

## Section 1. LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE ET AU DROIT<sup>1</sup>

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE  
*Professeur des universités*

Les règles de droit n'ont de valeur que par leur concrétisation, qui rend les personnes effectivement titulaires de prérogatives juridiques. Cela peut s'opérer d'une façon tranquille, par un accès au droit, ou d'une façon plus belliqueuse, par l'accès à la justice. Tout dépend donc de l'accès à la justice, fût-il virtuel. Encore faut-il que les personnes comprennent le droit, ce qui implique un droit à l'intelligibilité, et qu'elles ressentent les bienfaits des jugements, par l'inclusion d'un droit à l'exécution de ceux-ci, exécution que la Cour européenne des droits de l'homme relie expressément au fonctionnement démocratique d'une société. Il n'y a pas de sécurité juridique sans cela. L'évolution du droit positif va dans ce sens, notamment par le renforcement de l'aide juridictionnelle, le droit précité à l'exécution des décisions de justice, l'existence des juges de proximité. Cependant, la réforme de la carte judiciaire a pu être critiquée en ce qu'elle éloigne le justiciable du tribunal. Cette logique générale d'accès au juge multiplie les droits subjectifs, devenus évocables devant celui-ci, le nouveau droit remarquable étant celui de se prévaloir de la contrariété à la Constitution. Le juge devient un personnage social, voire politique, central. La question prioritaire de constitutionnalité concrétise en outre le droit subjectif à un droit objectif conforme à la norme fondamentale. Ainsi, dans une société où mécaniquement le droit exacerbe ainsi les conflits, contrairement à sa fonction classique d'harmonie, le prix de l'accès à la justice et au droit est-il une paix sociale plus fragile et un fonctionnement plus instable et plus casuistique ?

**613.** Alphabet ne vaut certes pas raison, mais peut-on trouver symbole plus fort que l'ouverture du *Dictionnaire de la justice* par la rubrique « Accès au droit, accès à la justice<sup>2</sup> » ? S'il n'y a pas d'accès au droit et à la justice, il n'y a ni justice ni droit. L'affirmation paraît relever de l'élémentaire, de la tautologie, mais longtemps le droit français n'en a pas tiré de fortes et concrètes conséquences. Il change aujourd'hui profondément parce que la conscience de ces liens essentiels entre État de droit, accès à la justice et droits fondamentaux met au cœur du système juridique l'accès au juge. Le politique en a conscience qui, tant dans les

1. Nous remercions Béatrice Parance, maître de conférences à l'université du Maine, pour les recherches d'actualisation qu'elle a réalisées.

2. Y. Desdevises, « Accès au droit, accès à la justice », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1-6.

discours que dans les lois successives et ses choix budgétaires, en a fait une de ses priorités. Ce souci d'accès est partagé par les juridictions qui, par la rationalisation de ce qu'il ne faut pas craindre de désigner comme une démarche de gestion<sup>3</sup>, tentent d'organiser au mieux l'accès à la justice pour tous, afin que chaque justiciable y ait sa part, relayées en cela par des associations qui en ont fait leur but. Pourquoi cette centralité? Parce que toute personne a besoin d'être assurée par le droit de pouvoir avoir accès à la justice. Le refus immérité à la justice, c'est-à-dire au droit, froisse gravement le sentiment de justice qui nous anime<sup>4</sup>.

Certains avaient même pu réclamer un « plan Marshall » pour l'accès effectif de tous à la justice et le « rapport Boucher » préconisait en 2001 l'extension de l'aide juridictionnelle totale. Mais ce travail reconnaissait dans le même temps qu'aucun système idéal d'accès à la justice n'existe et que les finances publiques ne peuvent suivre sans conditions. La loi du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice* exprime ce souci d'accès des citoyens à la justice en le liant à l'efficacité du service public de l'institution juridictionnelle. C'est également le fil directeur de la loi du 18 février 2007 *relative à l'assurance juridique*, qui, par ce recours à un mécanisme usuel de marché, cherche à satisfaire le droit de chacun. Cette démarche, liant l'efficacité de la justice, y compris managériale, et le droit fondamental des personnes à accéder au juge, était déjà le cœur du « rapport Magendie » de 2004<sup>5</sup>. Suivant sa propre trajectoire mais toujours selon la même idée, le droit communautaire, par la directive du 27 janvier 2003 relative à l'aide judiciaire accordée à propos des litiges transfrontaliers, vise à imposer des règles minimales au bénéfice des justiciables impécunieux. Ainsi, l'Europe de la justice, c'est-à-dire l'Europe unifiée des droits fondamentaux des justiciables, va dans le même sens. Depuis 2008, des rapports successifs visent à établir ce qui pourrait servir de base aux législations de « modernisation de la justice », ayant pour trait principal un accès plus facile des personnes à la justice et une satisfaction plus rapide de leurs droits. C'est ainsi que la commission présidée par le doyen Serge Guinchard sur *la répartition du contentieux* et la commission présidée par le Premier président Jean-Claude Magendie sur *la célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, ont respectivement rendu le « rapport Magendie » le 25 juin 2008 et le « rapport Guinchard » le 30 juin 2008. De la même façon, le « rapport Darrois » sur les professions du droit du 4 avril 2009 consacre sa troisième partie à « l'accès au droit et à l'aide juridictionnelle ». Enfin, le « rapport Magendie et Thony » sur les conciliateurs de justice rendu le 8 avril 2010 insiste sur l'accès au droit par la conciliation et son articulation avec le service public de la justice.

**614.** Non seulement l'accès à la justice conjugue ces diverses perspectives sans contradiction mais l'on peut plus encore considérer que l'accès à la justice contient tous les autres droits. Le Conseil constitutionnel ne s'y est pas trompé lorsqu'il a affirmé dans une décision du 9 avril 1996<sup>6</sup> que, si l'on admettait une loi conférant un droit sans l'assortir d'un recours effectif devant un juge, la garantie des droits ne serait plus assurée et qu'ainsi, en application de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, il n'y aurait « plus de Constitution ». De la même façon, la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du

3. L. Cadiet (dir.), « De l'économie de la justice », *RIDE* 1999, n° 2; M. Doriat-Duban, « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », *RIDE* 2001, n° 1, p. 77-100; G. Canivet, « Économie de la justice et procès équitable », *JCP* 2002. I. 361.

4. M.-A. Frison-Roche, « Le juge et le sentiment de justice », in *Le juge et le droit de l'économie. Mélanges P. Bézard, Petites affiches-Montchrestien*, 2002, p. 41-53.

5. J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, rapport au garde des Sceaux, La Documentation française, 2004.

6. *AJDA* 1996. 371, obs. O. Schrameck.

21 janvier 2010 a posé que « le principe fondamental d'une société démocratique » oblige l'État à faire respecter le droit et exécuter les décisions, pour que ne revienne pas la justice privée<sup>7</sup>.

L'accès à la justice concerne donc l'organisation politique des pouvoirs puisqu'il interfère directement avec l'équilibre de ceux-ci, une institution juridictionnelle écrasée sous la masse des demandes ne pouvant plus jouer son rôle constitutionnel. Ainsi, la question prosaïque de l'accès à la justice et les querelles budgétaires ont des prolongements dans notre démocratie, et ce d'autant plus nettement que l'Europe n'autorise pas un État à justifier une entrave à l'accès à la justice par le constat d'un manque de crédit<sup>8</sup>. Dans cette perspective budgétaire, on soulignera que l'accès à la justice n'est pas seulement une question de volume global de moyens mais encore d'adéquation dans l'affectation de ces moyens à des missions précises au bénéfice du justiciable. En cela, l'articulation interne du budget de l'État, à travers les principes de la loi organique sur les lois de finances (LOLF) « liant argent public et missions désignées » établit un lien direct entre l'usage des fonds publics et l'accueil des justiciables, délai des procédures et existence des recours. Ainsi, le plus concret et le plus fondamental fusionnent dans l'accès à la justice, illustration plus générale du droit comme ce qui articule toujours le plus sacré et le plus trivial. En est exemplaire le décret du 28 décembre 2005, qui tout à la fois peaufine des règles procédurales déjà très précises et trouve des solutions « avec les moyens du bord<sup>9</sup> » pour que l'accès au juge ne soit pas que vain principe et paravent d'incurie. De cette manière, la procédure, branche parfois vilipendée du droit, celle des procéduriers, est ce qui peut réaliser la justice politique et sociale, précisément parce qu'elle est servante de principes essentiels<sup>10</sup> et parce qu'elle est l'écho des nouvelles philosophies politiques associant la démocratie à la façon de faire. La procédure recèle l'art de la discussion et du débat, art porteur de morale en lui-même puisqu'il suppose que l'on porte considération à son contradicteur.

**615.** Le droit met donc aujourd'hui en premier l'accès à la justice parce que celui-ci est intimement lié à l'accès au droit, ce dernier étant lui-même un souci à la fois permanent et renouvelé du système juridique (*I.*). Cette importance vient essentiellement du fait que le droit appréhende désormais l'accès à la justice à travers une perspective de droit subjectif (le « droit d'accès à la justice », gemellaire du « droit au droit ») et confère au droit de chacun d'accéder à la justice une valeur première en lien avec la citoyenneté, lien que la question prioritaire de constitutionnalité vient renouveler (*II.*). Nous sommes passés de la tautologie précitée à l'acte politique. Une fois ce mouvement explicité, il est loisible de repérer dans le droit positif les règles qui réalisent le droit d'accès à la justice, celui-ci conduisant de l'exercice du droit d'action à l'exécution du jugement obtenu (*III.*). Enfin, on sait que la procédure est tout à la fois ce qui déclenche la discussion par l'action en justice, l'arrête par le jugement mais peut encore la reprendre par la voie de recours : la question de l'intégration de l'exercice de la voie de recours dans le droit d'accès à la justice est toujours en suspens (*IV.*).

7. CEDH, 5<sup>e</sup> sect., 21 janv. 2010, n° 1027/02, R.P. c/ France, *Procédures*, note N. Fricero, l'arrêt faisant suite à un précédent de 2005 visant expressément le « droit au juge ».

8. CEDH, 1<sup>er</sup> sect., 7 mai 2002, *Burdov c/ Russie*, D. 2002. SC. 25572, obs. N. Fricero. V., d'une façon plus générale, L. Cadiet, *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, coll. « Droit et justice », 2003.

9. Expression de R. Perrot, « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* févr. 2006, p. 4-11, spéc. p. 11.

10. D. d'Ambra, F. Benoît-Rohmer et C. Grewe (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit & justice », 2004.

### 1. Le lien fondamental entre l'accès à la justice et l'accès au droit

**616.** L'accès au droit est une préoccupation majeure dès l'instant que la garantie des prérogatives des personnes ne repose plus sur la puissance bienveillante de l'État mais sur le droit lui-même. Si l'on ne peut plus s'en remettre à l'État, il faut poser avant toute chose « le droit au droit<sup>11</sup> ». Ne dressons pas l'une contre l'autre les notions d'État et de droit. En effet, les lois sur l'accès au droit sont l'œuvre de l'État et ce sont les structures administratives, par exemple les préfets en étroite collaboration avec les procureurs, ou les organes départementaux d'accès au droit, qui en assurent le possible succès. Dans un tel dispositif, l'accès à la justice prend un nouveau relief par le lien établi avec l'accès au droit. L'accès à la justice peut être un moyen d'accès au droit (A.). L'accès au droit peut aussi être une alternative à l'accès à la justice (B.).

#### A. L'accès à la justice comme moyen d'accès au droit

**617.** Il faut tout d'abord définir « l'accès à la justice » et « l'accès au droit ». L'accès à la justice permet à toute personne qui y a un intérêt légitime et qui présente la qualité éventuellement requise, d'accéder à une juridiction pour que celle-ci statue sur sa prétention. L'accès à la justice est donc la condition antérieure au droit d'action et à la demande en justice. Le Conseil constitutionnel a depuis longtemps donné à l'accès à la justice valeur constitutionnelle<sup>12</sup>, accès qui appartient pleinement au droit processuel<sup>13</sup>. Le devoir de l'État est de rendre cet accès le plus effectif possible. C'est pour cela qu'une sorte de *class action* à la française avait été envisagée en 2005 et que sa perspective d'adoption par une loi à venir n'est pas totalement fermée<sup>14</sup>.

La notion d'« accès au droit » est plus délicate à cerner que la notion d'« accès à la justice », et fut d'ailleurs reconnue plus tardivement par le droit positif. En effet, on peut considérer que les règles de droit sont toujours virtuellement actives, que leur effectivité est donnée, leur bénéfice étant par nature acquis à leurs destinataires. La notion d'accès est alors difficile à justifier : pourquoi faudrait-il organiser une « prise » pour ce qui est perpétuellement « disponible » ?

**618.** Mais si l'on analyse la situation plus concrètement, on doit prendre acte que, par une inversion des choses, le droit est souvent proprement inaccessible : il est de plus en plus difficile à connaître, à comprendre, à mettre en application<sup>15</sup>, alors même que l'adage *Nul n'est censé ignorer la loi* empêche qu'on puisse attacher un effet juridique à l'ignorance qu'une personne peut avoir de sa situation juridique. Jean Carbonnier insistait à l'inverse sur la dimension péda-

11. J.-M. Varaut, *Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, PUF, coll. « Libre échange », 1986.

12. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. « Domat », 2008, n° 43.

13. S. Guinchard, *et alii*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 2009, n° 645 et s.

14. Ce mécanisme nord-américain permet à des personnes de se prévaloir d'intérêts d'une catégorie de personnes (la classe) sans pour autant être obligées de justifier de mandats de la part de celles-ci (système de l'*opt out*). Le juge doit alors conférer au représentant la qualité à agir pour la classe alors que celui-ci n'a pas à proprement parler intérêt à agir. La commission établie pour y réfléchir n'ayant pas abouti à un consensus, la voie législative n'est plus à l'ordre du jour. Illustrant bien ce partage des opinions, v. « Les *class actions* devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », numéro spéc. *LPA* 10 juin 2005. Les contournements ont été sanctionnés, par la condamnation du site Internet « classaction.com » par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 octobre 2006.

15. G. Nicolau, « Inaccessible droit ! », *RRJ* 1998. 15-49; *Association Droit et démocratie* (dir.), « Les inégalités devant la loi et la justice », numéro spéc. *LPA* 28 nov. 2002.

gogique de la loi, et le « mythe de sa connaissance<sup>16</sup> » est aujourd'hui remis en cause. Dans cette perspective, la décision du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999 est de la plus grande importance lorsqu'elle affirme que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont désormais un objectif à valeur constitutionnelle<sup>17</sup> : elle élève au nom d'une prérogative juridique le droit à comprendre le droit, la connaissance étant le premier mode de l'accès, et la technicité du langage juridique le premier souci<sup>18</sup>. C'est dans son prolongement que la loi du 12 avril 2000 impose aux administrations l'obligation juridique de faire comprendre aux administrés les règles juridiques qu'elles sont en charge de leur appliquer. La seconde décision du Conseil constitutionnel du 29 novembre 2005 est de plus grande importance encore<sup>19</sup>, en affirmant que le législateur ne peut s'autoriser plus de complexité qu'il n'est nécessaire pour satisfaire le but qu'il s'est fixé. Le Conseil rejoint ici le principe de proportionnalité, le souci de sécurité juridique<sup>20</sup>, puis surtout lie accès à la justice, accès au droit et intelligibilité, autour du droit fondamental de tous d'actionner le droit à son profit, ce qui suppose à la fois d'en avoir connaissance, c'est-à-dire d'y comprendre quelque chose, et de trouver un juge à saisir. Le droit français a évolué profondément en établissant entre ces notions des liens triviaux qui n'étaient pas précédemment de droit positif. Ils sont ce sur quoi se construit le droit d'aujourd'hui. Pourtant, la simplicité ne vaut pas en soi, la simplification du droit n'est pas un objectif sans condition, car cela conduirait à supprimer quasiment le droit pour qu'il en demeure si peu que chacun le comprenne, en sacrifiant son caractère adéquat. Cette conception souvent avancée de la simplicité du droit comme but en soi a notamment été adoptée par la Banque mondiale dans ses rapports annuels *Doing Business*, qui évaluent les performances économiques du droit à l'aune de sa simplicité. Cette méthodologie a été fortement critiquée par la doctrine française<sup>21</sup>, en ce que le meilleur droit n'est pas le plus simple mais celui qui n'est pas plus complexe qu'il n'est nécessaire, autre façon d'exprimer le principe de proportionnalité. En revanche, lorsque l'assemblée plénière de la Cour de cassation, par un arrêt du 21 décembre 2007<sup>22</sup>, n'oblige pas le juge à substituer un fondement juridique pertinent à celui proposé par les parties, elle met directement un frein à l'effectivité de l'accès de celles-ci au droit. On en comprend la raison triviale, notamment la complexité des règles qui pèse sur les magistrats, l'encombrement des tribunaux et la lourdeur du travail des juges, mais l'on peut néanmoins, comme le fit jadis Henri Motulsky, regretter une telle solution, puisque la méconnaissance du droit est le plus souvent le handicap des parties les plus faibles, abandonnées ainsi par le juge.

**619.** D'une façon plus générale, le lien entre « accès au droit » et « accès à la justice » est très fort car il est circulaire : il faut avoir accès au droit pour avoir accès au juge, il faut avoir accès au juge pour avoir accès au droit<sup>23</sup>. L'État doit plus particulièrement apporter son aide grâce au service public de la justice aux

16. P. Deumier, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA* 6 mars 2000, p. 6-12.

17. M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *D.* 2000. Chron. 253-267.

18. G. Lebreton, « Langue française et accès au droit », *RRJ* 2003. 1157-1666, qui insiste sur l'usage unique de la langue française pour assurer cet accès.

19. *LPA* 6 janv. 2006, note J.-É. Schoettl., p. 4-37.

20. Conseil d'État, rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE n° 57, La Documentation française, 2006, p. 229-337.

21. V. par ex. Association H. Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question. À propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Société de législation comparée, 2006 ; A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

22. *JCP* 2008. II. 10006, note L. Weiller.

23. J. Ribs, « L'accès au droit », in *Libertés. Mélanges J. Robert*, Montchrestien, 1998, p. 415-430.

plus démunis, notamment dans les litiges de consommation<sup>24</sup>, de logement, de famille, de répression, mais l'affirmation vaut pour tout contentieux, que celui-ci concerne plus particulièrement les prérogatives des personnes (contentieux dit « subjectif ») ou qu'il vise en priorité l'effectivité des règles (contentieux « objectif »). Dans un même mouvement, l'accès à la justice peut alors prendre la forme des « maisons du droit et de la justice » créées par la loi du 29 octobre 2001 ou s'insérer dans des mécanismes « d'aide aux victimes<sup>25</sup> ». Encore faut-il trouver aisément le juge qui restaurera le droit ou rendra effectifs les droits. Le système français semble se contredire : d'un côté, il rapproche le justiciable d'un juge, le « juge de proximité », de l'autre il l'éloigne, par la réforme de la carte judiciaire en supprimant des juridictions.

Concernant les juges de proximités, instaurés par la loi du 9 septembre 2002, il s'agissait, pour les « petits litiges » de rendre accessible un juge au bénéfice des personnes lésées, juge pouvant rapidement et à peu de frais les protéger. Cette innovation a certes été critiquée par certains, en tant qu'il aurait été plus efficace de renforcer les juges d'instance et parce qu'elle confère des pouvoirs juridictionnels à des personnes n'offrant pas les mêmes garanties que des magistrats au sens strict<sup>26</sup>, ce qui a justifié l'adoption d'une loi organique le 27 février 2003. Depuis, la loi du 26 janvier 2005 a encore accru les compétences de ces juges de proximité. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 2005<sup>27</sup> a estimé que cette extension de compétence ne viole pas le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire dès l'instant que la compétence de ces juges demeure limitée par rapport à celles des juridictions menées par des magistrats de carrière. Mais le « rapport Guinchard » sur la répartition des contentieux, du 30 juin 2008, a préconisé la suppression de ces juridictions, en ce qu'elles rendent illisibles la carte judiciaire, pour rattacher les juges de proximité aux tribunaux de grande instance. Une étude menée en 2008 a montré que les contentieux réglés par les juges de proximité ne soulevaient souvent aucun problème juridique sérieux, que le montant moyen en cause était de 1 200 euros et que les juges sont bienveillants, ce qui renvoie bien à l'image du « juge de paix<sup>28</sup> », même si l'étude conclut néanmoins que le juge d'instance serait mieux indiqué pour exercer cet office. Comme celui-ci n'en a pas le temps. Il faudrait donc que les premiers assistent les seconds.

Concernant la carte judiciaire, modifiée par décrets en 2008, sa réforme a consisté à réduire le nombre de juridictions sur le territoire. Elle demeure très contestée en ce qu'elle rend plus difficile le contact du justiciable avec un juge, rendu ainsi plus éloigné. Mais on peut aussi souligner qu'il ne s'agit que d'une question de kilomètres, et que les trajets sont aujourd'hui plus faciles à parcourir. La concentration des moyens sur moins de juridictions peut produire au contraire une meilleure proximité, puisque plus de personnes et de moyens seront disponibles au bénéfice des justiciables.

D'une façon plus générale, la justice devient le média pour la personne à son propre droit et c'est ainsi qu'il faut comprendre le changement terminologique opéré entre la loi du 3 janvier 1972 visant « l'aide judiciaire » et la loi du 10 juillet 1991 évoquant « l'aide juridique », au sein de laquelle l'aide juridic-

24. V. le panorama clair et complet en la matière, O. Gout, « L'accès au droit des consommateurs », *LPA* 30 mai 2008, p. 20 s.

25. Article 63 de la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 sept. 2002.

26. R. Piastra, « La réforme de la juridiction de proximité », *Gaz. Pal.* 2005. 187-188.

27. Décis. n° 2004-510 DC, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*.

28. « Les juridictions et juges de proximité. Leur rôle en matière d'accès à la justice des petits litiges civils », *JCP* 2009. I. 106.

tionnelle s'insère<sup>29</sup>. Ainsi, par transitivité, le droit à l'aide juridictionnelle est devenu lui-même un « droit fondamental », parce que cette aide financière est la condition d'effectivité des droits des personnes<sup>30</sup>. De plus, l'accès à la justice en ce qu'il aboutit à la constitution de la jurisprudence, laquelle a pour fonction d'interpréter et d'éclairer la loi, contribue à l'intelligibilité du système juridique, ce qui est un bien commun pour le justiciable et pour l'ordre juridique. On retrouve encore cette puissance circulaire : l'activité du juge crée par la jurisprudence une meilleure intelligibilité, laquelle accroît, par diffusion de sens dans le système juridique, le droit de chacun au droit et à son droit.

**620.** C'est une première raison pour laquelle l'accès à la justice est un droit tout aussi important dans le contentieux objectif que dans le contentieux subjectif. L'insertion par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 10 décembre 2009 de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>31</sup> le confirme puisque l'annulation d'une loi, question objective, devient l'enjeu d'un conflit entre parties au litige. Le droit d'accès à la justice s'avère alors d'autant plus important que le principe de légalité doit être respecté car plus un grand nombre de personnes particulières accèdent au juge et plus le droit objectif est concrétisé. Cela est affirmé traditionnellement pour le droit pénal, la sanction du délinquant restaurant l'effectivité de l'ordre de la loi, mais c'est tout aussi vrai pour les branches du droit nouvelles, tel le droit de l'environnement<sup>32</sup>, et c'est l'idée même qui fonde le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité qui protège le justiciable de l'application à son détriment d'une loi anticonstitutionnelle et a également vocation à « nettoyer » l'ordre juridique des lois anticonstitutionnelles promulguées.

**621.** L'évolution de la législation illustre ce lien entre l'accès au droit, l'effectivité des droits et du droit et l'accès à la justice. Ainsi, la loi sur l'aide juridique du 10 juillet 1991, puis la loi contre les exclusions du 29 juillet 1998, puis la loi du 9 septembre 2002 par son dispositif d'aide aux victimes, tentent de faciliter l'accès à la justice de personnes qui sont exclues du droit, notamment en s'appuyant sur les associations. Plus directement et d'une façon plus générale, la loi du 18 décembre 1998 met en avant l'accès au droit et la nécessité d'organiser, par des dispositifs financiers et administratifs, son effectivité pour tous. La loi du 18 février 2007 *relative à l'assurance de protection juridique*<sup>33</sup> lie plus étroitement encore accès à la justice et efficacité du financement par le recours à l'assurance. L'ensemble du dispositif de protection des justiciables se rapproche de plus en plus, dans sa conception et son évolution, de celui visant les victimes d'accident de voiture. On mesure ici encore le déplacement du rôle de l'État : traditionnellement, il octroyait formellement les droits d'agir, aujourd'hui, il sert leur concrétisation. Ce rôle de l'État dans l'effectivité des droits de chacun, qui

29. Sur l'analyse et la préconisation d'une telle évolution, v. *Conseil d'État, L'aide juridique, pour un meilleur accès au droit*, La Documentation française, 1991; D. d'Ambra, « L'aide à l'accès à la justice : l'aide juridictionnelle », in D. d'Ambra, F. Benoît-Rohmer et C. Grewe (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, préc., p. 43-54.

30. J. Bougrab, « L'aide juridictionnelle : un droit fondamental », *AJDA* 2001. 1016 et s.; G. Marchesini, « Le droit à l'aide juridictionnelle. Réflexion sur l'effectivité d'un droit fondamental », *RRJ* 2003, n° 1, p. 77-94. Dès lors qu'il s'agit d'un droit fondamental, le juge en est le protecteur et l'aide effective de l'avocat la conséquence naturelle (P. Waquet, « L'office du juge en matière d'aide juridictionnelle », *D.* 2005. Chron. 2827-2829).

31. B. Mathieu, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit – à propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-59 DC », *JCP* 2009. I. 602.

32. G. Monédiaire, « L'accès à la justice communautaire en matière d'environnement au miroir de la convention d'Aarhus », *RJE*, numéro spéc., 1999, p. 63-75.

33. Le rapport Darrois y est très favorable, allant jusqu'à proposer qu'elle devienne le complément imposé de toute assurance obligatoire.

montre la dialectique entre l'ordre juridique objectif et les prérogatives subjectives, s'est manifesté dans les projets de lois *relatifs au Défenseur des droits*<sup>34</sup>, qui font suite à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Il s'agit de donner davantage d'effectivité aux droits et libertés des personnages à l'égard de l'administration, dans la ligne de ce qu'est actuellement le Médiateur de la République. Le Défenseur des droits, autorité administrative indépendante, agirait en association notamment avec la HALDE.

**622.** Se pose alors la question de la possibilité même des systèmes de « filtrage » des actions. En effet, si l'on considère que l'accès à la justice et au droit est à ce point fondamental, il serait donc impossible de réduire le droit de tous les justiciables à saisir le juge. C'est à ce titre qu'avait été contestée la perspective souhaitée par certains d'un droit du ministère public de « filtrer » les constitutions de partie civile<sup>35</sup>. Au contraire, cet accès de la victime au procès pénal par ce biais demeure acquis, sans que le ministère public puisse l'entraver, et cette règle n'est pas remise en cause par la commission de réflexion présidée par Monsieur Philippe Léger sur la réforme de la procédure pénale, alors même qu'elle propose la suppression du juge d'instruction et même si elle suggère de limiter l'accès à la technique de la citation directe en matière correctionnelle. Pourtant, si l'instrument du filtrage est inconcevable en première instance, il peut être légitime dans les voies de recours, et ce plus encore si la voie de recours concernée est extraordinaire, comme dans le cas du pourvoi en cassation. En outre, c'est alors soit en termes de suppression radicale de la voie de recours, soit en termes de recevabilité de l'action que la sélection doit être objectivement opérée<sup>36</sup>, par exemple par une restriction des allégations recevables aux seules questions de droit<sup>37</sup>. Enfin concernant la question prioritaire de constitutionnalité, la technique du filtre a été choisie par la loi organique du 10 décembre 2009, filtre manié par la Cour de cassation et le Conseil d'État pour chacun de leur ordre.

### B. L'accès au droit comme alternative à l'accès à la justice

**623.** Ce rapport entre l'accès au droit et l'accès à la justice, obligeant l'État à organiser l'accès à la justice pour que chacun ait accès au droit, peut s'inverser sans se contredire. En effet, si l'accès à la justice est un moyen d'accès au droit, alors si l'accès au droit peut être directement obtenu sans passer préalablement par une procédure judiciaire, « sans passer par la case Justice », l'effectivité des droits fondamentaux requiert de développer ces nouvelles méthodes. La loi du 18 décembre 1998 opère le lien en associant accès au droit et résolution amiable des litiges. En effet, l'accès à la justice n'est pas méconnu par les modes alternatifs de règlement des litiges, bien au contraire, et l'on notera que les juridictions elles-mêmes participent activement à leur mise en place. Comme l'a dit exactement un magistrat, les modes alternatifs de règlement des litiges participent de la « lutte pour le droit<sup>38</sup> ». Ainsi, le « rapport Guinchard » du 30 juin 2008 insiste sur l'op-

34. Projet de loi organique n° 610 déposé devant le Sénat; projet de loi n° 611 déposé devant le Sénat.

35. P.-F. Divier, « L'instruction pénale française à l'épreuve du "procès équitable" européen », *D.* 2004. Chron. 2948 et s., faisant référence à l'arrêt CEDH 12 févr. 2004, *Perez*.

36. En droit français, on peut prendre l'exemple de la rescision pour lésion en matière immobilière, le Code civil organisant tout d'abord un examen de la recevabilité de la demande, par la vraisemblance de l'allégation, avant que le juge n'autorise la discussion sur son bien-fondé, par voie d'expertise (art. 1677 C. civ.).

37. C'est le cas pour l'accès à la Cour de cassation, mais aussi à la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'elle intervient après un jugement rendu par le tribunal de première instance, ou encore lorsque les États entendent saisir l'organe permanent d'appel au sein de l'Organisation mondiale du commerce.

38. P. Lavigne, « Les MARC et la lutte pour le droit », *LPA* 3 déc. 2009, p. 51 et s.

portunité des modes alternatifs de règlement des litiges. De la même façon, le « rapport Magendie et Thony » d'avril 2010 sur les conciliateurs de justice insiste sur le fait qu'ils apaisent le conflit et qu'ainsi le but est atteint, en ayant fait l'économie des moyens que sont le droit et les procédures complètes.

**624.** Ces modes alternatifs sont à la fois des moyens de l'accès à la justice, lorsqu'il s'agit de reconstituer des procédures plus aisées, plus simples, rapides et conviviales à côté ou au sein des tribunaux, et un accès au droit lorsque le juge est saisi pour appliquer celui-ci. Mais ils deviennent un moyen de satisfaire directement les demandes en organisant notamment une réconciliation ou une médiation pour permettre à la personne de recevoir son dû, par exemple l'indemnisation du dommage subi, ou une séparation moins douloureuse du couple, sans qu'il soit nécessaire d'en passer par une explicitation juridique ou factuelle du litige. Dès lors, l'accès à la solution juste, réconciliant les parties, aura été obtenu en se détournant de l'accès au droit, lequel peut hérissier le conflit<sup>39</sup>. Le titre de la loi du 18 décembre 1998 *relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits* exprime ce but premier : la satisfaction de la personne lésée ou menacée. Son obtention peut prendre la forme de la reconnaissance du droit ou prendre comme voie le délaissement d'une telle déclaration. C'est parce que les personnes peuvent être mieux protégées par cette mise de côté du droit, que la médiation peut s'opérer même en matière pénale depuis la loi du 23 juin 1999<sup>40</sup>. De la même façon, la jurisprudence affirme que la procédure d'offre obligatoire d'indemnisation imposée par la loi de 1985 en faveur des victimes d'accident de la circulation, n'est pas contraire au droit au procès que recèle l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, parce qu'elle tend à favoriser l'indemnisation rapide de celles-ci<sup>41</sup> : elle illustre parfaitement que l'accès à la justice n'est qu'un moyen pour aller vers la satisfaction des justiciables, moyen dont le droit peut faire l'économie si cette finalité est ainsi mieux assurée.

## **II. Le droit à la justice, pris comme objet direct de droits fondamentaux**

**625.** La procédure a été longtemps construite sur des principes objectifs de bonne organisation de l'institution judiciaire, au sein de laquelle des personnes exercent des prérogatives que la doctrine qualifie de « pouvoirs » plus que de droits subjectifs<sup>42</sup>. Seuls les droits de la défense n'ont jamais vu leur nature de droits subjectifs contestée. Lorsque l'article 30 du Code de procédure civile définit l'action en justice comme un droit subjectif<sup>43</sup>, plus encore lorsque la loi du 4 janvier 1993 a affirmé l'existence d'un « droit à » la présomption d'innocence à travers un nouvel article 9-1 du Code civil, ou bien lorsque l'organisation procédurale du temps a fait place à un véritable « droit subjectif au temps » à travers la notion de temps raisonnable, l'appréciation doctrinale a été plutôt réservée. Mais le procès lui-même, dans sa globalité, est en train de devenir

39. F. Terré, « Au cœur du droit, le conflit », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche, *La justice*, Autrement, coll. « Morales », 2002, p. 100-111.

40. La commission Guinchard insiste sur l'opportunité d'accroître ce mécanisme de transaction en matière pénale, permettant par exemple à l'Administration de l'urbanisme de transiger directement, sous le contrôle du ministère public, avec l'auteur de l'infraction.

41. Civ. 2<sup>e</sup>, 9 oct. 2003, D. 2004. 371 et s., note L. Poulet.

42. Sur l'action en justice, v. les débats retracés par J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 52 et s.

43. H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif*, Sirey, coll. « Archives de philosophie du droit », 1964, p. 215 et s.; G. Wiederkehr, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949-958.

l'objet d'un droit fondamental<sup>44</sup>. Ainsi, il ne faut pas penser simplement en termes d'accès à la justice mais, selon l'expression désormais consacrée, en terme de « droit au recours<sup>45</sup> » et plus fortement encore de « droit au juge<sup>46</sup> ». Le mouvement est indéniable et l'accès à la justice est devenu l'expression d'un droit, concrètement mis en œuvre (A.). Puisqu'il y a « droit à l'accès à la justice », c'est d'un droit fondamental qu'il s'agit, sans doute l'un des premiers, dans son lien avec la citoyenneté et le principe républicain d'égalité (B.).

### A. Droit à la justice et concrétisation des prérogatives

**626.** Toute personne, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, a le droit d'accéder à un tribunal. Les conditions de cet accès, le résultat obtenu, la qualité du tribunal saisi, viennent après. Cette conception familière à l'Europe des droits de l'homme était en train de prendre pied dans l'Europe communautaire, par l'inscription d'un titre spécifique à la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le refus du traité qui aurait dû instaurer une « Constitution de l'Union européenne » ne fait que ralentir le mouvement, puisque cette pénétration du droit communautaire par le droit d'accès à la justice est présente à travers la jurisprudence du Tribunal de première instance de l'Union européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne. Le droit communautaire reprend l'idée d'une façon plus ciblée par la directive communautaire du 27 janvier 2003 relative à l'aide judiciaire, visant expressément « l'accès à la justice ». La justice retrouve ainsi une définition que l'on peut donner au service public, à savoir ce par quoi l'État concrétise les droits des citoyens. L'accès à la justice est une mission de l'État. Il est garant de l'effectivité des prérogatives des individus : comme l'a dit expressément la jurisprudence, il doit la « protection juridictionnelle » à tous, devenant en quelque sorte leur débiteur en dernier ressort, tandis que le déni de justice constitue la violation la plus forte du droit du justiciable.

**627.** Le droit positif s'est longtemps contenté de la titularité formelle des droits. Le droit restait à l'état virtuel, sa concrétisation n'étant pas l'objet direct du droit objectif, mais celui-ci a évolué en exigeant que concrètement les personnes aient accès à la justice, « en vrai ». On verra plus loin la conséquence qu'en tire la jurisprudence, finissant par intégrer dans le droit d'action non seulement le jugement mais l'exécution de celui-ci.

Cette concrétisation du droit subjectif d'accès à la justice a de nombreuses conséquences. Par exemple, on distinguait traditionnellement le droit d'accès, qui est satisfait tant qu'on ne refuse pas expressément la voie juridictionnelle à une personne, et les problèmes d'intendance de la justice, notamment ses lenteurs ou son coût, qui relèvent des politiques publiques et sur lesquels la personne n'a donc pas de prise directe. Mais l'on peut aussi affirmer que si la justice est à ce point paralysée qu'on ne peut plus donner au justiciable une date raisonnable d'audience, alors c'est « comme » un déni de justice, une dénégation de l'accès à la justice, et cela doit être sanctionné à ce titre. C'est désormais la position de la jurisprudence<sup>47</sup>. En contrepartie, et cela est tout aussi légitime, le

44. S. Guinchard, « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA* 1998. 191 et s.

45. T. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993. I. 3675. V. « Le droit à un tribunal impartial », *infra*, section 2.

46. J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998.

47. TGI Paris 5 nov. 1997, D. 1998. 9 et s., confirmé par Paris 20 janv. 1999, D. 1999. IR 125. Sur le lien, v. L. Favreau, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges René Chapus*, Dalloz, 2002, p. 513-521. La Cour de cassation semble également admettre qu'un délai anormal de procédure peut constituer un déni de justice (Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mai 2004, note O. Renard-Payen, *JCP Adm.* 2004. 1496.1033).

citoyen qui fait un usage abusif de son droit de saisir un juge, peut être sanctionné pour cet abus, voire subir une amende civile, dont le juge est souverain pour fixer le montant<sup>48</sup>.

**628.** Le devoir de l'État n'est plus tant seulement de conférer l'accès à la justice et d'en sanctionner les entraves, mais encore d'en assurer l'effectivité pour chacun. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu et que les États peuvent y mettre des limites, mais celles-ci ne doivent pas atteindre la « substance même » du droit d'accès et, selon une jurisprudence constante, toute atteinte doit être proportionnée à un but légitime<sup>49</sup>. Ce devoir de l'État justifie l'adoption de lois sur l'accès au droit, qui sont avant tout des lois d'intendance et sont néanmoins ancrées dans le principe essentiel de l'État de droit. Plus encore, les mécanismes de marché, dont la violence est précisément contrecarrée par ces politiques publiques d'accès au droit<sup>50</sup>, peuvent très bien en retour être sollicités pour mutualiser le risque du procès et permettre l'effectivité de l'accès à la justice : c'est la légitimité de l'assurance juridique, acquise<sup>51</sup>, et ce pourquoi la *class action*, dont l'insertion dans l'ordre juridique français n'est plus à l'ordre du jour, demeure néanmoins dans les esprits, tandis que la Cour suprême des États-Unis s'interroge sur la question de savoir s'il conviendrait de l'appliquer aux entreprises françaises.

### B. L'accroche du droit à la justice au principe d'égalité et à la citoyenneté

**629.** Cette concrétisation du droit d'accès à la justice est donc devenue une priorité politique, puisqu'il n'est pas un droit subjectif de plus, mais celui qui permet à chacun d'entre nous, d'une façon matricielle, d'être protégé par le droit pour tous les autres droits subjectifs dont nous sommes titulaires. En cela, le droit d'accès est directement l'expression de l'égalité des personnes. Sous l'influence des cultures juridiques étrangères et avec l'appui du Conseil d'État lui-même<sup>52</sup>, le raisonnement est que, pour concrétiser l'égalité des individus devant la loi, principe qui comprend l'égalité devant la justice (deux principes de valeur constitutionnelle), l'État doit opérer une « discrimination positive », dont l'aide juridictionnelle est le fer de lance. Ainsi, le principe d'égalité conduit l'État à un devoir de traiter les inégalités devant la justice, notamment l'inégalité face à la connaissance que chacun peut avoir de ses droits. L'aide juridictionnelle devient ainsi un devoir de l'État, sanctionné par la Cour européenne, dans la mesure où l'absence injustifiée d'aide peut être analysée comme une absence d'accès au juge<sup>53</sup> et une violation d'un droit fondamental<sup>54</sup>. Le bureau d'aide juridictionnel conserve pourtant le pouvoir de rejeter la demande, dès l'instant que le moyen évoqué n'est pas sérieux, comme l'a rappelé fortement la Cour européenne des droits de l'homme en 2000<sup>55</sup>. Cette solution technique illustre la balance fondamentale à tenir : la collectivité doit payer pour l'accès de chacun au droit, au savoir du droit, à la justice du droit, mais il faut que cette demande individuelle ait une vraisemblance (ce que la terminologie désigne comme une « apparence » de sérieux).

48. V. en dernier lieu et par ex., CE 9 nov. 2007, *Pollard*, *Gaz. Pal.* 9 août 2008.

49. CEDH 18 févr. 1999, *Beer et Regan c/ Allemagne*, *Rec. CEDH* 1999-I. V., par ex., CEDH, 3<sup>e</sup> sect., 3 nov. 2009, *Adam c/ Roumanie*, *Procédures déc.* 2009, n° 398, note N. Fricero.

50. J. Faget, « L'accès au droit : logique de marché et enjeux sociaux », *Droit et Sociétés* 1995.367 et s.

51. Le décret du 15 déc. 2008 précise l'articulation entre l'assurance juridique et l'aide juridictionnelle.

52. Rapport annuel pour 1996, *Le principe d'égalité*, La Documentation française, 1997.

53. CEDH 29 juill. 1998, *Aerts*, *D.* 1998. SC 364.

54. G. Marchesini, « Le droit à l'aide juridictionnelle. Réflexion sur l'effectivité d'un droit fondamental », préc.

55. CEDH 19 sept. 2000, *Gnaboré c/ France*, *D.* 2001. 725 et s., note F. Rolin.

**630.** Plus essentiellement encore, l'accès à la justice, notamment en ce qu'elle est intime de l'accès au droit, est une condition de la citoyenneté. Certes, celle-ci s'exprime plus classiquement par les libertés publiques et fondamentalement par le droit de vote. Mais en premier lieu, le Conseil constitutionnel a posé le lien entre l'accès au droit et les libertés publiques<sup>56</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a lié accès à la justice et caractère démocratique d'une société<sup>57</sup>. En second lieu, si l'on reprend des idées politiques selon lesquelles la citoyenneté consiste dans la capacité à participer à une délibération publique dans un espace politique, alors, à la suite d'Hannah Arendt<sup>58</sup>, il y a citoyenneté s'il y a un droit préalable à toujours pouvoir défendre ses droits dans le débat public. Le droit d'accès au juge devient consubstantiel à la citoyenneté, non seulement parce que le juge protège ce droit d'accès mais encore parce que le procès est lui-même devenu un lieu de débat public, qu'on l'approuve<sup>59</sup> ou qu'on le regrette<sup>60</sup>. Le Conseil constitutionnel a lié expressément le droit d'accès au droit et citoyenneté<sup>61</sup>. Plus encore, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 expriment le caractère fondamental de l'action en justice, du fait même de son instrumentalité : en effet, ils posent que toute personne a droit à accéder à la justice « contre les actes violant les droits fondamentaux » ou « contre les droits et libertés reconnus par la Convention ». Ainsi, s'il n'y a pas d'accès à la justice, il n'y a plus de droits fondamentaux. C'est en cela que l'action en justice est un droit fondamental, c'est pourquoi le droit d'agir en justice ne peut plus guère être qualifié de simplement formel au regard de prérogatives qui seraient, elles, substantielles<sup>62</sup>, puisque sans ce droit processuel, les droits de l'homme perdent leur effectivité<sup>63</sup>. Dans son arrêt du 21 janvier 2010, *R.P. c/ France*<sup>64</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme ajoute l'argument selon lequel s'il en était autrement, disparaîtrait la « crédibilité du public dans le système juridique », ce qui renvoie à la notion-clé de sécurité juridique.

### III. Le contenu du droit d'accès à la justice

**631.** Une fois acquis qu'il n'y a pas de droit, de citoyenneté, ni de société politique, sans accès au droit et qu'il n'y a pas d'accès au droit sans accès à la justice, il convient de dérouler le contenu du droit d'accès à la justice. Du fait de la définition concrète de ce droit subjectif, le droit d'accès à la justice va prendre son sens en contenant le droit au jugement (A.) et le droit à l'exécution de celui-ci (B.).

#### A. Du droit au recours au droit au jugement

**632.** C'est par des exercices d'interprétation que la jurisprudence a fait naître le droit fondamental d'accès à la justice. Ce raisonnement peut être opéré

56. V. le rappel et l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle par M. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamentale », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, préc. p. 1-17.

57. CEDH 31 mars 2005, *Matheus c/ France*, n° 627440/05.

58. *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1996.

59. F. Zenati, « Le procès, lieu du social », in *Le procès*, t. 39, Sirey, coll. « Archives de philosophie du droit », p. 239-247.

60. S. Guinchard, « Les procès hors les murs », in *Mélanges Gérard Cornu*, préc., p. 201-216.

61. Cons. const. 16 déc. 1999, préc.

62. V., not., S. Guinchard, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges Gérard Farjat*, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 139-173.

63. L.-E. Petiti, « Les droits de l'homme et l'accès à la justice », *RIDH* 1990. 25 et s.

64. Préc.

en amont ou en aval. En amont, le Conseil constitutionnel tire du principe de l'effectivité des droits le droit au recours : l'accès à la justice est la conséquence de l'existence des droits. Par un raisonnement en aval, les juridictions européennes ont observé que les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne, organisant un procès équitable, ne peuvent être que la concrétisation du droit d'accès à la justice : de l'effet, on peut remonter à la cause, les droits fondamentaux en œuvre dans un procès n'ayant de sens que comme concrétisation d'un droit d'accès à la justice, nécessairement octroyé<sup>65</sup>.

**633.** On assiste alors à une série de raisonnements que l'on pourrait dire « en poupée russe ». En effet, le procès équitable est contenu dans le droit à l'accès à la justice. Mais l'accès à la justice, si on le définit concrètement, n'a pas non plus un sens autonome : si toute personne doit pouvoir accéder à la justice, c'est pour obtenir quelque chose. Le droit d'accès à la justice est un « droit médiateur », d'autant plus fondamental qu'il est l'instrument d'un autre : le droit d'obtenir un jugement. C'est de son instrumentalisation que le droit d'accès à la justice détient sa puissance : ligne qui relie la revendication de la personne à son traitement équitable par le droit, il comprend donc le droit d'obtenir un jugement.

**634.** La concrétisation du droit d'accès à la justice développe encore d'autres conséquences, qui se répercutent sur ce droit au jugement. Non seulement, la jurisprudence assimile le retard déraisonnable d'une procédure à une dénégation du droit d'accès à la justice, mêlant désormais prohibition du déni de justice et exigence du temps raisonnable, mais encore elle a interprété le droit à un jugement comme le droit à une concrétisation pleine et entière de la prérogative de la personne. Ainsi, c'est au nom de l'accès à la justice, en tant que celui-ci doit être « concret et effectif », que la Cour européenne a sanctionné l'impossibilité d'agir dans les tribunaux de la part d'un hémophile contaminé, sous prétexte qu'il avait déjà reçu une indemnisation légalement distribuée, alors que son dommage pouvait encore justifier un recours au juge<sup>66</sup>.

**635.** Plus encore, si la personne concernée a effectivement le droit pour elle, c'est alors non seulement à un jugement qu'elle a droit mais encore à un jugement favorable, affirmation logique aussi bien au regard de ses droits qu'au regard du respect des règles de droit. On retrouve ici l'idée de Jhering selon laquelle l'exercice par la personne de son droit d'action est l'expression de la « lutte pour le droit ». On pourrait dire que la question prioritaire de constitutionnalité en est le triomphe. C'est ainsi que l'absence de l'aide juridictionnelle dans un contentieux qui ne requiert pas de représentation par avocat mais dont la technicité affaiblit le justiciable non conseillé, a été analysée par la jurisprudence de la Cour européenne comme une atteinte au droit d'accès.

## B. Du droit au jugement au droit à l'exécution

**636.** Si l'on reprend l'idée de base selon laquelle le droit au juge est un droit subjectif concret, c'est-à-dire fondé par la fonction que la personne lui assigne, l'accès à la justice n'a de sens qu'au regard du jugement obtenu, mais ce jugement acquis n'a lui-même d'existence concrète — et non seulement virtuelle ou purement juridique — qu'une fois exécuté. Les voies d'exécution sont donc des objets naturels de droits fondamentaux, non seulement en elles-mêmes mais parce qu'elles sont trivialement la concrétisation ultime des droits, la marque de

65. CEDH 21 févr. 1975, *Golder*, in V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 11<sup>e</sup> éd., Sirey, 2009, n<sup>o</sup> 315 et s. V. « Le droit à un tribunal impartial », *infra*, section 2.

66. CEDH 4 déc. 1995, *Bellet*, D. 1996. 357, note Collin; JCP 1996. II. 22648, note M. Harichaux. V. aussi CEDH 30 oct. 1998, *FE*, JDI 1999. 235, obs. P. Tavernier.

« l'effet utile » de ceux-ci. Ainsi, le « rapport Guinchard » propose la constitution de réseaux entre des pôles spécialisés, pour s'assurer d'une exécution effective, notamment entre les juges aux affaires familiales, par exemple à propos du paiement des pensions alimentaires.

**637.** Le droit européen en a déduit l'existence d'un droit à l'exécution des jugements, lové dans le droit d'accès à la justice. Par un raisonnement analogue, le droit public français rappelle que l'Administration est tenue de prêter son concours pour l'exécution des décisions de justice<sup>67</sup>, ingrédient du service public, et rattache cela au devoir de protection juridictionnelle pesant sur l'État. La nature de droit subjectif a surtout été imposée par le droit européen, lorsque la Cour européenne a estimé qu'au-delà de la lettre de l'article 6 de la Convention européenne, existait nécessairement un droit à l'exécution, parce que sinon le procès perdait son sens<sup>68</sup>. On observe encore ici que ce type de raisonnements, qui sont à la fois par l'absurde, concrets et téléologiques, est parmi les plus puissants à faire évoluer les solutions techniques du droit.

#### **IV. Le lien entre le droit d'accès à la justice et la voie de recours**

**638.** L'accès à la justice s'est donc transformé en « droit au juge ». Ils sont deux manières d'exprimer l'État de droit et leur concrétisation première est dans le droit d'action (A.). Nous avons pu observer la maturité du système qui en résulte, mais il est intéressant de terminer cette étude par l'examen plus précis d'une question encore mal réglée : le droit au juge implique-t-il non seulement le droit à un premier juge mais encore le droit à un second juge ? En d'autres termes, les voies de recours sont-elles aussi aspirées par la subjectivisation de la procédure du fait des droits fondamentaux ? (B.)

##### **A. Droit d'accès et droit d'action**

**639.** Il est incontestable que le droit d'action est la forme technique du droit d'accès à la justice, sa forme guerrière en quelque sorte. Mais il convient de préciser deux points. Tout d'abord, le droit de saisir un juge est un droit fondamental de deux façons. Il est l'instrument d'effectivité des droits fondamentaux, la titularité d'un droit fondamental substantiel impliquant la titularité du droit d'action processuel correspondant. Mais le droit d'accès est plus généralement un droit processuel fondamental en soi. Comme le montra Henri Motulsky<sup>69</sup>, c'est la concrétisation du droit en général qui est en jeu et non pas seulement les droits fondamentaux, ce qui conduit à conférer un statut de droit fondamental à l'action en justice, quelle que soit la prérogative substantielle en cause, fondamentale ou non. L'importance de l'accès au juge pour l'effectivité de toutes sortes de prérogatives, si petites soient-elles, était à l'origine de la volonté, pour l'instant abandonnée, d'importer, notamment au bénéfice des consommateurs, le mécanisme de *class action* en droit français.

**640.** En second lieu, l'accès à la justice ne se traduit pas seulement par un droit de formuler une demande mais aussi par un droit de s'y opposer, droit dont est titulaire la personne menacée par cette action. Ainsi, les droits de la défense

67. L'arrêt de principe est : CE 30 nov. 1923, *Couiteas*, DP 1923. 3. 59.

68. CEDH 28 sept. 1995, *Scollo*, RTD civ. 1996. 1021, obs. J.-P. Marguénaud, et surtout CEDH 19 mars 1997, *Hornby*, JCP 1997. II. 22949, note O. Dugrip et F. Sudre. Le droit à exécution suppose néanmoins une décision définitive et obligatoire (CEDH 18 avr. 2002, D. 2002. SC 2572, obs. N. Fricero). V. encore CEDH 31 mars 2005, préc. et 21 janv. 2010 préc.

69. « Le droit subjectif et l'action en justice », préc.

sont une forme d'accès à la justice, tout d'abord lorsqu'on estime que le droit de contredire est lui-même un droit d'action, comme le pose expressément l'article 30 du Code de procédure civile. Cela est encore légitime lorsqu'on considère qu'il n'y a d'accès effectif à la justice que si l'action rencontre la défense. Or, il peut arriver que l'action ne permette pas à la personne de soumettre au juge sa prétention, car le défendeur prétend n'être soumis à aucune action. C'est pourquoi le mécanisme traditionnel des immunités de juridiction, notamment celles des États, tend à être aujourd'hui remis en cause au titre du droit d'accès de la victime<sup>70</sup>.

### B. L'ambiguïté des voies de recours

**641.** La question qui demeure incertaine est celle des voies de recours. Elle a été violemment mise en avant à l'occasion de la dispute autour du possible recul de l'effet suspensif de l'appel, certains soutenant que l'accès des personnes à la justice est mieux préservé par un jugement de première instance exécutoire, ce qui limite le temps d'attente entre l'évocation de la violation d'un droit et la restauration effective de celui-ci, tandis que d'autres estiment que le droit de se préserver d'un mal-jugé doit être protégé par un effet suspensif attaché au recours. Le décret du 28 décembre 2005 a plutôt donné satisfaction aux premiers, insérant un nouvel article 526 dans le Code de procédure civile, accroissant le pouvoir du Premier président de radier l'appel formé contre un jugement auquel a été attachée une exécution provisoire. On a pu y voir la fin du « droit à être jugé deux fois<sup>71</sup> ». L'évolution du droit positif montre que l'accès à la justice s'exprime par un droit de saisir un juge mais non nécessairement d'en saisir un second lorsque le jugement rendu ne donne pas satisfaction à l'intéressé. Le « rapport Magendie » du 25 juin 2008 ne propose pas d'organiser un filtre entre la première instance et l'appel. Néanmoins, il suggère l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel (en conservant le principe de la recevabilité des moyens nouveaux), faisant ainsi pencher la balance du côté de « l'appel, voie de réformation » plutôt que du côté de « l'appel, voie d'achèvement », l'appel ne devant pas être une « seconde première instance ». De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme trouve une solution d'équilibre en affirmant tout à la fois que les États peuvent limiter le droit d'accès au juge en fermant la voie d'appel, mais veille à ce que cette clôture ne porte pas atteinte d'une façon générale à la substance même du droit d'accès au juge ou d'une façon particulière que l'inaction de l'individu concerné ne soit pas imputable à l'incurie de l'administration. L'arrêt du 17 janvier 2006 illustre cette balance<sup>72</sup>. Mais l'on pourrait considérer, revenant à une distinction précitée, que lorsqu'un droit fondamental est en jeu et qu'il s'agit de le faire sanctionner, par le constat d'une violation des droits de la défense notamment, alors le droit de faire un recours contre le jugement, même lorsque la voie est en principe fermée, serait l'expression d'un droit fondamental d'accès à la justice. Le raisonnement assoit la recevabilité de l'appel-nullité, notamment en matière arbitrale ou en procédures collectives.

70. H. Chanteloup, « Les immunités de juridiction et le droit d'accès à la justice », *Gaz. Pal.* 14 janv. 2005, p. 2-19. V., plus nettement encore, l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation rendu le 11 janv. 2007, qui, constatant l'absence de toute juridiction au sein de l'institution internationale en conflit avec son ancien salarié, ouvre à celui-ci l'accès au juge français (pourvoi n° 05-40.157).

71. Expression de J. Séveno, « Vers la fin du droit à être jugé deux fois ? », *Gaz. Pal.* 30 oct. 2005, p. 6. V. aussi J. Villacèque, « À propos du décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile : perspectives et regrets », *D.* 2006. Chron. 539-544, p. 542 et s.

72. Req. n° 76073/01, *Barbier c/ France*, *D.* 2006. 1209-1212, note F. Defferard et V. Durtette.

Une tout autre technique de procédure nous ramène à la question des filtres, à savoir l'autorité de chose jugée : en effet, lorsqu'un premier jugement a porté une appréciation dans ses motifs et dans son dispositif, une partie est-elle interdite de saisir un juge de même niveau concernant les deux processus intellectuels du jugement : apprécier (motifs) et trancher (dispositif), ou seulement la seconde ? Après avoir longtemps embrassé les deux phases du jugement, la Cour de cassation, par un arrêt d'assemblée plénière du 13 mars 2009<sup>73</sup>, a posé que l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui est tranché dans le dispositif. Ce faisant, la Cour, par ce critère formaliste, n'impose qu'un filtre léger et permet au justiciable de revenir devant un nouveau juge de première instance, alors même que la question a déjà été appréciée dans des motifs d'une décision de justice précédente entre les parties. Cela est conforme à l'idée d'un large droit d'accès.

**642.** On mesure ainsi que l'idée de droit fondamental et la construction d'un droit au juge comme affirmation première de la citoyenneté, modifient la notion même de procédure et de procès. Le droit au droit et le droit d'accès à la justice ne vont pas l'un sans l'autre, ils sont liés dans un rapport circulaire très puissant. Le procès n'est ni un phénomène en lui-même marginal, signe d'un échec du droit, ni une pathologie dont il conviendrait nécessairement de réduire la perspective. Action, contestation, contradiction, rétablissement des droits, sont désormais non seulement l'expression de l'État de droit mais encore le signe que les personnes continuent d'y participer en tant qu'agents actifs et citoyens.

### Bibliographie indicative

- D. d'AMBRA, « L'aide à l'accès à la justice : l'aide juridictionnelle », in D. d'Ambra, F. Benoît-Rohmer et C. Grewe (dir.), *Procédures et effectivité des droits*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 49, 2004, p. 43-54.
- M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1-17.
- J. BOUGRAB, « L'aide juridictionnelle : un droit fondamental », *AJDA* 2001. 1016 et s.
- L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 29-50 : *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, coll. « Droit et justice », 2003.
- CERCRIID, « Les juridictions et les juges de proximités. Leurs rôles en matières de justice des petits litiges civils », *JCP* 2009. I. 106.
- H. CHANTELOUP, « Les immunités de juridiction et le droit d'accès à la justice », *Gaz. Pal.* 14 janv. 2005, p. 2-19.
- Conseil d'État, *L'aide juridique, pour un meilleur accès au droit*, La Documentation française, 1991 ; rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE n° 57, 2006.
- Y. DESDEVISES, « Accès au droit, accès à la justice », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1-6.
- M. DORIAT-DUBAN, « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », *RIDE* 2001, n° 1, p. 77-100.
- L. FAVOREU, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger, Mélanges René Chapus*, préc., p. 513-521.

73. *JCP* 2009. II. 10077, note Y.-M. Serinet.

- O. GOUT, « L'accès au droit des consommateurs », *LPA* 30 mai 2008, p. 20 et s.
- H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif*, Dalloz, coll. « Archives de philosophie du droit », 1964, p. 215 et s.
- V. NORGUIN, « Radiation du rôle et procès équitable », *D.* 2008. 204 et s.
- L.-E. PETITI, « Les droits de l'homme et l'accès à la justice », *RIDH* 1990. 25 et s.
- T. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993. I. 3675.
- A. RIALS, *L'accès à la justice*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1993.
- J. RIBS, « L'accès au droit », in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 415-430.
- P. WAQUET, « L'office du juge en matière d'aide juridictionnelle », *D.* 2005. Chron. 2877-2879.