LA PROCÉDURE INJUSTE

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX)

L'aspiration à la justice ne peut être satisfaite que concrètement. La procédure peut y contribuer car elle institue des règles simples et magnifiques : accès à la justice, gratuité de la justice, impartialité du tribunal, assistance d'un avocat, délai raisonnable, droits de la défense, principe du contradictoire, publicité de la justice, motivation, voies de recours. Mais plus les mots sont magnifiques et plus ils risquent de n'être que des mots. Méfions-nous.

C'est à la procédure elle-même de leur donner de la consistance : un accès au juge mais qui n'a de sens que si l'on peut obtenir par lui justice ; une organisation de l'instance mais qui n'a de sens qui si la personne est alors mise en mesure de comprendre la situation, voulue ou non, où elle se trouve ; des droits de la défense mais qui n'ont de sens que si ce que l'on dit peut être effectivement « entendu ». Il faut insuffler dans la procédure la vertu de justice ; sinon, la procédure risque de n'être qu'une sorte de perversion.

Comme mode concret de la réalisation de la justice, la procédure est la meilleure des choses ; comme organisation mécanique, formelle et sans âme du fonctionnement de l'institution, la procédure peut être la pire des choses.

On la présente souvent de cette dernière façon. Il faut pourtant contribuer à donner sens à sa première version, lui redonner ses lettres de noblesses ? C'est la définition de la procédure qui permet de fonder l'institution et son autorité. En cela, la procédure apparaît bien de droit naturel car elle a vocation à constituer la justice, sauf à penser que le droit peut se mouvoir sans cette référence à la justice.

C'est pourquoi une telle étude pourrait comporter le sous-titre suivant : *éloge du procédurier.*

Procédurier : quel vilain mot !

Procédurier : celui qui excelle dans l'art ésotérique et névrotique de harceler judiciairement ses voisins, ses collègues ou tout individu imprudent qui l'approche, par de multiples actions en justice, pour des riens. Il s'agira alors d'un usage frénétique de l'institution de la justice par la personne, atteinte d'une sorte d'hypocondrie, s'identifiant comme perpétuelle victime, en manque de justice. Procédurier-consommateur de juge.

Procédurier-professionnel : celui qui connaît les ficelles, manie ses codes de procédure avec virtuosité, en croise les dispositions, joue sur leur hiérarchie et leur contradiction, qui parviendra à toujours enrayer le déroulement de la justice, qui a la puissance malicieuse d'anéantir les sentences par de subtiles causes de

nullité, qui sont autant de chausse-trappes souvent placées sous les pieds du juge par le procédurier lui-même. Le procédurier-avocat ennemi du juge.

Procédurier : maniaque misérable, défenseur au petit pied, usant spontanément ou savamment des exigences de formes sans raison qui permettent, par l'accumulation des actes et la patience des acteurs, à une personne d'obtenir des actes juridictionnels du distributeur automatique que serait l'institution ou d'en retarder toujours la survenance.

La procédure serait un moyen malin d'entraver la justice, d'en disposer (ce qui revient au même), de mettre le juge à disposition, de le mettre à genoux.

Ainsi, dans la foulée, la procédure est une dialectique perverse de l'organe de justice et de la fonction de justice : un mécanisme peu raisonné et peu glorieux, un ensemble de règles sans justification perceptible, servante du droit substantiel, mais servante bien encombrante, mal supportée et fort coûteuse, qui sépare d'autant la personne et le jugement, qui dresse un fossé entre la personne et la reconnaissance de son droit, qui empêche le droit de reconnaître la personne par le jugement.

Le monde judiciaire sans l'appareillage procédural serait le monde paradisiaque de l'immédiateté de la justice, permettrait l'avènement véritable de la justice de proximité : une justice plus humaine, moins mécanique et moins déroutante. Au regard de ce tableau idyllique, la procédure apparaît bien comme l'invention du diable !

Certes, il y aura toujours de la procédure, puisque que le droit appartient à la pratique, et que pour « faire », il faut toujours une « façon de faire ». Mais parler de « procédure » ne désigne rien car il y a « façon et façon », il y a « procédure et procédure ». Reste donc encore à préciser une définition de la procédure, à montrer que celle-ci s'articule précisément autour de l'opposition du juste et de l'injuste, et qu'elle a pour ambition de mener au juste en prévenant de l'injuste.

Sous cet angle procédural, la question n'a guère passionné les juristes ou plutôt n'en a passionné que peu. C'est sur un autre terrain, celui de la théorie politique, que la procédure, « la façon de faire » pour aboutir à la décision politique juste, l'articulation des arguments soutenus, l'organisation de la bataille de mots, la régulation des harangues, est repartie à la recherche de la définition de la procédure. Et cette définition est aujourd'hui synonyme du juste.

Mais cette redécouverte n'empêche que, dans les faits, la procédure peut être effectivement l'outil le plus puissant de l'injuste. L'enjeu est donc de préciser comment la procédure, théoriquement juste mais concrètement injuste, peut être mise en condition d'être concrètement juste ; voilà bien la seule chose qui soit importante : faire en sorte que le concret se mette techniquement à l'abri le mieux possible de l'injuste grâce à l'outil procédural. Car la première justice se manifeste dans le droit fondamental de poser la question de l'injuste : pour qu'elle se pose, il faut être en démocratie.

I. — LA THÉORIE DE LA PROCÉDURE COMME FONDEMENT POLITIQUE DU JUSTE

Quel que soit le système politique, il y a de la procédure, mais elle peut être formelle, indifférente au contenu de la règle de droit ou du jugement, garantie mécanique et *a priori* de la justesse d'une substance qu'il est alors exclu de contrôler. Les mécanismes de procédure formelle, indifférents au contenu des actes,

des discours, à l'ampleur des enjeux, des solutions proposées, mécanismes procéduraux tels que lois de la majorité appuyées sur le mythe de la souveraineté en œuvre en législation ou dans la cour d'assises, tels que réflexe de soumission dans la hiérarchie des normes, ont fait long feu.

Mais l'on redécouvre en politique les vertus de la procédure concrète, substantielle, qui est l'organisation des discours afin que leur contenu puisse accéder à la pertinence et entraîner une adhésion raisonnable.

A. — *La procédure formelle*

Il s'agit d'une acception mécanique de la procédure. Elle s'exprime notamment par la loi de la majorité et se rattache à une autorité formellement appréhendée.

1. *Le juste et la loi de la majorité*

On a pu poser l'équivalence de la justice, de la raison et de la volonté générale. La volonté générale engendre la loi et, puisque la volonté générale incarne la raison, la loi incarne le juste. La loi n'a pas à rendre compte de ses motifs et n'a pas à prendre en charge son efficacité. Cela est hors de propos. La majorité qui s'exprime dit forcément juste et la minorité s'y rallie rationnellement après coup. Mais si le mythe de la volonté générale vacille, on ne voit plus alors qu'une loi du nombre, d'une procédure réduite au comptage des voix, une addition formelle, sans examen de contenu, qui vaudrait procédure suffisante. L'on soupçonne aujourd'hui que la minorité politique puisse avoir raison, que la loi votée à la majorité puisse être pourtant injuste.

On a pu, de la même façon, poser l'équivalence de la justice et de la souveraineté du jugement populaire. Cela est reflété dans la procédure de Cour d'assises. Si le jury représente la souveraineté populaire, l'arrêt d'assises est juste. À ce titre, il ne tolère pas de contrôle procédural *a posteriori*, ne peut supporter une voie de recours qui prétendrait tendre à un nouvel examen des faits, n'appelle pas une motivation. Car rendre de semblables comptes, c'est limiter la puissance de la volonté souveraine du peuple. La procédure est l'ennemie de la justice si l'on définit cette dernière en lien avec la souveraineté ; elle serait sa négation, puisque écrits, motivation, recours, sont autant de limitation. Mais si le mythe de la représentation du peuple par le jury s'estompe, on s'aperçoit que les membres du jury sont des individus rassemblés, qui décident selon la loi de la majorité et qui peuvent se tromper. André Gide et d'autres l'ont attesté en le racontant.

Le mythe de cette volonté souveraine, identifié à la Raison et au juste, a perdu sa magie. La magie de la majorité, la magie du nombre, n'a plus d'emprise. Il devient pertinent de s'interroger sur le juste et l'injuste de la règle et du jugement. Et le reproche que l'on peut alors faire à la procédure, parce qu'elle n'était que formelle, c'est d'avoir par son opacité permis d'évacuer un temps la question de la justice du contenu de la loi, du jugement, de l'arrêt.

2. *La justice et l'autorité formelle*

Il en est de même, mais d'une façon plus frappante encore, en ce qui concerne l'élimination de la question de justice par l'autorité formelle. En effet, la justice s'est parfois déclinée de façon tautologique. Quelle est la loi juste ? celle prise par le législateur. Quel est le bon jugement ? celui rendu par le juge. La bonne

décision disciplinaire ? celle prise par le chef d'entreprise. Celui qui a reçu du système économique, juridique, etc., le pouvoir de dire le droit, n'a pas à justifier que la décision est bonne : elle est valide puisque l'organe avait compétence. La compétence, notion de procédure, éradique là aussi la question du juste ou de l'injuste.

Mais c'est une nouvelle conception de la procédure, en ce qu'elle permet au contraire d'ouvrir sur le contenu, d'organiser l'accès aux discours, qui constitue le socle de ce que l'on a appelé « la démocratie procédurale ».

B. — *La démocratie procédurale*

La procédure, c'est *a posteriori* rendre des comptes sur ce que l'on a décidé. Mais c'est aussi plus classiquement *a priori* permettre la prise en considération des arguments articulés avant de prendre la décision. La procédure encadre l'instant de la décision dans un « avant » de considération possible de l'argument et dans un « après » de contrôle de la réponse faite à l'argument avancé.

1. *L'organisation procédurale du système juridique*

Bien qu'elle ait été peu souvent présentée ainsi, la théorie du droit de H. Kelsen relève d'une organisation procédurale du système juridique. Il est vrai qu'en positiviste du droit, il n'était guère enclin à admettre que soit pertinente la question du lien entre le juste et le droit. Le moteur hiérarchique qui permet au système juridique de fonctionner, dont le contrôle constitutionnel constitue la clé de sol, est une garantie procédurale de conformité. Mais dès l'instant que demeure, de l'aveu même de l'auteur, une incertitude sur la substance de la « norme fondamentale » qui fonde le système et en considération de laquelle chacune des normes inférieures doit s'apprécier, cette procédure ne peut être la garantie de la justice en droit. On se heurte en effet à une remontée à l'infini des contrôles et des organes qui en sont chargés : qui contrôlera le conseil constitutionnel pour assurer la conformité de ces décisions ?

Une meilleure voie est sans doute dans l'exploitation de l'opposition des discours, des intérêts et des organes politiques et juridiques.

2. *L'organisation politique de la discussion*

Il s'agit de mettre en place une nouvelle rationalité discursive, relevant d'une sorte de reconstruction sur un champ de ruines. Cela signifie que le mythe de l'unicité, l'unicité de la vérité, de la raison, de la justice — une seule Vérité, une seule Raison, une seule Justice, et des majuscules pour chacune... — est brisée. Nous vivons dans le vraisemblable, le raisonnable, l'acceptable, le justiciable. Car le juste pour moi, c'est ce qui me sert, me flatte, me convient, et autrui développe une conception du juste selon les mêmes tendances. Il n'y aurait alors que florès de discours intéressés sur le juste. Il suffit d'évoquer la question de la juste rémunération pour l'illustrer au mieux...

Dès lors, pour mettre en pratique le raisonnablement juste, il faut neutraliser la déformation des discours — car notre société ne semble plus guère disposer que de discours — en les mettant en contradiction entre eux. Les deux discours s'éroderont au contact l'un de l'autre, leurs arêtes d'intérêts privés s'émousseront et de ce frottement ne resterait qu'un discours réduit mais commun sur le juste.

En outre, le juste pour moi étant ce qui me sert, car je ne peux m'abstraire de mon intérêt, de mon histoire, de ma situation, — Rawls a l'optimisme de croire le contraire, — la révélation que sera pour moi la conception tout aussi située de la justice par autrui, sera susceptible d'influer sur mon discours. On observera que Rousseau, avec logique et radicalisme, voulait que chacun vote la loi dans un isolement total, pour ne pas être contaminé par le sentiment des autres, mais aussi pour pouvoir s'abstraire de soi-même. À l'inverse, dans une façon concrète de voir les choses, les discours sont construits, orientés et opposés mais c'est la procédure de discussion qui, sans les dénaturer, les rendra ouverts les uns par rapport aux autres, par ce qui est proprement une mise en valeur des oppositions.

Ainsi, le raisonnablement juste va dans un premier temps mécaniquement se dégager par la discussion qui neutralise les versions orientées des revendications de justice. Mais la discussion va aussi permettre d'affecter le discours de chacun et de le rapprocher du juste par la considération que les personnes ont les unes pour les autres, en raison du lien de citoyenneté et du principe de bonne foi, lesquels ne contredisent pas le fait de la subjectivité. Au contraire, ils le rendent admissible. La communauté politique et sociale au sein de laquelle se déroule la procédure de discussion est garant de sa régularité.

C'est la procédure, définie comme le cadre organisé, qui permet la discussion et l'affrontement de thèses contradictoires. La procédure de discussion est la méthode qui semble être le seul moyen d'atteindre le raisonnablement juste. La procédure devient le fondement pertinent du juste politique. J. Habermas à travers l'agir communicationnel, l'éthique de la discussion, et la discussion pratique dans la communication comme définition de la démocratie, ne dit pas autre chose.

Tout va bien. Le procédurier a gagné : il a pris les galons prestigieux du politiste !

Il peut s'en revenir content chez lui, je veux dire dans le droit, plus étroitement encore dans le procès, procédurier triomphant puisque le principe du contradictoire — c'est de lui dont il s'agit — régit la société toute entière. Le procès qui en est un concentré devrait donc être exemplaire de justice. On peut pourtant en douter.

II. — L'EXPÉRIENCE DE LA PROCÉDURE COMME ARME DE L'INJUSTICE

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme vise notamment l'égalité des armes, car c'est bien des armes que la procédure met aux mains de chacun. Ces épées pour le duel que reste fondamentalement le procès peuvent être utilisées de façon sournoise, lorsque la procédure a vocation à ne plus toucher à sa fin ou qu'elle fait office d'accroissement de l'opacité du procès pour le justiciable.

A. — *La procédure sans fin*

La procédure tourne en rond, lorsque les jeux sont déjà faits, parce que le jugement est en réalité acquis, ou lorsque sa perspective est repoussée toujours davantage.

1. *Le jugement déjà acquis*

Il faut avancer une règle dont la simplicité même fait honte. La procédure doit précéder le jugement. Non pas seulement dans le temps. Non pas essentiellement dans le temps. Mais dans la logique des choses, logique à laquelle le temps ne fait que coïncider.

Le jugement est un acte de connaissance et un acte de décision. Un acte de décision : prononcer la peine, répartir les torts, etc... Cette décision n'est admissible qu'en tant qu'elle est prise en connaissance de cause des faits pertinents et des règles de droit applicables. La procédure doit précéder logiquement le jugement dans ses deux éléments.

En tant que le jugement constitue une décision, la procédure est le moyen pour toute personne, dès l'instant qu'elle est susceptible d'être atteinte par un jugement qui s'imposera à elle et qui a la puissance de lui faire grief, d'intervenir avant que la décision ne soit prise. Il faut qu'elle puisse accéder à l'instance, produire des pièces, réagir aux accusations dont on l'aura informée, etc., pour qu'elle puisse influer cette décision en sa faveur. En cela, la procédure est le cadre naturel des droits de la défense, qui ont plus de rapport avec la justice, en tant qu'elle est définie comme compensation en faveur du faible et restauration de l'égalité des armes, qu'avec la vérité.

Cette identité entre procédure et antériorité par rapport à la décision est si profonde que si les jeux sont déjà faits, parce que, dans l'esprit des juges, la personne est déjà condamnée ou parce qu'elle est déjà acquittée, l'Histoire, ce grand juge contesté, qualifiera spontanément ces procès de « faux procès », des procès « truqués ». Il en est ainsi des procès de Moscou.

Mais en outre, en tant que le jugement est un acte de connaissance, le juge doit constituer sa représentation de la réalité des faits et avoir idée de la règle de droit adéquate à partir de sources d'information. Les thèses opposées seront une source première d'information, chacun se chargeant de révéler les éléments défavorables à l'autre et évoquant les règles de droit dont l'application lui assurerait le succès. En cela, la procédure est le cadre naturel du principe du débat contradictoire, écrit ou oral, qui a rapport non seulement avec la justice mais encore avec la vérité qui se dégage à l'issue du débat. La procédure du débat est le chemin raisonnable de manifestation de la vérité. Dès lors, si le juge s'estime déjà informé avant le déroulement du débat, ce qui serait déjà fort suspect puisque le juge ne peut utiliser les connaissances personnelles qu'il a du dossier, son jugement sera faussé en tant qu'acte de connaissance.

D'une façon générale, la procédure n'a aucun sens si elle se heurte à une partialité objective ou subjective du juge. En effet, dans ce cas, l'ordre logique est inversé : on juge d'abord, on écoute ensuite : autant dire qu'on n'écoute plus.

2. *Le jugement toujours différé*

Nous voilà dans les délais, les incidents de procédure et les voies de recours ! Quand le retard est significatif, excède le « délai raisonnable », alors la procédure n'est une accumulation d'actes, de faits et de mémoires (mémoire ampliatif, mémoire en défense, mémoire de chacun) que pour mieux engendrer l'oubli : oubli du jugement définitif dont la perspective se perd à l'horizon ; oubli de l'acte sur lequel ce dernier doit intervenir. Le temps dans la procédure : préoccupation majeure faute de quoi tous les grands principes ne sont qu'une superbe autoroute vers une justice qui finit en cul-de-sac.

Oubli de chacun, dossier qui s'empoussière, sauf, par exemple, pour celui qui subit une mesure de détention provisoire dans l'atteinte d'un jugement qui se fait désirer 2, 3 ou 4 ans... Et à observer les condamnations successives de la France par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de la règle du délai raisonnable, notamment en matière de détention provisoire, notre pays semble familier de ces grands travaux abandonnés en plein champ.

Le jugement est oublié si la procédure se met à tourner sur elle-même, sorte de toupie folle, s'épuise dans des incidents et associe voies de recours de toutes sortes, à tous niveaux, éloignant toujours plus l'examen au fond. On peut mesurer ici l'effet pervers que peut engendrer l'accumulation de trop de protections et de trop de voies de droit. Et la perspective de nouvelles « filières » tel qu'un accès grandissant à la Cour européenne des droits de l'homme ou la perspective de l'exception d'inconstitutionnalité réjouit le procédurier malin. L'usage par le juge de l'abus de droit et le maniement des amendes civiles pourrait certes en limiter l'enthousiasme.

En outre, « le temps, c'est de l'argent » et en procédure, il vaut fort cher. Débours, frais, dépens, honoraires, honoraires d'avocat, d'avoué, d'huissier... Certes, la cherté du mécanisme ne fait pas nécessairement son injustice, notamment s'il existe un transfert de charge financière de la personne à l'État, par le mécanisme de l'aide juridictionnelle. Je n'entrerai pas dans la question de savoir si « la qualité du service rendu » en est affectée mais il est déjà acquis que cette charge pour l'État l'empêche sans doute de lutter par ailleurs contre d'autres injustices de la procédure, liées notamment à l'insuffisance du nombre de magistrats et à leur condition de travail. L'argent manque pour que les procès ne soient pas autant d'enlisement.

Mais le différé excessif du jugement par le jeu perverti de la procédure fait aussi oublier le fait objet du jugement à venir. Cela nous fut si bien dit pour l'adolescent : il ne souvient plus du fait quand on le juge, car on le juge si tard. La personne a changé et comment la juger encore ?

En tout état de cause, encore faut-il que la personne existe ! Mais il n'est pas rare que la personne décède avant le jugement. Personne physique : et ce seront alors les nouveaux délices procéduraux de la caducité, de la radiation et de la reprise d'instance. Personne morale dont l'endurance économique ne peut toujours subir un tel choc et qui en meurt proprement : prenons l'exemple de l'affaire *Diamantaires d'Anvers*, où l'entreprise victime d'une faute de la Commission des Opérations de Bourse en demanda réparation au Tribunal administratif, lequel affirma son incompétence ; la Cour d'appel de Paris, à son tour saisie, se récusa pareillement ; le Tribunal des conflits la désigna finalement ; la Cour d'appel estima au fond que, s'agissant de la responsabilité de cette sorte d'autorité administrative, il fallait une faute lourde, laquelle n'était pas avérée ; la Cour de cassation statue enfin. L'entreprise était en liquidation depuis bien longtemps. Dualité de juridictions : que d'injustices commet-on en ton nom !

Il en est d'autres, lorsque l'on utilise la procédure comme procédé d'opacité.

B. — *La procédure comme procédé d'opacité*

1. *La procédure comme obstacle à la connaissance*

La procédure organise le débat contradictoire où chacun versera, déversera même, sa version de la situation, enjolivée le concernant, noircie à propos de

l'adversaire. Mais encore faut-il accéder à ce débat, accéder à l'instance, accéder à la preuve. Or, la procédure a inventé bien des couperets : prescription de l'action, fin de non-recevoir, acrobatie de l'intérêt de la qualité, qui sont autant de barrières procédurales. Justice : défense d'entrer !

Une fois partie à l'instance, la personne supportera l'obligation de prouver la véracité de l'allégation qu'elle développe au soutien de sa prétention. Mais si la personne prétend prouver l'existence d'un contrat par un témoignage, elle ne pourra passer le stade de la recevabilité. Preuve légale, système contraire à la recherche de la vérité, cette vérité qu'il faut par principe rechercher, impossibilité d'entrer dans le débat probatoire. Justice : circulez, il n'y a rien à voir !

2. *La procédure comme écran à l'intelligibilité*

Même un juriste le ressent : la justice, comme la médecine, nous trouble et nous impressionne parce que l'on n'en comprend pas le déroulement. Les actes de procédure, qui devraient être les bornes de repérage du justiciable sur la route, qui en permettraient l'escalade, sont aussi incompréhensibles que, par exemple, les termes et la fonction des instruments des dentistes, autre personnage effrayant. Le langage judiciaire, la persistance du latin, assure le fossé entre langage commun et langage technique.

Le procès kafkaïen est exemplaire : une procédure incompréhensible et qui tourne en rond, qui enserre et étouffe sa victime. Faites que cela s'arrête !

III. — LES CONDITIONS D'UNE PROCÉDURE EFFECTIVEMENT JUSTE

Sans doute les conditions d'une procédure effectivement juste se trouvent-elles dans la subordination de la procédure, non pas au droit substantiel ou au fait, mais au discours qu'elle met en œuvre.

A. — *La subordination de la procédure*

Si la forme est si précieuse, c'est parce qu'elle n'est que mise en œuvre du fond et qu'elle est le préalable nécessaire, même s'il n'est pas suffisant, à un jugement juste.

1. *La forme comme mise en œuvre du fond*

La procédure est un cadre qui enserre les discours, les actes, les prétentions, dans une forme convenue et partagée entre les parties. À ce titre, la procédure ne dépend pas du contenu du fait ou du droit.

Elle ne dépend pas du contenu du fait dans la mesure où le caractère important ou non de la situation, intérêt du litige, nombre des personnes impliquées, etc., ne doivent pas avoir d'incidence : les droits de la défense valent pour les petits litiges. Il fallut bien s'en souvenir lors de la tentative de réforme des procédures de traitement du surendettement. Elle ne dépend pas non plus de la gravité des faits qu'il s'agit de juger : la gravité du comportement, ni son apparente évidence, n'excluent en rien le bénéfice d'une procédure qui est avant tout organisation

objective d'une instance nécessaire et non seulement faveur accordée à une personne qui le « mériterait » plus ou moins. Bien sûr, des droits de la défense pour les grands criminels, et pour les grands crimes. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de le rappeler.

L'organisation de la procédure, si elle s'articule autour du juste, ne doit pas dépendre non plus du droit substantiel que le juge appliquera. Certes, l'organisation juridictionnelle semble démentir l'affirmation car elle se fonde sur un lien entre droit substantiel et droit procédural : au droit civil, la procédure civile devant les juridictions civiles ; au droit public, le contentieux administratif devant les juridictions administratives ; au droit pénal, la procédure pénale devant les juridictions répressives. Mais ce qui fait l'essence de la procédure et la fait croiser intimement la réaction contre l'injuste, ce sont le droit d'accès à la justice, le principe du contradictoire, les droits de la défense, la motivation, les voies de recours ; tout cela est commun à toutes les procédures et ne dépend en rien de la règle de droit qu'on appliquera. Ce noyau dur, que l'on retrouve en droit constitutionnel et européen, celui-là qui concrétise la justice, forme le droit processuel, droit procédural autonome et identifié aux garanties fondamentales de bonne justice. C'est en ce lieu du droit processuel que l'on trouve la noble et utile définition de la procédure, ce « juste à l'état pur ».

Mais dans le même temps, et ce n'est en rien en opposition, la procédure n'a pas de sens si elle n'est en relation directe avec l'objet du discours judiciaire. La procédure n'a pour fonction que de permettre à une personne d'être en mesure de comprendre d'une façon substantielle ce qui lui arrive pour pouvoir argumenter dans son intérêt et escompter se faire entendre d'une façon efficace. Si l'occasion ne peut faire le larron, parce qu'un temps très limité est laissé pour former un recours par exemple, alors l'organisation procédurale signe son propre échec. Si le discours est vide, parce que la personne ne comprend pas ce qu'on lui reproche ou parce que le juge n'est pas attentif, la procédure tombe à plat. Une institutionnalisation d'attention aux arguments qu'il est concrètement possible et utile d'émettre : voilà la définition de la procédure.

C'est pourquoi la procédure est un accord : celui de commencer par s'entendre pour mieux se disputer. L'instance est un accord sur un désaccord. Accord entre les parties sur les règles d'organisation de la dispute. Sinon c'est une comédie — et l'on songe au procès d'Oscar Wilde — ou un dynamitage de la procédure par l'usage dévoyé de la procédure, comme cela put être le cas dans certains procès de terroristes.

L'instance est un accord des parties avec l'organe qui les juge : ce dernier admet, et s'organise de façon à pouvoir admettre, que le discours de l'un ou de l'autre puisse être pertinent et susceptible d'entraîner sa conviction. C'est pourquoi le principe du contradictoire n'a pas de sens sans impartialité, objective et subjective, du juge. Il ne sert à rien de parler à qui ne peut ou ne veut entendre. On peut dès lors s'étonner que l'on admette en droit que des autorités administratives munies d'un pouvoir de sanction, tel que le Conseil de la concurrence, puissent ne pas remplir les critères de l'impartialité objective dès l'instant que les droits de la défense sont respectés dans les procédures. L'impartialité ne peut qu'être première.

2. *La procédure, préalable au jugement juste*

La procédure n'est que la condition préalable et nécessaire du jugement juste. Elle ne le remplace pas ; la procédure n'est pas une conciliation. Elle n'est pas

même suffisante car le juge sera le dernier maillon de la justice, celui qui en dispose. Mais elle est nécessaire et l'on ne peut en faire l'économie, dans tous les sens de l'expression. Parce qu'elle permet à la personne de prendre la parole si elle le veut, qu'elle tolère l'agression, en la transformant en sa forme procédurale d'accusation et en affirmant la liberté de la défense.

Mais aussi parce qu'elle prend du temps. C'est l'autre versant du délai raisonnable : le temps utile. Le temps utile pour comprendre, se préparer et bondir, mais aussi le temps de se calmer, mais aussi le temps de changer. L'attente est propice à la sérénité, et donc à la justice. Quand au temps de changer, Plutarque a consacré un livre aux délais de la justice divine. On la croyait foudroyante et pourtant les dieux olympiens qui n'attendent rien d'une quelconque instruction estimeraient bon d'attendre. Pourquoi ? Plutarque explique le différé dans la sanction, différé qui ne doit rien à l'insuffisance propre à la justice humaine, par le fait que les Dieux veulent voir comment va évoluer entre-temps le coupable. Si le tyran profite de ce délai pour sauver sa patrie, la sanction ne tombe plus. Gestion divine du temps ; utilisation sage d'une justice qui doit être lente, le seul écoulement du temps la rendant compréhensive sans être interminable.

Reste alors à organiser techniquement une procédure qui se rapprocherait le mieux de ces idéaux de justice, de vérité, voire de clémence.

B. — *L'harmonie naturelle de l'inquisitoire et du contradictoire*

La procédure se conçoit par rapport au juge, s'organise autour de lui parce qu'il est le tiers désintéressé par lequel la justice se définit. À cause de cela, la procédure peut être dans le même temps et sans inconvénient le lieu d'expression des intérêts particuliers.

1. *Procédure et pouvoir du tiers désintéressé*

Si la procédure est accusatoire, la procédure est un moyen d'offrir au juge sur un plateau des versions construites et agencées l'une contre l'autre. Si elle est inquisitoire, elle lui donne les moyens de construire sa version autorisée. Elle le met à même de juger.

Car le procès est un lieu de justice, mieux que ne l'est la société politique dans les théories de laquelle les concepts procéduraux font pourtant fureur aujourd'hui. Cette supériorité tient au fait que le procès se déroule devant un juge qui, par définition, est extérieur à l'affrontement et n'a pas d'intérêt au litige. Il est alors le bénéficiaire des vertus heuristiques de la procédure. Dans le même temps, il est neutre, quant à l'orientation des versions élaborées par les parties, et il est actif, quant à la vérification de leur véracité. Le contradictoire n'est pas contre le juge ; il est son outil de recherche du juste car le débat l'éclaire. La procédure n'est pas un handicap pour la puissance du juge : elle est le moyen cumulé de découvrir la vérité, par la contradiction. Ainsi le couple naturel d'une justice procédurale est dans l'organisation d'une procédure inquisitoire, où le juge peut rechercher la vérité, et d'un respect du contradictoire qui permet aux parties de l'y aider. Il ne devrait pas être question de choisir l'un ou l'autre, l'un contre l'autre.

2. *Procédure et expression des intérêts*

La présence des intérêts privés dans les procès, la reconnaissance de la subjectivité du juge, ne sont pas un handicap pour la concrétisation de la justice, du fait de la procédure. Elle neutralise grâce à ces intérêts par l'organisation de leur opposition, laquelle est exploitée comme mécanisme de découverte dialectique de la vérité. Ainsi les droits de la défense, prérogatives de la personne menacée, rejoignent le principe objectif de la contradiction. Il ne s'agit en rien dès lors de choisir entre la considération de la personne et l'impératif de vérité, de choisir entre inquisitoire et contradictoire : la participation effective et efficace de cette dernière à la découverte de la vérité est une solution concrètement juste.

Marie-Anne FRISON-ROCHE