétorienne en procédure civile, *RRJ* 1999, p. 703.

**MARTIN R.**

- La crise du contradictoire entre juge et avocat, *Gaz Pal* 1978, II, doct, p. 419.
- Sur l'unité des ordres de juridiction, *RTD civ.* 1996, p. 109.
- L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, *Dalloz* 1996, chron., p. 20.
- Une nouvelle perspective sur la procédure civile, après le rapport de Monsieur le président Jean-Marie COULON, *JCP* 1997, actualités, (19/02/97).

- Conclusions qualificatives, recherche d'une sanction, *Procédures 1998*, n°2 ; Chron, p. 3.
- Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, *JCP 1999*, actualités, p. 121
- La justice en faute lourde ou simple, *Procédures 2001*, n°4, p. 4.

**MARTIN R. MAS D.**

- *Juris-classeur procédure*, fasc 705, Voies de recours – dispositions communes

**MATHIEU B.**

- Pour une reconnaissance de « principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz 1995*, chron., p. 211.
- La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? *Dalloz 1996*, chron., p. 282.

**MATHIEU B. et VERPEAUX M.**

- Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *JCP 1997*, I, 4023
- Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *JCP 1997*, I, 4066.
- La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge : la contribution de l'arrêt *Koné* du Conseil d'Etat à l'analyse de la hiérarchie des normes en matière de droits fondamentaux, *Dalloz 1997*, chron, p. 219.

**MAYAUD Y.**

- Chronique de justice pénale, *Justices 1995*, n°1, p. 262.

**MAYER D.**

- L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France, *RSC 1988*, p. 439.
- L'information du public par la presse sur les affaires en cours d'instruction, *Dalloz 1995*, chron, p. 80.

**MENABE J.P.**

- Premières réflexions sur les dispositions de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation judiciaire, *ALD 1995*, p. 41.

**MERLE R.**

- Lignes directrices pour une harmonisation européenne en matière pénale, *RSC 1987*, p. 183.
- Le secret et la procédure en droit français, *Mélanges Merle*, Cujas, Paris, 1993, p. 149.

**MESCHERIAKOFF A.S.**

- La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, *AJDA 1976*, doct, p. 596.

**MEUNIER J-L.**

- Un gadget incertain et pervers : la systématisation des conclusions récapitulatives, *Gaz Pal 1999*, 1, doct, p.4.

**MEURISSE R.**

- Réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation, *Gaz. Pal. 1964*, 2, doct, p. 102.

**MIAILLE M.**

- Définir le droit, *Droits 1990*, n°11, p. 41.

**MIATTI F.**

- La « *Due process ou law* » américaine : quelle traduction française ? *RRJ 1997*, p. 683.

**MICHAUT F.**

- Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin, *Droits 1990*, n°11, p. 107.

**MINATI G.**

- Introduction à la systémique, (document internet), <http://www.afcet.org/public/pp.g...archives/g.minati/intro.minati.04.>

**MODERNE F.**

- Légitimité des principes généraux et théorie du droit, *RFDA 1999*, p. 722.

**MOLFESSIS N.**

- Le double degré de juridiction - La protection constitutionnelle, *Justices 1996*, n°4, p. 17.
- La procédure civile et le droit constitutionnel, in, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, Paris, 1998, p. 245

**MONIN M.**

- 1989 : réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes, *Dalloz 1990*, chron, p. 27.

**MONTANARI B.**

- La faute et l'accusation : réflexions sur la vérité dans le procès, *RIDP 1997*, p. 43.

**MORANGE G.**

- Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit, *RDP 1977*, p. 761.

**MOTULSKY H.**

- Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges Roubier*, Dalloz – Sirey, Paris, 1961, t2, p. 175 ; *Ecrits*, t1, Dalloz, Paris, 1973, p. 60.
- La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, *JCP 1966*, I, 1996.
- Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *Dalloz 1972*, chron., p. 91.

**MOUTOUH H. MONTAGNE-MOUTOUH I.**

- Une réforme attendue : la responsabilité des magistrats, *Dalloz 2000*, n°8, point de vue, p. V.

**MUIR WATT.**

- Effets en France des décisions étrangères, *Juris-Classeur procédure*, fasc. 124-10, p. 3.

**NATAF PH. LIGHTBURN J.**

- La loi portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information, *JCP E 2000*, étude, p. 836

**NAVARO J.S.**

- Standards et règles de droit, *RRJ 1988*, n°35, p. 834.

**NDIAYE B.**

- De l'Europe à l'Afrique : le modèle européen est-il exportable ? 2 Modèle européen ou universalité des droits de l'homme ? in *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous la direction de TAVERNIER P. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 439.

**NERAC PH.**

- Les garanties d'impartialité du juge répressif, *JCP 1978*, I, 2890.

**NIORT J. F.**

- Formes et limites du positivisme juridique, *RRJ 1993*, p. 157.

**NORMAND J.**

- le juge judiciaire, gardien non-exclusif des libertés. Le cas des étrangers, *RTD civ. 1996*, p. 235.

**NOTTE G.**

- La directive 2000/31/C.E. du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, *JCP 2000*, n°38, actualités, p. 1687.

**OPPETIT B.**

- Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation, *JCP E. 1989*, cahiers du droit de l'entreprise, n°5, p. 12.
- De la codification, *Dalloz 1996*, chron., p. 33.

**ORIANNE P.**

- Les standards et les pouvoirs du juge, *RRJ 1988*, n°35, p. 1038.

**OST F.**

- L'instantané ou l'institué ? l'institué ou l'instituant ? le droit a-t-il vocation de durer ? in *Temps et droit le droit a-t-il vocation de durer ?*, sous la direction de OST F. Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 7.

**OST F. VAN DE KERCHOVE M.**

- « Juris-dictio » et définition du droit, *Droits* 1989, n°10, p. 53.

**OURLIAC P.**

- La puissance de juger, le poids de l'histoire, *Droits* 1989, n°9, p. 21.

**PALLARD H.**

- La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique, *RRJ* 1988, n°32, p. 211.

**PATARIN J.**

- Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la direction de STEFANI G. Dalloz, Paris, 1956, p. 7.

**PATTARO E.**

- Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique, *RRJ* 1988, n°35, p. 814.

**PECES-BARBA MARTINEZ G.**

- Une définition normative du droit, *Droits* 1990, n°11, p. 51.

**PEDROT PH.**

- Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd°, 2000, p. 477.

**PEPY A.**

- *Encyclopédie Dalloz*, Lois et décrets, n°113.

**PERDRIAU A.**

- Les droits de la défense devant les chambres civiles de la Cour de cassation, *JCP* 1993, I, 3650.
- Pour une limitation des « appels-nullité », *Gaz Pal* 1996, 1, doct, p. 204.
- Contrôle formel de la procédure, *Juris-classeur, procédure*, fasc. n°791, p. 1.

**PERELMAN CH.**

- Intervention in, *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie J. Vrin, Paris, 1973, p. 289.
- Ontologies juridiques et sources du droit, *APD* 1982, t 27, p. 23.

**PERROT R.**

- Le principe de la publicité dans la procédure civile, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1968, t16, fasc 1, p. 271.
- Le rôle du juge dans la société moderne, *Gaz Pal* 1977, 1, doct, p. 91.
- Le juge unique en droit français, *RIDC* 1977, p. 659.
- Le silence en droit judiciaire privé, *Mélanges Raynaud*, Dalloz – Sirey, Paris, 1985, p. 627.
- Brèves réflexions sur le rapport de J-M COULON, *Procédures* 1997, n°4, p. 4

**PETEV V.**

- Standards et principes généraux du droit, *RRJ* 1988, n°35, p. 826.
- Une conception socio-axiologique du droit, *Droits* 1989, n°10, p.69.
- Jugement juridique et jugement moral, *APD* 1994, t 39, p. 211.
- Temps et transmutation des valeurs en droit, in *Temps et droit le droit a-t-il vocation de durer ?*, sous la direction de OST F. Bruylant, Bruxelles, 1998, p.171.

**PETTITI L.E.**

- Les principes généraux du droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme, *RSC* 1987, p. 167.

**PFERSMANN O.**

- Carré de Malberg et la « hiérarchie des normes », *RFDC* 1997, n°31, p. 481.

**PHILIPPE X.**

- La liberté d'aller et de venir, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 6<sup>ème</sup> éd°, 2000 p. 263.

**PLANTEY A.**

- Définition et principes de l'ordre public, in, *L'ordre public*, PUF, Paris, 1996, p. 27.

**PLUYETTE G. CHAUVIN P.**

- Responsabilité du service de la justice et des magistrats, *Juris-Classeur*, 1993, fasc. 74.

**POIRAT F.**

- La doctrine des « droits fondamentaux » de l'Etat, *Droits* 1992, n°16, p. 83.

**PONSARD A.**

- Rapport français, in *La vérité et le droit, Travaux de l'association Capitant* 1987, t. 38, p. 529.

**PRADEL J.**

- La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français, *RSC* 1990, p. 692.
- Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme, *Dalloz* 1990, chron., p. 15.
- Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes, *Mélanges Levasseur*, Litec, Paris, 1992, p. 459.
- Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, *Dalloz* 1992, chr., p. 40.
- La rapidité de l'instance pénale, aspects de droit comparé, *RPDP* 1995, p. 213.
- D'une loi avortée à un nouveau projet sur l'injonction pénale, *Dalloz* 1995, chron., p. 171.
- La procédure de jugement applicable devant la Cour de justice de la République. Un mode d'emploi à préciser, *Dalloz* 1996, chron., p. 1.
- Inquisitoire – Accusatoire, une redoutable complexité, *RIDP* 1997, 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> trimestres, p. 213.
- Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan, *Dalloz* 1997, chron., p. 375.
- Une consécration du « plea-bargaining » à la française : la composition pénale instituée par la loi n°99-515 du 23 juin 1999, *Dalloz* 1999, chron., p. 379
- Encore une tornade sur la procédure pénale, *Dalloz* 2000, n°26, point de vue, p. V.

- De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels, *Dalloz* 2000, n°29, point de vue, p. V.

**PRALUS M.**

- A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne de l'un des aspects de *non bis* ? *APD* 1996, n°18, p. 37.

**PUECH M.**

- Les principes généraux du droit (aspect pénal), *Journée de la société de législation comparée*, 1980, vol 2, p. 337.

**PUTMAN E.**

- Cinq questions sur les nullités en procédure civile, *Justices* 1995, n°2, p. 193.
- Rapport de thèse : collégialité et juge unique dans le droit judiciaire français, *RTD civ.* 2000, p. 216.

**RAMBAUD P.**

- in, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, sous la direction de GOYARD-FABRE S. et SEVE R. 2<sup>ème</sup> éd°, Paris, PUF, 1993.

**RASSAT M. L.**

- La réforme de la procédure pénale en France, le « rapport Rassat », *RICPT* 1997, p. 259.

**REBUT D.**

- Réformer la responsabilité des élus. Le point de vue du pénaliste, *Justices* 2000, n°2, p. 135.

**RENAUT A.**

- L'idée contemporaine du droit, *Droits* 1989, n°10, p.73.

**RENOUX TH.**

- Le droit au recours juridictionnel, *JCP* 1993, I, 3675.

**RENUCCI J.F.**

- Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'homme, *Dalloz* 2000, chron., p. 655.

**RIALS S.**

- La fonction de juger, l'office du juge, *Droits* 1989, n°9, p. 3.

**RICHERT J.P.**

- La procédure du plea-bargaining en droit américain, *RSC 1975*, p. 375.

**RIVERO J.**

- Le juge administratif français, un juge qui gouverne ? *Dalloz 1951*, Chron, p. 21.
- Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie juridique ? *Dalloz 1972*, chron p. 265.

**ROBERT J.**

- La loi du 29 décembre 1972 et l'évolution du droit pénal, *JCP 1973*, I, 2525 ;

**RODIERE R.**

- Les principes généraux du droit privé français, *Journées de la société de législation comparée 1980*, vol. 2, p. 309.

**RODRIGUEZ Y.**

- La Cour de cassation et le contrôle de l'avis de la chambre d'accusation en matière d'extradition, *Dalloz*, 1984, chr, p. 223

**ROMNICIANU M.**

- Détention provisoire et ordre public, *JCP 1975*, I, 2744.

**RONDEAU-RIVIER M.C.**

- Arbitrage – la décision arbitrale, *Juris-Classeur*, fasc. 1046, p. 4.

**ROSSI H.**

- De l'association du juge de l'application des peines à la juridiction de jugement, *JCP 1964*, I, 1833.

**ROUBIER P.**

- L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, *Mélanges Ripert*, tome 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 9.

**ROUETTE G.**

- L'ordre juridique processuel, réflexions sur le droit du procès, *Mélanges Raynaud*, Dalloz – Sirey, Paris, 1985, p 687.
- Brèves remarques sur l'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *Justices 1997*, n°7, p. 63.

**ROUJOU DE BOUBEE G. DE LAMY B. A.**

- propos de la création en procédure pénale d'un pourvoi dans l'intérêt des droits de l'homme, *Dalloz 2000*, Point de vue, n°10, p. V.

**ROULAND N.**

- Penser le droit, *Droits 1989*, n°10, p. 77.
- Les utilisations de la notion de droits de l'homme dans le nouvel ordre international, *RRJ 1992*, n°48, p. 133.

**RUELLAN F.**

- Les modes alternatifs de résolution des conflits, pour une justice plurielle dans le respect du droit, *JCP 1999*, I, 135.

**SABOURIN P.**

- Les autorités administratives indépendantes dans l'Etat, *in, Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988, p. 93

**SAILLARD J.P. MORENO D.**

- La réforme du droit de la preuve et les nouvelles technologies, position du CCI de Paris, *JCP 2000*, actualité, p. 55

**SAINTE-ROSE J. MUCCHIELLI P.**

- Le contrôle du juge judiciaire sur la rétention administrative, *Gaz. Pal.* 1996, 2, doct., p. 989

**SAINT-JAMES V.**

- Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, *Dalloz*, 1997, chron., p. 61.

**SALAS D.**

- Etat et droit pénal, le droit pénal entre « Thémis » et « Diké », *Droits* 1992, n°15, p. 77.
- Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité, *Justices* 1995, n°2, p. 181.

**SALOMON R.**

- Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière, conformité aux garanties fondamentales, *JCP* 2000, I, 264.

**SAMPER CH.**

- Argumentaire pour l'application de la systémique au droit, *APD* 1999, t. 43, p. 327.

**SANTA-CROCE M.**

- Le droit, l'honnête homme et l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile, *Dalloz* 1997, chron., p. 239.

**SARGOS P.**

- Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les gardes fous des excès du droit, *JCP* 2001, I, 306.

**SAVATIER R.**

- Droit privé et droit public, *Dalloz* 1946, chron., p. 25.

**SCHAERER R.**

- Droit morale et axiologie, in *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie J. Vrin, Paris, 1973.

**SERIAUX A.**

- Les enjeux de l'activité de *juristicatio*, *RRJ* 1998, p. 445.

**SEVE R.**

- Introduction, *APD* 1986, Le système juridique, t. 31, p. 1.
- La juste diversité des définitions du droit, *Droits* 1989, n°10, p.89.

**SILVESTRE C.**

- Le principe du contradictoire en procédure pénale, *RRJ* 1993, n°54, p. 913.
- Le principe de célérité en procédure pénale française, *RRJ* 1996, n°64, p. 145.

**SOINNE B.**

- Le recours nullité dans le cadre des procédures collectives, *Gaz Pal* 1987, 2, doct, p. 695.

**SOLUS H.**

- Les réformes de la procédure civile, étapes franchies et vues d'avenir, *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, p. 193.

**SOURIOUX J.L.**

- Les sources du droit en droit privé, *APD* 1982, p. 33.

**STORME M.**

- Le droit judiciaire *De divesitate unitas ?* *Justices* 1997, n°7, p. 69.

**SUDRE F.**

- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP* 1996, I, 3910.
- Existe-t-il un ordre public européen ? *in quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous la direction de TAVERNIER P. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39.
- La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam, vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? *JCP* 1998, I, 100.



**TAVERNIER P.**

- Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Les communications individuelles, *RTDH* 1996, n°25, p. 3.

**THERY PH.**

- Les finalités du droit de la preuve en droit privé, *Droits* 1996, n°23, p. 41.

**THOMAS L.V.**

- En découdre avec les valeurs, in *Valeurs et changements sociaux*, l'Harmattan, Paris, 1993, p. 9.

**TIMSIT G.**

- Pour une nouvelle définition de la norme, *Dalloz* 1988, chr, p. 267.

**TRICAUD F.**

- Le procès de la procédure criminelle à l'âge des lumières, *APD* 1994, t 39, p. 161.

**TROPER M.**

- Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon DWORKIN, *Droit et société* 1986, p. 41
- Système juridique et Etat, *APD* 1986, t 31, p. 29.
- Pour une définition stipulative du droit, *Droits* 1989, n°10, p. 101.

**TURLAN J.M.**

- Principe. Jalons pour l'histoire d'un mot, in *La responsabilité à travers les âges*, Economica, Paris, 1989, p. 115

**VAN DE KERCHOVE M.**

- La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme, *RSC* 1992, p. 1. Spécialement p. 4, note 21.

**VANDERLINDEN J.**

- Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse, *RTD Civ.* 1995, p. 69.

**VANDERVORST A.**

- Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme, *RRJ* 1998, p. 1009.

**VERBAERE C.**

- Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention, *RRJ* 1999, p. 685.

**VERDIER R.**

- Signes de vérité et d'innocence, gages de certitude et de conviction : les rituels probatoires dans les sociétés de tradition orale, *Droits* 1996, n°23, p. 91.

**VERGES J.**

- Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire, *Mélanges Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 113.

**VERON M.**

- La responsabilité pénale du directeur de la publication . Infractions de presse et infractions par voie de presse, *Droit pénal* 1996, n°2, chron., p. 1.

**VETÖ M.**

- Le procès dans la philosophie du droit de Hegel, *RRJ* 1983, p. 409.

**VIALA A.**

- L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°6, p. 87.

**VILLACEQUE J.**

- Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques, *Dalloz* 1995, juris., p. 317.

**VINCENT J.**

- La procédure civile et l'ordre public, *Mélanges Roubier*, t2, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, p. 303.
- Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile, *Dalloz* 1973, chron., p. 179.
- Droit, morale et axiologie, in, *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairie J. Vrin, Paris, 1973, p. 263.

**VISSER'T HOOFT H. PH.**

- Pour une mise en valeur non positive, de la positivité du droit, *Droits*, 1989, n°10, p. 105.

**VITU A.**

- Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile, *Mélanges Voirin*, LGDJ, Paris, 1967, p. 812.
- Le principe de la publicité dans la procédure pénale, *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1968, t. 16, fasc. 1 ; p. 293.
- Lignes directrices pour une harmonisation européenne en matière pénale, *RSC* 1987, p. 183.

**WACHSMANN P.**

- La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RSC* 1988, p. 1.

**WALD A.**

- Rapport général in, *La vérité et le droit*, *Travaux de l'association Capitant*, T 38, 1987, p. 529.

**WIEDERKEHR G.**

- Le principe du contradictoire, *Dalloz* 1974, chron, p. 95
- Droits de la défense et procédure civile, *Dalloz* 1978, chron, p. 36.
- Chronique de justice civile, *Justices* 1997, n° 7, p 171.

**WILLKE H.**

- Le droit comme codage de la puissance publique légitime, *Droits* 1989, n°10, p. 113.

**WROBLEWSKI J.**

- Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique, *Archivum Juridicum Cracoviense* 1984, vol XVIII, p. 5.

**ZOLLINGER L.**

- L'intime conviction du juge, *Déviante, travaux de l'institut de criminologie de Paris* 1976, p. 33.

# Index

- Abstention** (d'un juge), 443
- Accès à la justice**, 62, 117, 446
- Accès au dossier**, 101, 416, 450
- Accusatoire**, 179, 194
- principe : 18, 222, 390
- Acte de procédure**
- anéantissement : 405
  - action des principes, 393 et suiv.
  - rejet, 406
  - validité, 407
- Action *contra legem***, (des principes), 346 et suiv.
- Action en justice**, 33, 145, 336, 446, 448, 484
- civile, 94, 139, 216, 218, 354, 370, 389, 397
  - extinction, 216, 336, 383, 447 et suiv.
  - prescription, 397, 405, 448
  - publique, 144, 216, 277, 315, 336, 383, 389, 418, 447 et suiv.
- Action fondatrice**, 359 et suiv.
- Action unificatrice**, 380 et suiv.
- Adage**, 208
- Affaiblissement** (d'un principe), 217 et suiv., 312
- déclin, 219
  - recul, 218
- Amende civile**, 467
- Amiable composition**, 215
- Antinomie** (du droit), 372 et suiv.
- Appel** (effet dévolutif), 122, 226, 323, 384, 429
- Appel-nullité**, 154, 347 et suiv., 424, 427 et suiv.
- Arbitrage** 16, 158, 407
- judiciaire, 215
  - recours en annulation, 424 et suiv.
- Arrêt de principe**, 54
- Assistance éducative**, 101
- Astreinte**, 467
- Autonomie** (des principes), 488
- Autorité normative**, 154, 204, 241, 248 et suiv.
- Autorités administratives indépendantes**, 16, 185, 218, 379,
- Aveu**, 200, 300, 319, 362, 133, 306, 413
- Axiologie**, 114 et suiv., 349
- standards, 244
- Bipolarisation** (fin de la), 166
- Bonne administration de la justice**, 136 et suiv.
- Caducité**, 405
- Cassation** (recours), 348, 430 et suiv., (Cf. aussi recours en cassation)
- Catégorie juridique**, 17, 275
- Champ procédural**
- concurrence, 296
  - empiètement, 295
  - partage, 292 et suiv.

- Champ relationnel**, 284 et suiv.  
 - champ interactionnel, 285 et suiv.  
 - champ non-interactionnel, 291 et suiv.
- Classement sous condition**, 216
- Combinaison** (de principes), 226, 299 et suiv.
- Commission des opérations de bourse**, 16, 379, 398
- Commission « Justice pénale et droits de l'homme »**, 4, 363
- Communauté de droits** 178 et suiv.
- Communication des pièces**, 101, 104, 144, 227
- Compétence** (*ratione loci*), 255
- Complétude** (du droit), 81 et suiv., 375 et suiv.
- Composition pénale**, 133, 216
- Conciliation**, 122, 214 et suiv.  
 - civile, 215  
 - pénale, 216  
 - des principes, 313
- Conclusions**  
 - qualificatives, 223, 455  
 - tardives, 122
- Conseil constitutionnel**, 336
- Conseil supérieur de la magistrature**, 481
- Consubstantialité**, 182 et suiv.  
 - indices, 185  
 - notion, 184
- Continuité**, 206 et suiv., 365
- Contrôle constitutionnel par voie d'exception**, 351
- Contrôles d'identité**, 122, 238, 339, 345
- CESDH**, 69 et suiv.  
 - contrôle du droit interne, 330  
 - utilisation par la Cour de cassation, 331 et suiv.
- Correspondances** (interception, détournement), 477
- Corruption**, 473
- COULON** (rapport), 138, 142, 223, 257, 259, 270
- Cour de justice de la République**, 372
- Cour de justice des communautés européennes**, 72, 86
- Cour européenne des droits de l'homme**, 87  
 - influence sur la jurisprudence interne, 330
- Déambulation** (des principes), 224, 234
- Décision de justice** (contrôle), 141, 421 et suiv.
- Déduction**, 198 et suiv.  
 - interprétation, 199
- Déduction/induction** (théories), 203, 197
- Délai préfix**, 446, 448
- Démocratie**, 178 et suiv.  
 - procès démocratique, 191 et suiv.
- Déni de justice**, 455, 472
- Désistement**, 389
- Détention provisoire**, 33, 48, 49, 200, 203, 233, 247, 250, 268, 270, 301, 344, 362, 363, 370, 375, 398, 416, 450, 460, 481
- Diffamation**, 94, 133, 264, 468, 478
- Droit au silence**, 13, 128, 192, 223, 391, 419, 449
- Droit communautaire**, 72, 86, 181
- Droit comparé**, 13
- Droit européen** (commun), 180, 181
- Droit naturel**, 60 et suiv.
- Droit processuel**  
 - cohérence, 361  
 - conflit de valeurs, 104  
 - construction, 360 et suiv.  
 - droit commun, 381 et suiv.

- finalités, 113 et suiv.
- fondements, 112 et suiv.
- organisation, 362
- réforme, 363
- relativité, 175
- valeurs, 116 et suiv.
- Droits de l'homme**, 166 et suiv., 172
- Dualité** (des droits), 278
- Ecoutes téléphoniques**, 94, 103, 300, 306, 322 et suiv., 363, 477
- Efficacité**, 124, 132, 135, 142 et suiv., 192, 219, 270, 348
- célérité, 144
- Encadrement** (d'un principe), 318 et suiv.
- Etat** (contrôle de la puissance étatique), 159
- Eviction**
- d'un principe, 311
- de la règle formellement supérieure, 346
- Evocation**, 143, 250, 264, 384
- Evolution du litige**, 143, 211, 219
- Excès de pouvoir**, 47, 154, 347, 378, 424, 428, 432
- Exequatur**, 95, 257, 267, 407, 423 et suiv.
- Expert**, 95, 104, 193, 371, 389, 412, 418, 429, 466
- Extradition**, 163, 190, 348, 357
- Fait constant**, 223
- Faits sociaux**, 60, 62, 63, 83, 171, 244 et suiv., 355, 365
- Faux témoignage**, 128, 437, 474
- Fin de non-recevoir**, 49, 311, 446 et suiv.
- Flexibilité** (d'un principe), 241 et suiv.
- contraintes temporelles, 272
- facteurs, 261 et suiv.
- notion, 241, 242 et suiv.
- seuil, 249 et suiv.
- urgence, 272
- Force d'inertie**, 207 et suiv.
- Force probante**, 300, 321, 365, 387, 399, 436
- Forclusion**, 448
- Garde à vue**, 87, 108, 121, 190, 200, 250, 255, 397 et suiv., 403, 413, 415 et suiv., 461, 484
- Généralité** (d'un principe), 224 et suiv., 377
- domaine d'application, 229 et suiv.,
- éléments, 230 et suiv.
- formulation, 225 et suiv.
- relation principe/principe, 238
- relation principe/règle technique, 237
- Genèse**
- principes directeurs du procès civil, 3
- principes directeurs du procès pénal, 4
- Grief**, 408 et suiv.
- éviction, 417 et suiv.
- exigence, 409 et suiv.
- intérêt de la partie qui s'en prévaut, 412
- notion, 410
- présomption, 414 et suiv.
- vice dans la recherche de la vérité, 413
- Hierarchie des normes**, 147 et suiv.
- classique, 148
- critère téléologique, 155 et suiv.
- nouvelle, 153 et suiv.
- place du juge, 158, 357
- théorie des « trois plans », 353 et suiv.
- théorie française, 149
- théorie française (limites), 150 et suiv.
- Immigration** (contrôle), 313
- Inclusion** (d'un principe dans un autre), 287
- « **Inculpation** » tardive, 410
- Indemnisation**, 453 et suiv.  
(Cf. aussi responsabilité)

**Induction**, 202 et suiv.

- amplifiante, 377
- induction/déduction, 203
- théorie, 197

**Inertie**, 210 et suiv.**Infraction politique**, 190**Inquisitoire**, 143, 179, 190, 194, 222, 382, 389**Insertion d'un communiqué**, 468 et suiv.**Instance** (conduite de l') 247**Interaction** (entre principes), 285 et suiv.**Interprétation**, 343 et suiv., 368 et suiv.

- déductive, 199
- direction, 372 et suiv.
- divergence, 101 et suiv.
- extensive, 344
- signification, 370 et suiv.
- standards, 245
- stricte et restrictive, 345

**Intimidations**, 473**Juge**

- chargé de suivre la procédure, 138, 214, 221
- chargé de la mise en état, 144, 204, 390, 391
- légitimité, 60
- pouvoir normatif, 80 et suiv., 354 et suiv.
- administratif (et le procès civil), 96
- d'application des peines, 122, 288
- des enfants, 122, 193, 257, 293
- des tutelles, 193
- judiciaire (détermination de principes constitutionnels), 90
- judiciaire (et la Constitution), 339
- judiciaire (et la jurisprudence du CC), 338

**Jugement**

- contradictoire, 192, 362
- étranger, 432
- par défaut, 192
- réputé contradictoire, 192

**Juridicité**, 42**Jurisprudence**

- arrêt de principe, 54
- pouvoir normatif du juge, 80 et suiv.

**Justice**, 113, 117

- bonne administration de, 136 et suiv.

**Lacunes** (du droit), 375 et suiv.**Liberté de la presse**, 264, 355, 475**Litige**

- évolution, 143, 211, 219
- règlement définitif, 145

**Logique du flou**, 241**Loi de l'inertie**, 210 et suiv.**Loi spéciale**, 349**Marge nationale d'appréciation**, 169, 181, 242**Matière gracieuse**, 16, 199 et suiv., 241, 272**Médiation**

- civile, 215
- pénale, 216

**Menaces**, 473**Mesure d'administration judiciaire**, 227, 345**Mise en état des affaires pénales**, 4**Modalités relationnelles**, 297 et suiv.**Neutralisation**

- d'une norme, 158
- de la règle formellement supérieure, 342 et suiv.

**Normativisme**, 59

**Norme**

- inclassable, 152
- primaire/secondaire, 196
- puissance normative, 149, 349, 493, 354
- fondamentale, 149
- sociale, 40, 42, 44, 83, 204, 258, 355

**Norme juridique**, 36 et suiv.

- contrainte, 38
- origine étatique, 42
- production, 35, 86
- sanction, 40 et suiv.

**Norme non juridique**, 258**Notion floue**, 243 et suiv.**Nullités**, 401 et suiv., 408 et suiv.

- d'ordre public, 410
- fondements, 402, 403

**Opposition**

- d'un principe et d'une norme juridique, 263 et suiv.
- d'un principe et de l'ordre public, 266 et suiv.
- entre principes, 264, 310 et suiv.

**Opposition (recours en)**, 192**Ordonnance de clôture**, 95, 122, 144, 221, 223, 406**Ordre public**, 266 et suiv.

- notion, 266
- nullité, 410, 418
- relation avec les droits de la défense, 419

**Patteggiamento**, 133**Péremption d'instance**, 270, 405**Plea-bargaining**, 133, 216**Pluralisme**, 61, 168, 173 et suiv.**Positivismes**, 60

- sociologique, 60, 62, 63

**Prescription (de l'action)**, 397, 405, 448**Présomption**, 132, 133, 145, 271, 278, 362, 364, 386 et suiv.**Preuve**

- charge, 5, 103, 132, 278, 291, 322, 362, 373, 386, 398, 413, 437, 449
- civile et pénale, 389
- coopération des parties, 449
- divorce, 406
- littérale, 365
- production, 387
- rejet d'un moyen, 406
- risque de la, 449

**Primauté**, 195 et suiv.

- déduction/induction, 203, 197
- définition, 195

**Principe**

- *contra legem*, 147, 154, 158, 342, 344, 346 et suiv., 428, 432
- définitions, 7 et suiv.
- règle de, 254 et suiv.
- typologies, 9
- vocable, 18, 46 et suiv.

**Principe à contenu variable**, 100**Principe constitutionnel**, 89 et suiv.**Principe directeur**

- *corpus*, 18
- définition, 10 et suiv., 275
- index des principes directeurs (voir la liste en fin d'index)
- unité, 277

**Principe général du droit**, 52, 92 et suiv.

- universalité, 174 et suiv.
- droit naturel, 61

**Principe générique**, 288 et suiv., 306**Principe latent**, 144, 204, 256 et suiv.**Principe matriciel**, 151, 238, 290, 412**Principe-cadre**, 106 et suiv., 306

**Principe-condition**, 314 et suiv.

**Principe constitutionnel**, 89 et suiv.

**Principes fondamentaux** (article 34 de la Constitution), 55

**Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République**, 53, 74, 89, 100, 151 et suiv., 157, 218, 351, 493

**Principes internationaux**, 85 et suiv.

**Principe juridique**, 8 et suiv., 10, 13, 18, 30 et suiv., 52, 56, 62, 80 et suiv., 101, 112, 158, 162, 174, 206, 254, 355, 392, 493

**Principe matriciel**, 151, 290

**Principe sous-jacent**, 204

**Principe-technique**, 122

**Principe-valeur**, 119 et suiv.

**Prise à partie**, 382

**Procès**

- civilisation du procès pénal, 389

- démocratique, 191 et suiv.

- enjeux, 271

- pénalisation du procès civil, 390

- politique, 187 et suiv.

- procès politique (terrorisme), 190

- procès politique (URSS), 189

**Procès judiciaire**

- définition, 14 et suiv.

- étendue, 15

- procédures satellites 16

**Production forcée** (de pièces), 464 et suiv.

**Protection**

- détournée, 307

- englobante, 306

- fonction principale, 303

- fonction secondaire, 304

**Prototype** (de principe), 277

**Provision**, 345, 370

**Qualification**, 18, 46, 48 et suiv., 89, 127 et suiv., 133, 139, 143, 152, 157, 190, 211, 221 et suiv., 236, 253 et suiv., 257, 408

**Qualité du procès**, 4, 125 et suiv.

**Rabat d'arrêt**, 89, 348, 377

**Radiation**, 405

**DELMAS-MARTY** (Rapport), 4

**Recel**, 474

- de violation du secret de l'instruction, 264, 478

**Recours en cassation**, 430 et suiv.

- *contra legem*, 348

- effet suspensif, 270

- excès de pouvoir, 432

- vice de motivation, 434

- violation de la loi, 431

- violation des formes de la procédure, 433

- voie d'annulation, 348

**Recours en révision**, 435 et suiv.

**Récusation**, 442 et suiv.

**Référé**, 78, 195

**Référé législatif**, 209, 343

**Référé-liberté**, 301

**Réformation in pejus**, 122, 273, 384

**Règle de principe**, 254

**Relation conditionnelle**, 314 et suiv.

**Renforcement** (d'un principe), 213 et suiv.

**Renvoi**, 286, 444

- bonne administration de la justice, 444

- suspicion légitime, 444

« **Repère-plan** » (théorie du), 155 et suiv.

**Responsabilité**

- atteinte à la liberté, 460

- atteinte à la présomption d'innocence, 461

- civile, 453 et suiv.



- déni de justice, 455
- disciplinaire, 480 et suiv.
- faute disciplinaire, 481
- faute lourde, 456
- pénale, 471 et suiv.
- régimes spéciaux, 458 et suiv.
- satisfaction équitable, 438, 462
- service public de la justice, 454 et suiv.
- Révision** (Cf. aussi Recours en révision)
  - civile, 323, 436
  - du procès 128
  - pénale, 437
  - violation de la CESDH, 438
- Saisine *in rem***, 128, 143
- Sanction**
  - des normes juridiques, 40
  - procédurale, 393 et suiv., 440 et suiv.
- Secret professionnel**, 133, 232, 264, 397, 478
- Serment**, 175, 200, 239, 265, 323, 362, 419, 436, 466, 474
  - des jurés, 75
  - des magistrats, 481
- Seuil de flexibilité**, 248 et suiv.
- Signature électronique**, 365
- Soft-law**, 241
- Sources du droit**, 20 et suiv.
  - coexistence des principes (dans plusieurs sources), 77
  - coutume, 25, 28
  - droit international, 23
  - jurisprudence, 24
  - morale, 32
  - sources formelles, 21 et suiv.
  - sources formelles (décloisonnement), 97
  - sources internationales, 68 et suiv., 85 et suiv.
  - sources internes, 73 et suiv., 89 et suiv.
  - sources jurisprudentielles, 79 et suiv.
  - sources matérielles, 30 et suiv.
  - sources textuelles, 67 et suiv.
- Standard**, 8, 243 et suiv.
- Subornation de témoins**, 474
- Sursis à statuer**, 397, 462
- Système**, 279 et suiv.
  - du droit processuel, 281
  - juridique, 280
  - juridique (représentation dans l'espace), 353
- Témoin**, 47, 104 et suiv., 109, 200, 239, 270, 295, 306, 316, 330, 387, 389, 391, 420, 474
  - assisté, 406
  - faux témoignage, 128, 437
  - subornation de témoins, 474
- Terrorisme**, 190, 250
- Torture**, 78, 123, 133, 168, 190, 296, 300
- Tradition juridique**, 207
- Transaction**, 122, 215 et suiv.,
- Transformation** (d'un principe), 220 et suiv.
  - « **Trois plans** » (théorie des), 353 et suiv.
    - critique de la théorie, 355
- Unité des fautes civile et pénale**, 218
- Universalité**, 163 et suiv.
  - droits de l'homme, 166 et suiv.
  - pluralisme, 61, 168, 173 et suiv.
  - principes généraux du droit, 174
- Utilité**, 124 et suiv.
  - notion, 124
  - qualité du procès, 125 et suiv.
  - vérité, 126 et suiv.

**Valeur**, 114 et suiv.

- clémence, 122
- conflit de valeurs, 123
- dignité, 120, 121, 123
- droit processuel, 116
- égalité, 121
- impartialité, 120, 122
- indépendance, 120
- intimité, 122
- justice, 117
- liberté, 121
- loyauté, 122, 120
- notion, 115 et suiv.
- proximité, 122
- relativité (des valeurs), 171
- sérénité, 122

**Vérité**, 126 et suiv.

- concours à la manifestation, 128, 264, 391, 465, 467
- conviction, 134
- déformation, 131 et suiv.
- entrave, 133
- judiciaire, 131 et suiv.
- matérielle, 127 et suiv.
- présomption de 132
- recherche, 126 et suiv., 413, 474

**Violation de domicile**, 100, 132, 406, 477**Visa de principe**, 18, 47, 48**INDEX DES PRINCIPES  
DIRECTEURS**

**Autorité de la chose jugée**, 13, 47, 52, 57, 72, 108, 110, 122, 123, 126, 128, 132, 139, 146, 151, 188, 208, 252, 265, 286, 289, 311, 312, 315, 330, 362, 379, 383, 398, 423, 424, 437, 446, 447

**Autorité de la chose jugée (au criminel sur le civil)**, 94, 139, 209, 218, 244, 289, 312, 383

**Autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles**, 4, 53, 74, 218, 286, 303, 313, 336, 349, 364, 403, 416

**Célérité**, 33, 47, 71, 109, 110, 112, 122, 130, 144, 204, 219, 234, 247, 264, 273, 286, 301, 362, 383, 397, 405, 406, 411, 446, 448, 450, 455, 481, 482, 489

**Charge de la preuve (incombe à l'auteur d'une prétention)**, 5, 226, 278, 291, 317, 322, 362, 373, 386, 398, 413, 425, 449

**Collégialité**, 4, 47, 62, 90, 120, 122, 144, 238, 257 et suiv., 270, 271, 277, 293, 296, 307, 338

**Conciliation**, 62, 122, 214 et suiv., 315, 344, 389

**Contradictoire**, 2, 3, 4, 5, 16, 22, 39, 48, 61, 86, 87, 88, 95, 96, 101, 104 et suiv., 108, 109, 110, 117, 128, 138, 140, 141, 143, 144, 152, 179, 180, 184, 185, 188, 190, 192, 193, 194, 199, 208, 227, 238, 264, 265, 272, 277, 286, 300, 301, 303, 304, 308, 312, 315, 317, 322, 327, 334, 362, 391, 396, 398, 399, 406, 420, 425, 428, 433, 456, 465

**Coopération**, 18, 47, 87, 112, 128, 138, 144, 211, 222 et suiv., 226, 227, 228, 257, 260, 264, 286, 315, 361, 362, 371, 389, 390, 405, 406, 425, 432, 449, 455, 465 et suiv., 474, 485

**Dignité de la personne humaine**, 4, 5, 13, 43, 61, 78, 87, 91, 101, 121, 123, 133, 151, 164, 190, 204, 226, 234, 252, 260, 266, 300, 380, 383, 387, 396, 438, 477

**Dispositif**, 3, 18, 47, 211, 221 et suiv., 227, 261, 389 et suiv.

- Droit à la vie**, 168, 174
- Droit au juge**, 2, 33, 41, 71, 109, 110, 143, 239, 273, 301, 317, 361, 371, 383, 389, 397, 402, 403, 421, 422 et suiv., 427, 432, 446, 455, 472, 484, 485
- Droit au recours**, 5, 13, 16, 33, 47, 71, 108, 110, 117, 121, 128, 141, 227, 228, 238, 239, 250, 267, 270, 286, 301, 304, 311, 323, 330, 344, 347 et suiv., 357, 362, 375, 377 et suiv., 412, 421, 424 et suiv., 430 et suiv., 484
- Droit d'avoir la parole en dernier (pour la personne poursuivie)**, 4, 122, 141, 203, 334, 348, 357
- Droits de la défense**, 3, 4, 5, 13, 16, 22, 34, 43, 47, 48, 52, 53, 57, 62, 70, 74, 86, 88, 89, 94, 101, 103, 104, 105, 106, 107 et suiv., 117, 121, 122, 143, 152, 158, 175, 180, 184, 188 et suiv., 192, 193, 194, 203, 227, 231, 238, 264, 265, 267, 271, 290, 300, 306, 316, 333, 336, 345, 348, 350, 355, 356, 361, 364, 374, 377, 379, 383, 387, 397, 402, 403, 407, 408, 410, 412, 415, 416, 418 et suiv., 423, 424, 427, 428, 432, 433, 450
- Egalité**, 3, 5, 13, 53, 68, 72, 74, 83, 86, 87, 90, 96, 105, 109, 117, 121, 122, 123, 138, 158, 168, 174, 199, 211, 234, 257, 273, 300, 307, 327, 338, 361, 362, 380, 389
- Egalité des armes**, 68, 87, 88, 104 et suiv., 109, 121, 122, 184, 251, 290, 316, 321, 331, 334, 361, 364, 379, 383, 389, 438
- Fraude corrompt toute chose (la)**, 158, 323, 387, 399, 406, 407, 423, 436, 456, 474
- Immunité de juridiction**, 47, 85, 227
- Immutabilité du litige**, 47, 143, 211, 219, 277
- Impartialité des juges, de la justice**, 2, 5, 16, 39, 68, 71, 95, 108, 109, 110, 117, 120, 122, 123, 185, 188, 193, 194, 202, 209, 211, 231, 234, 238, 243, 252, 257, 258, 264, 267, 277, 288, 301, 303, 304, 308, 379, 382, 383, 391, 396, 407, 420, 425, 433, 438, 441 et suiv., 473, 474, 481, 485
- Indépendance des juges, de la justice**, 4, 16, 53, 68, 71, 74, 89, 109, 110, 120, 122, 123, 141, 185, 188, 189, 211, 234, 238, 303, 304, 351, 383, 425, 444, 454, 456, 457, 473, 481
- Initiative**, 4, 18, 22
- Intime conviction**, 43, 75, 134, 200, 226, 246, 287, 300, 318 et suiv., 362, 387, 436 et suiv.
- Intimité de la vie privée**, 13, 53, 68, 70, 97, 100, 103, 122, 123, 133, 151, 200, 226, 233, 238, 265, 268, 272, 290, 296, 300, 311, 316, 333, 345, 355, 364, 383, 387, 396, 403, 406, 438, 456, 476, 477, 485
- Inviolabilité du domicile**, 53, 89, 100, 151, 303, 477
- Juge unique**, 62, 90, 122, 141, 142, 144, 158, 257, 258 et suiv., 270, 271, 278, 292, 293, 296, 307, 338
- Liberté d'aller et de venir**, 68, 72, 74, 89, 100, 121, 151, 255, 268, 270, 301 et suiv., 391, 398, 416, 450, 459, 460, 484
- Liberté de la preuve**, 4, 43, 75, 103, 129, 200, 231, 265, 287, 295, 300, 316, 319, 362, 373, 387
- Loyauté dans la recherche de la preuve**, 4, 47, 94, 103, 109, 120, 121, 123, 129, 133, 158, 176, 204, 233, 251, 300, 306, 308, 362, 364, 373, 383, 387, 399, 411 et suiv., 420, 456, 474, 489
- Motivation des décisions de justice**, 5, 13, 39, 41, 50, 77, 87, 108, 109, 117, 141, 184, 209, 226, 233, 238, 243, 250, 252, 301, 306, 323, 349, 361, 372, 379, 383, 396, 398, 402, 416, 425, 428, 430, 434
- Opportunité des poursuites**, 216, 277, 289, 455
- Oralité (des débats)**, 3, 4, 238, 286, 317, 403, 420, 433, 442
- Plénitude de juridiction**, 33, 218, 286

**Présomption d'innocence**, 4, 5, 13, 34, 39, 53, 57, 68, 70, 72, 74, 78, 108, 109, 112, 132, 133, 143, 158, 180, 188, 189, 195, 211, 226, 232, 264, 271, 278, 300, 301, 322, 336, 362, 363, 364, 379, 386, 397, 398, 416, 437, 438, 456, 459, 461, 462, 467 et suiv., 475, 478, 485, 491

**Preuve légale (ou système des preuves légales)**, 103, 133, 134, 175, 295, 316, 365, 387, 436, 449

**Procès équitable**, 16, 68, 70, 71, 87, 88, 102, 105 et suiv., 120, 123, 141, 151, 192, 234, 290, 331, 334, 363, 383, 438, 491

**Publicité**, 3, 4, 13, 22, 37, 47, 71, 97, 109, 112, 113, 117, 122, 140, 175, 180, 189, 194, 200, 208, 231, 34, 235, 238, 267,

268, 291, 292, 294, 296, 303, 311, 312, 321, 346, 358, 361, 362, 383, 402, 420, 433

**Secret**, 112, 122, 133, 175, 200, 232, 264, 294, 296, 311, 478

**Secret de la mise en état**, 122, 143, 181, 232, 264, 397, 412, 456, 468, 475, 478

**Secret des délibérés**, 122, 142, 202, 209, 294, 304, 322, 345, 425, 433, 481

**Séparation des autorités judiciaire et administrative**, 47, 53, 209, 218, 265, 286, 313, 428, 432

**Séparation des fonctions (et des autorités judiciaires)**, 4, 5, 91, 120, 122, 202, 237, 238, 257, 288, 304, 315, 336, 362, 370, 379, 391, 396, 442, 491

# Table des matières

UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DES SCIENCES.....	1
D'AIX-MARSEILLE.....	1
THESE.....	1
pour le Doctorat en Droit.....	1
Présentée et soutenue publiquement par.....	1
M. Etienne VERGES.....	1
Décembre 2000.....	1
<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>3</b>
<b>LISTE DES ABREVIATIONS.....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>9</b>
I) GENESE DE LA CATEGORIE JURIDIQUE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE....	10
1) <i>Les principes directeurs du procès civil</i> .....	10
2) <i>Les principes directeurs du procès pénal</i> .....	12
II) DEFINITION DES TERMES DU SUJET.....	18
1) <i>Le principe</i> .....	19
2) <i>Le principe directeur</i> .....	22
3) <i>Le procès judiciaire</i> .....	25
4) <i>La catégorie juridique</i> .....	30
III) DETERMINATION D'UN CORPUS OBJET DE L'OBSERVATION.....	31
IV) CONFRONTATION DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE AVEC LES NOTIONS VOISINES.....	34
1) <i>Principes directeurs du procès judiciaire et sources du droit</i> .....	34
A) Sources formelles et principes directeurs du procès judiciaire.....	35
B) Sources matérielles et principes directeurs du procès judiciaire.....	38
2) <i>Principes directeurs du procès judiciaire et normes juridiques</i> .....	42
A) La normativité générique des principes directeurs du procès judiciaire.....	43
a) La norme juridique comme proposition obligatoire.....	44
b) La norme juridique comme proposition sanctionnée.....	46
c) L'origine étatique comme fondement de la juridicité.....	48
B) La normativité spécifique des principes directeurs du procès judiciaire.....	50
a) L'utilisation du vocable « principe » comme trait distinctif ?.....	51
) Les variations terminologiques autour du vocable « principe ».....	51
) La multiplicité de qualifications pour une même règle de droit.....	54
) L'utilisation abusive de la dénomination « principe ».....	56
b) Les principes directeurs et les autres principes du droit.....	58
V) DEFINITION DE LA PROBLEMATIQUE.....	65
<b>PREMIERE PARTIE : LA NOTION DE PRINCIPE DIRECTEUR DU PROCES JUDICIAIRE.....</b>	<b>67</b>
TITRE 1 : LES ORIGINES DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE.....	75
<i>Chapitre 1 : Les origines formelles des principes directeurs du procès judiciaire (la diversité des formes)</i> .....	75
Section 1 : Le constat de la diversité : le pluralisme des sources formelles des principes directeurs du procès judiciaire.....	75
§ 1 : Les sources textuelles des principes directeurs du procès judiciaire.....	75
A) Les sources internationales.....	75

a) Le rôle déterminant de la CESDH dans la création de principes directeurs du droit européen.....	77
b) Le rôle résiduel des textes communautaires dans la détermination de principes directeurs internationaux.....	78
B) Les sources internes.....	80
a) La présence des principes directeurs dans toutes les strates de la hiérarchie organique.....	80
b) La coexistence des principes directeurs dans plusieurs sources textuelles .....	81
c) Le monopole des textes de droit substantiel sur certains principes directeurs ....	82
§ 2 : Les sources jurisprudentielles des principes directeurs du procès judiciaire .....	83
A) La controverse théorique sur la détermination des principes juridiques par le juge .....	83
B) La détermination des principes directeurs par le juge .....	86
a) La détermination de principes internationaux .....	86
b) La détermination de principes constitutionnels.....	90
c) La détermination de principes généraux du droit.....	94
Section 2 : Les incidences de la diversité : l'ambiguïté du contenu des principes directeurs du procès judiciaire.....	101
§ 1 : La divergence d'application d'un même principe visé dans plusieurs sources ...	101
A) La difficulté de connaître l'étendue d'un principe à contenu variable .....	101
B) La diversité d'interprétations d'un même principe par des juridictions différentes .....	104
§ 2 : Identité ou similarité de contenu pour deux principes distincts .....	107
A) La confusion dans la dénomination d'un principe directeur .....	107
B) La divergence des dénominations en cas d'utilisation d'un même principe par une pluralité de juridictions.....	109
C) La similarité de contenu pour deux principes-cadre.....	111
<i>Chapitre 2 : Les origines matérielles des principes directeurs du procès judiciaire (la diversité des fins).....</i>	<i>117</i>
Section 1 : Les origines téléologiques des principes directeurs du procès judiciaire .....	118
§ 1 : La dimension axiologique des principes directeurs du procès judiciaire .....	119
A) L'apport de la pensée axiologique à la théorie procédurale .....	119
B) L'identification des valeurs procédurales à travers les principes directeurs du procès judiciaire .....	124
a) Les principes-valeur ou l'incarnation immédiate de la valeur dans la norme ...	124
b) Les principes-technique ou la pénétration médiate des valeurs dans la norme.	127
c) Les conflits de valeurs du droit processuel et les principes directeurs du procès judiciaire.....	133
§ 2 : La dimension utilitariste des principes directeurs du procès judiciaire.....	135
A) La qualité du procès .....	136
a) La recherche de la vérité .....	136
b) La garantie d'une bonne administration de la justice.....	145
B) L'efficacité du procès .....	150
a) Principes directeurs et devoir de juger .....	150
b) Principes directeurs et célérité de la procédure.....	153
c) Principes directeurs et règlement définitif du différend.....	155
Section 2 : Les incidences de la dimension téléologique des principes directeurs sur la hiérarchie des normes .....	156
§ 1 : La conception traditionnelle de la hiérarchie des normes : le « rapport linéaire » strict.....	156
A) Présentation de la « théorie française de la hiérarchie des normes » .....	156
B) Limites et contradictions inhérentes à la « théorie française de la hiérarchie des normes » .....	158
§ 2 : Une conception rénovée de la théorie traditionnelle sous l'influence des principes directeurs .....	162
A) Les principes directeurs comme indices de la rénovation .....	162

B) L'adjonction d'un nouveau critère : la théorie du « repère plan ».....	164
TITRE 2 : LES CARACTERES DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE .....	170
<i>Chapitre 1 : Les caractères discutés des principes directeurs du procès judiciaire .....</i>	<i>170</i>
Section 1 : L'universalité des principes directeurs du procès judiciaire.....	171
§ 1 : Le rejet de l'universalisme des principes directeurs du procès judiciaire .....	171
A) Les théories universalistes et les droits de l'homme .....	171
B) La remise en cause du dogme universaliste.....	174
a) Les principes directeurs et l'universalité des droits de l'homme .....	174
b) Les principes directeurs et l'universalité des principes généraux du droit.....	177
c) Les principes directeurs et l'universalité du droit processuel .....	178
§ 2 : L'affirmation d'une communauté de droits processuels dans les démocraties occidentales .....	180
Section 2 : La consubstantialité des principes directeurs du procès judiciaire.....	182
§ 1 : Les thèses consubstantialistes.....	182
A) La consubstantialité supposée de certains principes directeurs du procès judiciaire .....	183
B) L'application généralisée comme indice de la consubstantialité.....	184
§ 2 : La relative consubstantialité des principes directeurs du procès judiciaire.....	185
A) La défaillance des principes directeurs dans le procès politique.....	185
B) La défaillance des principes directeurs dans le procès démocratique .....	191
Section 3 : La primauté des principes directeurs du procès judiciaire.....	195
§ 1 : La déduction : les règles techniques comme applications particulières d'un principe.....	198
§ 2 : L'induction : le principe comme généralisation des règles techniques .....	200
A) L'induction pure et simple .....	201
B) Le mouvement d'induction-déduction .....	202
<i>Chapitre 2 : Les caractères adoptés des principes directeurs du procès judiciaire.....</i>	<i>206</i>
Section 1 : La continuité des principes directeurs du procès judiciaire (les principes et le temps).....	206
§ 1 : La force d'inertie des principes directeurs du procès judiciaire (la loi de l'évolution).....	207
§ 2 : Le mouvement des principes directeurs du procès judiciaire (les formes de l'évolution).....	213
A) Le renforcement d'un principe directeur du procès judiciaire .....	213
B) L'affaiblissement d'un principe directeur du procès judiciaire.....	216
C) La transformation d'un principe directeur du procès judiciaire .....	221
Section 2 : La généralité des principes directeurs du procès judiciaire (les principes et l'espace juridique) .....	226
§ 1 : La généralité dans la formulation de la règle .....	227
§ 2 : La généralité dans le domaine d'application de la règle .....	233
A) Les éléments de la généralité .....	233
B) La valeur de la généralité. ....	237
Section 3 : La flexibilité des principes directeurs du procès judiciaire (les principes et la raison).....	240
§ 1 : La notion de flexibilité .....	241
A) La flexibilité des principes directeurs empruntée à un standard ou une notion floue.....	242
a) Les similitudes entre les principes et les standards .....	243
b) Les standards transmettent aux principes leur flexibilité.....	244
B) La flexibilité entraîne une atteinte à l'autorité normative du principe .....	246
a) L'existence du seuil de flexibilité .....	246
b) La variation du seuil de flexibilité .....	251
1) Seuil de flexibilité et nature de la norme .....	251
2) Seuil de flexibilité et positivité du principe .....	254
§ 2 : Les facteurs de flexibilité .....	259

A) Les circonstances de droit et la flexibilité des principes directeurs du procès judiciaire.....	259
a) L'opposition d'un principe directeur à une autre norme juridique.....	260
b) La relation entre un principe directeur et l'ordre public .....	264
B) Les circonstances de fait et la flexibilité des principes directeurs du procès judiciaire.....	270
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE .....	277
<b>SECONDE PARTIE : L'ACTION DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE.....</b>	<b>283</b>
TITRE 1 : L'ACTION DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES JUDICIAIRE AU SEIN DU SYSTEME	
NORMATIF PROCESSUEL .....	287
<i>Chapitre 1 : L'action interne : les relations entre principes au sein du système des principes directeurs du procès judiciaire.....</i>	<i>287</i>
Section 1 : Le champ relationnel des principes directeurs du procès judiciaire .....	287
§ 1 : Le champ interactionnel.....	287
A) L'intersection entre plusieurs principes directeurs du procès judiciaire .....	288
B) L'inclusion d'un ou plusieurs principes dans un autre .....	289
a) L'émancipation d'un principe générique .....	289
b) L'inclusion incertaine .....	291
c) Principes génériques et principes matriciels .....	292
§ 2 : Le champ non-interactionnel.....	293
A) Le partage du champ procédural .....	293
B) L'empiètement d'un principe dans le champ d'un autre .....	294
C) La concurrence de deux principes sur un même champ.....	296
Section 2 : Les modalités relationnelles des principes directeurs du procès judiciaire ....	297
§ 1 : Les relations visant à renforcer l'autorité de certains principes directeurs du procès judiciaire : la protection des droits fondamentaux .....	297
A) La combinaison de plusieurs principes directeurs du procès judiciaire .....	297
B) La protection d'un principe directeur par un autre .....	300
a) La protection directe d'un principe directeur par un autre.....	300
b) La protection indirecte d'un principe directeur par un autre.....	303
§ 2 : Les relations visant à limiter l'autorité de certains principes directeurs du procès judiciaire : la recherche d'un équilibre des droits en conflit .....	306
A) L'opposition entre principes directeurs du procès judiciaire .....	306
B) La relation conditionnelle.....	309
C) L'encadrement d'un principe directeur par d'autres .....	312
a) Le principe encadré. ....	312
b) Les techniques d'encadrement .....	313
<i>Chapitre 2 : L'action externe : les relations entre les principes directeurs et les autres normes du droit processuel.....</i>	<i>318</i>
Section 1 : Les modalités de l'action des principes directeurs du procès judiciaire sur les autres normes du droit processuel .....	318
§ 1 : L'action traditionnelle des principes directeurs sur les normes formellement inférieures.....	318
A) L'action des principes internationaux sur les normes internes.....	319
a) L'influence des principes européens sur l'application du droit interne .....	319
1) L'influence de la CEDH sur la jurisprudence de la Cour de cassation.....	319
2) L'initiative de la Cour de cassation dans l'application de la CESDH .....	321
b) L'influence des principes européens sur l'évolution du droit interne.....	322
B) L'action des principes constitutionnels sur les normes inférieures .....	326
a) Le Conseil constitutionnel et les principes directeurs du procès judiciaire.....	326
b) Le juge judiciaire et les principes directeurs constitutionnels.....	328
§ 2 : L'action atypique des principes directeurs sur les normes formellement supérieures.....	330



A) La neutralisation des normes textuelles formellement supérieures aux principes directeurs du procès judiciaire.....	330
a) L'interprétation de la règle écrite conformément au principe jurisprudentiel...	331
1) L'interprétation extensive des normes textuelles conformes à un principe ...	331
2) L'interprétation stricte ou restrictive des normes textuelles en contrariété avec les principes directeurs.....	333
b) L'éviction de la norme écrite contraire au principe jurisprudentiel .....	335
1) L'appel-nullité, voie de recours malgré une exclusion textuelle .....	335
2) Le recours en cassation malgré les exclusions textuelles.....	339
3) L'éviction de la règle écrite semble tenir de la spécificité des principes .....	341
B) L'apport de l'action de neutralisation sur la représentation du système juridique .....	343
a) L'ambiguïté des rapports entre normes textuelles et jurisprudentielles .....	343
b) Une représentation nouvelle du système juridique : la « théorie des trois plans » .....	346
Section 2 : La nature de l'action des principes directeurs du procès judiciaire sur les autres normes du droit processuel .....	350
§ 1 : L'action fondatrice des principes directeurs du procès judiciaire .....	351
A) L'action fondatrice dans la construction du droit processuel.....	351
a) Le droit construit .....	352
b) Le droit à construire .....	355
B) L'action fondatrice dans la mise en œuvre du droit processuel.....	361
a) Donner un sens aux règles du droit écrit .....	361
1) Donner une signification aux règles textuelles .....	361
2) Donner une direction aux règles textuelles .....	364
b) Assurer la complétude du droit processuel .....	366
§ 2 : L'action unificatrice des principes directeurs du procès judiciaire .....	372
A) Les principes directeurs comme expression d'un droit commun processuel .....	372
a) La solution traditionnelle : le Code de procédure civile comme droit commun.....	373
b) La solution contemporaine : le recours aux principes directeurs .....	374
B) Les principes directeurs et les particularismes procéduraux .....	376
a) Les divergences apparentes.....	376
b) Les rapprochements progressifs.....	380
1) Le procès pénal se civilise .....	380
2) Le procès civil se pénalise .....	382
c) Les singularités résiduelles.....	383
TITRE 2 : L'ACTION DES PRINCIPES DIRECTEURS SUR LE DEROULEMENT DU PROCES JUDICIAIRE .....	386
<i>Chapitre 1 : L'action des principes directeurs du procès judiciaire sur les actes de la procédure.....</i>	386
Section 1 : Les principes directeurs du procès judiciaire, fondements de la sanction procédurale .....	387
§ 1 : Les relations entre les principes directeurs du procès judiciaire et les actes de procédure .....	387
A) La relation certaine entre les principes directeurs du procès judiciaire et les actes de procédure .....	387
B) La relation incertaine entre les principes directeurs du procès judiciaire et les actes de procédure .....	389
§ 2 : Les sanctions qui assortissent l'action des principes directeurs sur les actes de procédure .....	392
A) La nullité sanction de droit commun.....	393
B) Les autres sanctions procédurales .....	395
Section 2 : Les principes directeurs du procès judiciaire, conditions de la sanction procédurale .....	399
§ 1 : L'exigence du grief .....	400
A) La place du grief dans le droit processuel privé.....	400

B) Le lien entre le grief et les principes directeurs du procès judiciaire .....	401
a) Le grief et les intérêts de la partie qui s'en prévaut.....	401
b) Le grief et le vice dans la recherche de la vérité .....	403
§ 2 : La présomption du grief .....	405
A) Les <i>droits de la défense</i> et la présomption du grief.....	405
B) La présomption du grief et la protection de la <i>liberté individuelle</i> .....	407
§ 3 : L'éviction du grief.....	409
Section 3 : Les principes directeurs du procès judiciaire et la mise en œuvre de la sanction procédurale .....	413
§ 1 : Le droit au juge judiciaire français.....	413
A) Le recours procédural contre le jugement rendu à l'étranger.....	414
B) Le recours procédural contre les sentences arbitrales .....	415
§ 2 : Le droit au <i>double degré de juridiction</i> .....	418
A) L'appel, voie d'annulation en vertu d'un texte .....	419
B) L'appel, voie d'annulation contre un texte.....	420
C) L'appel, voie d'annulation et le <i>double degré de juridiction</i> .....	421
§ 3 : Le droit au recours en cassation .....	422
§ 4 : Le droit à la révision d'une décision .....	426
<i>Chapitre 2 : L'action des principes directeurs sur les acteurs du procès judiciaire.....</i>	<i>430</i>
Section 1 : L'action des principes directeurs du procès judiciaire assortie d'une sanction procédurale .....	430
§ 1 : L'action des principes directeurs sur les juges .....	430
§ 2 : L'action des principes directeurs sur les parties .....	433
A) Les parties et leur action (le droit d'agir en justice).....	433
B) Les parties et la preuve .....	436
C) La personne poursuivie et sa liberté .....	437
Section 2 : L'action des principes directeurs du procès judiciaire assortie d'une sanction civile .....	438
§ 1 : L'indemnisation des dommages résultant de la méconnaissance d'un principe directeur du procès judiciaire .....	439
A) La responsabilité générale du service public de la justice.....	439
B) Les régimes spéciaux de responsabilité.....	444
a) La violation d'un principe du droit interne .....	444
b) La violation d'un principe de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme .....	447
§ 2 : La mise en conformité avec les prescriptions d'un principe directeur du procès judiciaire.....	448
A) Les sanctions civiles qui assortissent la production forcée de pièces en justice .....	448
B) L'insertion d'un communiqué dans la presse .....	451
Section 3 : L'action des principes directeurs du procès judiciaire assortie d'une sanction répressive.....	453
§ 1 : La responsabilité pénale pour violation d'un principe directeur du procès judiciaire.....	453
A) La protection principale d'un principe directeur par une sanction pénale .....	453
B) La protection incidente d'un principe directeur par une sanction pénale.....	456
§ 2 : La responsabilité disciplinaire pour violation d'un principe directeur du procès judiciaire.....	458
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE .....	461
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>465</b>
1) Ce qui est.....	465
2) Ce qui peut être .....	467
<b>ANNEXES.....</b>	<b>471</b>
ANNEXE 1 : SCHEMA HIERARCHIQUE GENERAL.....	472

---

ANNEXE 2 : AUTORITE DISTINCTE DE DEUX NORMES SITUEES SUR UN MEME NIVEAU DANS LA HIERARCHIE ORGANIQUE .....	473
ANNEXE 3 : REPRESENTATION DE LA « THEORIE DES TROIS PLANS » .....	474
ANNEXE 4 : ANALYSE DE LA « THEORIE DES TROIS PLANS » (1).....	475
ANNEXE 5 : ANALYSE DE LA « THEORIE DES TROIS PLANS » (2).....	476
ANNEXE 6 : ESSAI D'UNE REPRESENTATION DU DROIT DANS L'ESPACE .....	477
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>481</b>
I) OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS .....	481
II) OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES, RAPPORTS.....	484
III) ARTICLES, CHRONIQUES, DOCTRINE .....	487
<b>INDEX.....</b>	<b>507</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>517</b>