

## La philosophie du procès, propos introductifs

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeuse à l'Université Paris IX-Dauphine

Naguère, lorsqu'on voulait parler du droit et de sa philosophie, l'on évoquait la loi. Les réflexions de Platon sur le droit, la justice, sa concrétisation et son organisation, portent avant tout sur les lois et l'intitulé d'une de ses dernières œuvres, *Les Lois*, l'illustre. Il est vrai que ces textes visés, fussent-ils d'origine humaine, contenaient plus que leur lettre, dans le regard de ceux qui les observaient en tout cas, puisqu'ils recélaient la vertu de justice. Même lorsque l'on adopta la vision d'un droit contraint à n'être plus que lui-même, réduit à ce qui avait été posé par des autorités formellement compétentes pour le faire, ce fut sous la forme d'un positivisme qui se voulait légaliste.

On observe en contrepoint que le procès n'a apparemment que peu d'existence philosophique autonome. Il peut certes être le cadre naturel de l'éloquence, tel que le perçoit Aristote, dans sa *Rhétorique*. Il est surtout et simplement ce qui précède dans le temps le jugement. Or le juge, par les décisions qu'il prend mais aussi par lui-même, est devenu le grand personnage actuel. Sorte de héros puissant et clairvoyant redressant les lois vieilles ou contrefaites, incarnation d'une vertu de justice qui peut parfois prendre des allures de dieu vengeur, homme compatissant proche de l'affaibli qui réclame ses soins lorsque se constitue la théorie de la justice de proximité, c'est désormais le plus souvent à lui que l'on se réfère lorsqu'on attend quelque chose du droit. Et l'on en attend aujourd'hui beaucoup, ne serait-ce que parvenir à refonder une société malade d'avoir perdu son origine. Le juge a remplacé en politique fondamentale l'homme politique. Ce bouleversement n'est pas sans susciter quelques secousses telluriques dans les événements concrets.

Car, en ce qui concerne l'événementiel, les procès – et le pluriel est ici aussi significatif que le fut celui attaché aux histoires avant que les pensées sur l'Histoire n'imposent le singulier de la théorie – existent et sont même fameux : le procès de Jésus, le procès de Socrate, les procès de Moscou. Mais ces sortes d'appellations contrôlées sont hautement paradoxales. En effet, pour chacun de ces événements, ce ne furent que de « faux procès », chacun le perçoit intuitivement et le dénonce. Dans chacun d'eux, l'affaire était déjà faite, la volonté de condamnation acquise et l'exécution arbitraire à peine déguisée. Mais, de cette même façon quasiment intuitive, l'on peut alors affirmer que si, avant même que ne débutent les débats, la cause est déjà entendue, que ce soit pour punir ou pour absoudre, il n'y a pas de véritables procès. Ce ne sont que marionnettes et décors en carton-pâte. Apparaît ainsi nettement l'un des paramètres naturels du

procès : l'impartialité objective du tribunal, son absence de préjugé et la présomption d'innocence qui interdit de faire peser sur la personne poursuivie la charge de prouver son innocence, laquelle doit être en tout état de cause encore objet de débat quand le procès débute.

L'on découvre ainsi ce qu'est essentiellement un procès en partant des exemples de ce qu'il n'est pas. Comme pour la justice qui se détermine à partir de l'expérience de ce qui n'est pas juste. Et c'est par la même connaissance réactive que l'on admet que le procès n'est pas qu'une pièce de théâtre où chacun tient bien son rôle et se drape dans sa robe, mais le lieu toujours inattendu où se joue un enjeu sans cesse inédit pour qu'à son terme puisse être prise la décision la plus juste possible. En effet, l'office du juge est, à partir de la connaissance des faits la plus exacte que possible, de trancher les litiges en appliquant la règle de droit adéquate dans une décision la plus juste possible et la mieux acceptée que possible par les parties, y compris par le perdant. L'addition de tous ces possibles – qui ne fait que confirmer que la justice est humaine et que la vertu, notamment de justice, est une tendance et non un état – a pour socle le procès. C'est en effet grâce et au cours du procès que les faits seront recherchés, la règle de droit discutée, la décision mûrie. Le lien profond entre le procès et la justice est une raison de plus de rechercher quelle pourrait être, positivement, la figure du procès.

Mais, tout d'abord, le procès pourrait-il être la simple déclinaison d'un modèle que l'on dirait principal, tels que ceux du contrat, du marché ou du jeu ?

Le contrat, signe classique d'une justice née de l'autonomie de la volonté des parties et de leur équilibre formel, peut être évoqué car il y a du contrat dans le procès. Tout d'abord, parce que le procès fonctionne souvent sur le mode de l'accusatoire, le principe dispositif pouvant être analysé comme la transposition de la liberté contractuelle : ce sont les parties qui fixent les termes du litiges, c'est sous leur houlette que le procès se déroule, le juge, arbitre passif, attendant que sorte du débat le sens du jugement qu'il conviendra de prononcer. Mais l'on a alors beau jeu de souligner que l'un des caractères du jugement – car le procès n'est que préparatoire au jugement, ce qui explique la difficulté qu'il y a d'y consacrer une théorie autonome –, à savoir l'adéquation de la décision avec la réalité des faits qui sont soumis au juge, n'est plus servi puisque la vérité ne sera que celle des parties, le juge ne pouvant rechercher de lui-même cette réalité sur laquelle son jugement doit prendre appui. C'est pourquoi les procédures tendent aujourd'hui à devenir inquisitoires ; cette sorte de contractualisation de la justice que sont le principe dispositif et l'organisation accusatoire du procès s'efface, au bénéfice d'une alliance entre inquisitoire et contradictoire. On remarquera d'ailleurs que l'arbitrage, procès en entre-deux puisque la source du pouvoir juridictionnel du juge y est contractuelle, souffre de cette origine qui prive notamment l'arbitre de l'*imperium*.

Cependant, l'accord n'est pas absent du procès et l'on peut même affirmer qu'il en est constitutif, en dehors même des hypothèses d'arbitrage, médiation, conciliation, etc. En effet, il faut d'abord être d'accord sur le désaccord pour le soumettre au juge par le procès. La procédure anglo-saxonne le transcrit plus nettement que la procédure d'autres pays mais cela est acquis. Ainsi, il y a tout à la fois de la guerre et de la paix dans le mécanisme du procès, une dialectique du conflit qui aboutit à l'apaisement social recherché. La procédure opère une transfiguration de la violence, en dehors du jugement en

perspective, puisqu'injures verbales – la liberté de la défense trouvant tout de même ses limites dans l'outrage à la Cour et la diffamation – et effets de manche remplacent les violences et menaces physiques. Ainsi, ce n'est pas tant dans la sanction elle-même, dans l'équivalence imposée par la loi du talion par exemple, que réside le premier progrès de la justice, mais dans le fait même de comparaître devant un juge, un prêtre, un tiers, au lieu d'une mise en œuvre autonome, directe, voire domestique, de la vengeance, fût-elle d'égale force. Le procès est l'organisation mécanique d'un ralentissement de la violence s'épuisant et se vidant par le sas procédural qui permet seul son arrêt par le jugement. Un procès, c'est un peu comme une entrée du train en gare, le jugement en étant le butoir ; et il faut d'abord que les voyageurs soient d'accord pour cette destination. On admet donc que le modèle du contrat rend possible le procès mais que ce dernier n'en est pas pour autant la transposition.

Songeons alors au modèle philosophique du marché. Ce dernier peut paraître en effet pertinent dans la mesure où il se définit comme un lieu où se rencontrent une demande de vendre et une demande d'acheter, lesquelles, par une sorte de tâtonnement objectif, s'ajustent pour former un juste prix. Or, le procès met bien en présence deux demandes, la prétention du demandeur, la résistance du défendeur. Les allégations respectives qui les soutiennent s'ajustent peu à peu et l'on pourrait songer à identifier le principe du contradictoire, qui organise l'affrontement et la corrélation des discours, comme la « main invisible » du procès, lui appliquant ainsi l'image célèbre d'Adam Smith. En résulterait le juste jugement, comme il y a le juste prix, adéquat à la demande exprimée de part et d'autre.

Il existe d'ailleurs un marché du droit du fait d'un nivellement de la prestation juridique, fût-elle judiciaire, qui l'assimile désormais à un service analogue à une autre prestation. La vertu de justice est réduite à la performance technique. Il n'est pas indifférent d'observer que cette conception est notablement présente dans les accords du GATT, qui ne connaissent que le marché et analysent tout phénomène social à travers son prisme. Dans cette vision des choses, le procès est le processus de fabrication du produit attendu qu'est le jugement. Il y a mise en commun des ingrédients, les termes du litige, mixage, à travers les débats, vieillissement du produit en fût, par le jeu des délais, et livraison d'un jugement apte à l'usage auquel il est destiné. L'usage des voies de recours en dénoncera au besoin les vices. Dès lors, l'institution judiciaire est perçue comme une entreprise et le juge est mis à la chaîne. Se développe alors une conception gestionnaire de la justice, entre les mains du chef d'entreprise qu'est le chef de juridiction, et, se lamentant sur le faible rendement et la lenteur des procès, on préconise informatisation des procédures mais aussi limitation de la motivation des jugements, perte de temps regrettable. Le remplacement du juge par la machine est une perspective sérieuse. S'installe en outre une nouvelle relation du juge et des justiciables qui affecte le procès : la partie est un client et il convient de le satisfaire. Prestige, puissance, contrainte du droit sont bien loin... Enfin, est légitimée la réalité des différentes sortes de procès, suivant les moyens pécuniaires et l'initiation des personnes en cause : l'arbitrage pour ceux qui ne jurent que par la haute couture, le procès ordinaire constituant un honnête prêt-à-porter, l'aide juridictionnelle pour les assistés. Les plus riches peuvent d'ailleurs faire l'économie du droit, par la technique de l'amiable composition.

En réalité, cette immersion du procès dans le modèle du marché libéral, concevable et parfois effective, gâte le procès comme un ver dans le fruit. Le procès n'est pas qu'affaire de satisfaction d'une demande de jugement et processus mécanique d'élaboration de la décision qui convient. Il est aussi affaire de vérité, de droit indisponible et d'équité.

Songez alors à rattacher le procès aux théories du jeu. Il est en vogue de les évoquer à propos du droit et plus particulièrement au regard du procès. Ce dernier est en effet une sorte de théâtre d'ombres et d'apparences où les acteurs se jaugent, s'ajustent à travers des déclamations, des tirades et différents actes qui se déroulent sous l'inspiration d'une stratégie contentieuse. On est proche de la cour de récréation, de ses opérations de force et de ses marchandages ; le procès est ainsi une forme de ces « opérations à têtes multiples » qui détruisent ou raccommoient le lien social. La justice est alors négociée et le procès en fournit le cadre institutionnel favorisant les pourparlers. À l'heure où les lois économiques comme les sanctions morales ou pénales sont revues à l'aune des théories de la négociation, le procès est ce qui en autorise le meilleur développement.

Mais la théorie du jeu décrit les situations dans lesquels les acteurs peuvent par leur seule confrontation et relations trouver les solutions et les adaptations nécessaires. Le jeu permet l'économie d'une autorité normative extérieure. Or, le procès, s'il est autonome du jugement, n'a de sens que comme préliminaire à ce dernier. Et le jugement ne peut être le fait que du tiers impartial et désintéressé qu'est le juge. Dès lors, le procès est dépendant et ne contient pas en lui-même ce vers quoi il tend, à savoir l'application du droit, la fin du litige, la restauration de l'équité et le retour à la paix sociale. Cela est si vrai que lorsqu'il s'agit, atmosphère sociologisante aidant, de trouver des règlements alternatifs de règlement des litiges, par un processus qui permet en lui-même la réconciliation des parties, le premier pas qui est fait est d'en exclure le juge, le jugement et le procès. On mesure ainsi l'antinomie entre le procès, mécanisme institutionnel au bénéfice du juge et antichambre du jugement, et la théorie des jeux qui suppose une régulation autosuffisante, les relations des personnes en cause engendrant par leur seul ajustement la règle.

Il faut donc admettre que le procès existe théoriquement par lui-même. Indépendamment des différents modèles qu'il croise simplement, tels que le contrat, le marché ou le jeu, indépendamment même du jugement vers lequel il tend et sans lequel il n'existerait pourtant pas. Il aménage en effet le temps et le lieu dans lequel chacun des intéressés, chacune des personnes susceptibles d'être affectées par un jugement pouvant lui faire grief, peut s'exprimer et faire entendre ses arguments. Cela exige en amont que le tribunal soit disposé à l'entendre et désireux de le faire, dans la mesure où il ne sait pas encore lui-même ce qu'il en est. Le contraire serait la preuve de la partialité du tribunal : c'est la négation même du procès, comme cela fût évoqué plus haut. Ainsi le procès donne à la personne menacée d'une condamnation ou d'un débouté la protection qu'appelle sa faiblesse. Cette infériorité peut naître d'une différence de puissance entre les parties, déséquilibre contingent comme celui établi entre le consommateur et le professionnel, ou entre l'administré et l'administration par exemple, ou déséquilibre intrinsèque lorsque la personne poursuivie au pénal doit faire face au ministère public. Cette conception du procès comme mécanisme de protection des droits de la personne

prend certes appui sur les droits de l'homme et bénéficie de la puissance de ces derniers, l'ordre juridique tendant aujourd'hui à se reconstruire sur ces droits subjectifs naturels. L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme stipule en effet : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Mais cette vision présente aussi des faiblesses dans la mesure où il sera tentant d'affirmer qu'il est alors parfois des finalités plus impérieuses à servir. Ainsi, l'ordre public ou la gravité des comportements en cause justifieraient la mise à l'écart des garanties fondamentales du procès, qui apparaissent alors comme un luxe.

Mais, précisément, il ne convient pas de distinguer le procès, qui n'en serait que le cadre, et les garanties qui s'y développeraient, comme cela est souhaitable, mais quand cela est possible. Dans cette perspective, l'on pourrait toujours se priver de quelques éléments sans affecter le cadre, composer avec les exigences procédurales, ne pas s'offusquer de quelques violations de règles de forme sans grande importance. Au contraire, il n'y a pas de différence entre le procès et les garanties fondamentales : Henri Motulsky a démontré qu'elles en étaient consubstantielles. En effet, donner la parole à chacun, s'assurer de l'échange des pièces, c'est permettre au juge d'être éclairé tant sur le fait que sur le droit. Le procès s'identifie à la logique de la découverte de la vérité des faits et de l'adéquation du droit. Il y a identité entre procès et mécanisme dialectique de découverte de la solution juste par le biais des garanties fondamentales. On serait pourtant tenté d'opposer la logique de la découverte scientifique, unilatérale et construite autour du critère de validité, et la logique judiciaire, dont Chaïm Perelman montra qu'elle s'édifie à partir de prémisses vraisemblables, affectées par une opposition dialectique de thèses inverses et intéressées, pour aboutir à un jugement raisonnable et acceptable. Mais l'évolution de l'observation épistémologique a montré à son tour que la démarche scientifique visait à établir des hypothèses en attente de se voir infirmées par des démonstrations contraires, au cours notamment de débats au sein de la communauté scientifique qui en est juge. C'est alors le mécanisme du procès qui donne le « la » de la science, en ce qu'il est le moyen d'établir la vérité des faits et de choisir, voire d'établir, la règle générale et abstraite adéquate. Le procès est ainsi le moyen par lequel se concrétise le droit, à travers notamment les procédés probatoires qui assurent, comme l'a montré Henri Motulsky, la mise en correspondance des faits concrets de l'espèce et des faits abstraits constitutifs de la première partie de la norme juridique, afin d'opérer dans le jugement le déclenchement de l'effet juridique que la norme attache au constat des faits.

Ainsi, le procès marque surtout en droit le respect d'autrui, la place de chacun, et la vérité pour tous. Montesquieu, qui ne s'est guère penché spécifiquement sur le phénomène du procès, observe pourtant dans *L'esprit des lois* : «... dans les États modérés, où la tête du moindre citoyen est considérable, on ne lui ôte son honneur et ses biens qu'après un long examen : on ne le prive de la vie que lorsque la patrie elle-même l'attaque ; et elle ne l'attaque qu'en lui laissant tous les moyens possibles de se défendre » (livre VI, chap. II). Il semble bien ainsi que le procès constitue un modèle propre, le modèle de la justice même.