

**Dominique D'AMBRA, Florence BENOÎT-ROHMER
et Constance GREWE (dir.)**

**Procédure(s)
et effectivité des droits**

*Actes du colloque des 31 mai et 1^{er} juin 2002
organisé à la Faculté de droit de Strasbourg
par l'Institut de recherche Carré de Malberg (IRCM)
et l'Equipe droits de l'homme du groupe de recherche
sur les identités et les constructions européennes (GRICE)*

EXTRAIT



NEMESIS



BRUYLANT

2003

LA PROCÉDURE ET L'EFFECTIVITÉ DES DROITS SUBSTANTIELS

PAR

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

PROFESSEUR DE DROIT À SCIENCES PO

Oh! don't use big words. They mean so little

Oscar WILDE

1. La procédure se prête à la théorie, ce qui, revers de la médaille, l'expose au phénomène de mode, avec l'effet de balancier qui s'y attache. Aujourd'hui, la procédure, du moins son cœur à travers le droit processuel (1), est au pinacle et rien ne serait plus grands, plus nobles, plus dignes d'être exportés que l'accès au juge et les droits de la défense. Ainsi, l'ancien dénigrement de la procédure, en ce qu'elle ne serait que la « servante » neutre du droit substantiel, une manière pour les droits substantiels de demeurer encore, sous forme combattive, conception exposée par Solus et Perrot (2), n'est plus. L'essentiel a glissé du droit substantiel au droit processuel (3) : la procédure n'est plus l'intendance transparente des prérogatives substantielles des personnes, c'est le socle vanté du système juridique, en reflet d'une société politique qui valorise la reconnaissance de l'autre et son écoute dans un débat public.

2. L'évolution du droit donne pourtant corps à un troisième terme de cette opposition, entre ce qui serait le peu d'impor-

(1) H. MOTULSKY, *Droit processuel*, cours ronéotypé, 1973; S. GUINCHARD et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*. Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2003.

(2) *Droit judiciaire privé*, t. 1, *Introduction. Notions fondamentales*, Sirey, 1961, n° 15, p. 21.

(3) 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, pp. 139-173, spéc. pp. 164 et s.

tance de la procédure car elle ne fait que servir et ce qui serait sa grande importance par des principes autonomes et fondamentaux : dialectiquement, on pourrait dire et tirer conséquence de ce que la procédure est importante en ce qu'elle est la servante des droits subjectifs. L'on devrait considérer avec plus de bienveillance qu'on ne le fait aujourd'hui l'idée d'une procédure comme une matière effectivement servante, en conservant sa nature d'instrument, en revenant sans cesse à la définition de la procédure comme voie pour que les droits substantiels des personnes, lorsqu'ils sont ignorés ou violés, soient reconnus et restaurés. Tout cela mais pas plus que cela. Il faut alors mais il suffit de mettre au cœur du système juridique les notions d'effectivité et d'efficacité. La procédure est ce qui rend effectifs de la façon la plus efficace possible (c'est-à-dire de la façon la plus économique possible) les prérogatives juridiques des personnes. On retrouve ici la référence classique au principe d'élégance dans le raisonnement et l'application du droit, qui vise son aptitude à aller avec le moins de stades et de notions possibles à son résultat.

3. Reconnaître l'instrumentation de la procédure ne signifie pas pour autant la renvoyer à la transparence par rapport au droit subjectif : il ne s'agit plus d'affirmer que la procédure n'est que la forme du droit substantiel en l'état de guerre, le même sur un mode énervé. Cette conception ne rend en effet pas compte de l'autre dimension de la procédure, notamment du débat contradictoire (4), en ce qu'il ne permet pas seulement la défense et la reconnaissance des droits subjectifs mais encore éclaire le juge, la procédure étant alors le mode rationnel d'élaboration des décisions de justice, permettant — surtout dans le modèle anglo-américain — d'ajuster les jurisprudences. En outre, associer la procédure à la guerre, c'est nécessairement concevoir le procès comme un phénomène exceptionnel, voire pathologique, alors qu'on pourrait avoir une conception plus ordinaire du procès, conduisant notamment à

(4) M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse Paris II, 1988.

aborder la question du contentieux de masse non pas comme une plaie mais sous le mode premier et normal de la satisfaction juridique (5), requérant des adaptations techniques, telle que la standardisation des procédures.

4. Il ne convient pas pour autant d'adopter une conception si princière de la procédure qu'elle vaudrait désormais en elle-même, qu'elle aurait assez de substance pour se suffire, qu'il faudrait imposer le respect des règles procédurales quel qu'en soit le prix et que la perspective des droits substantiels en cause n'aurait plus de pertinence. Cela ne serait pas raisonnable. Cette perspective autonomiste, accréditée certes par des philosophies politiques qui posent que du débat à lui tout seul peut sortir la solution juste (6), la Cour européenne des droits de l'homme, dont on ne saurait dire qu'elle ne rend pas tout honneur aux principes procéduraux, à l'accès au juge et aux droits de la défense, la récuse. Elle le fait d'une part en liant prétentions procédurales et présomption de consistance des droits substantiels évoqués, puisque l'action ne sera recevable que si le droit évoqué n'apparaît pas manifestement infondé, et d'autre part en relevant que les exigences procédurales doivent être allégées lorsque la matière sous-jacente l'exige, notamment en droit économique.

5. L'Europe doit être dès le départ évoquée : par son double corps de règles, de construction du marché et de protection des droits de l'homme, elle a posé que l'essentiel est dans l'intendance. En cela, l'Europe a apporté aux droits nationaux un grand renouveau, les dépassant dialectiquement. Ce souffle apporté par le droit européen tient à ce qu'il a marié l'esprit de système, en exprimant des principes agencés entre eux — sur le mode romaniste — mais en les définissant pragmatiquement, c'est-à-dire à travers les résultats concrets recherchés par leur mise en œuvre et par l'exigence d'adéquation des

(5) J. CARBONNIER, *De minimis ...*, *Mélanges Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp. 29-37.

(6) J.-M. FERRY, *Philosophie de la communication*, 2, *La démocratie procédurale*, Le Cerf, 1994; J. HABERMAS, *Droit et Démocratie*, Gallimard, 1997; *Morale et communication*, Flammarion, 1999; *De l'Éthique de la discussion*, Flammarion, 1999; *L'Éthique de la discussion et la question de la vérité*, Grasset, 2003.

solutions dégagées par rapport aux objectifs concrets posés — sur le mode anglo-américain —.

6. Dès lors, les principes sont dans l'application des règles et non dans les règles techniques elles-mêmes, les principes sont dans les effets. Le chemin entre la règle et le résultat doit être le plus direct possible, le moins coûteux possible, à travers la notion-clé de proportionnalité. Ainsi la procédure, correspondant le mieux à cette image du chemin, n'est de principe qu'en tant qu'elle est instrumentalisée aux fins servies, à savoir l'effectivité de la loi et des droits subjectifs. La procédure n'est alors pas un corps de règles valant en elles-mêmes mais un instrument d'effectivité des intérêts légitimes des personnes, en dépendance de ceux-ci.

7. Ce n'est donc pas par heureuse incidence que la procédure protège les droits des personnes, c'est sa raison d'être même. L'importance de la procédure est aujourd'hui reconnue sans qu'il faille renoncer à y voir de l'intendance puisqu'elle constitue un chemin d'effectivité des règles et de reconnaissance des droits. C'est même pour cela qu'elle est importante, parce que l'essentiel est dans la concrétisation des droits, non dans leurs attributions. Ce faisant, on mesure à quel point Henri Motulsky, dans sa thèse sur les principes de réalisation du droit, principes de logique procédurale (7), était visionnaire du droit d'aujourd'hui. Il apparaît ainsi que la procédure n'a de sens qu'au regard des droits substantiels évoqués (I). La perspective engendre la mesure : elle implique qu'on ne doit pas aller trop loin dans une conception excessivement autonomiste de la procédure mais qu'il faut donner plein effet à cette instrumentalité (II).

(7) *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 2002.

I. — Le sens de la procédure,
outil de concrétisation des droits substantiels

8. La procédure s'applique à rebours de ses buts (A), se mesure par son aptitude à obtenir les effets recherchés, c'est-à-dire la concrétisation des droits substantiels des personnes (B). Tout le droit européen va dans ce sens et tire son emprise de cette instrumentalisation même.

A. — LE BOULEVERSEMENT DE LA PROCÉDURE
PAR L'INVERSION DES SOURCES ET DES EFFETS

9. Repartons de l'Europe. En droit communautaire, le principe tient dans le but, à savoir la construction d'un marché intérieur européen libre et concurrentiel. Tout s'agence à cela, tout est moyens, tout est solutions particulières. Le droit communautaire n'est ni métaphysique ni moraliste, il est un pur instrument au service de cette ambition politique d'un marché européen. La procédure participe de la même conception, les droits de la défense reconnus par la Cour de justice des Communautés européennes n'entamant pas cette instrumentalité. Dans l'autre droit européen, celui des droits de l'homme, le principe tient aussi dans le but, à savoir la préservation des individus au sein de systèmes nécessairement contraignants, contraintes dont la défense de la société par le droit pénal est le cœur. Dès lors, les règles de procédure valent et ne valent qu'en tant que de fait elles préservent cet équilibre des intérêts entre l'individu et la société (8).

10. Ainsi, la normativité est dans les buts, l'interprétation et l'application téléologiques des règles étant de rigueur. Grâce à cela, les deux Europe ne sont pas étrangères l'une à l'autre et leur unicité méthodologique facilite leur unification en marche. Celle-ci se développe à travers le troisième pilier, qui

(8) Sur le raisonnement par les buts qui en découle, v. Ch. PHAM, « La Convention européenne des droits de l'homme, fil directeur pour la recherche de normes de qualité de la justice », in *Évaluer la justice* (E. Breen (dir.), coll. « Droit et justice », PUF, 2002, pp. 197-219.

est en train d'engendrer une Europe judiciaire (9), non seulement centrée sur l'efficacité des actes juridictionnels mais encore sensible à l'accès de tous à la justice (10), et par l'adoption en droit communautaire de la Charte des droits fondamentaux dans laquelle la justice tient grande place (11).

11. L'insertion des règles de procédure dans ces deux droits européens construits sur des principes téléologiques a deux conséquences majeures. En premier lieu, il devient nécessaire d'explicitier les buts. C'est le nouvel écueil de la procédure parce que si nous ne pouvons dire simplement et finement ce à quoi elle sert, alors elle perd sa normativité même, puisqu'on ne peut plus faire l'économie de l'explicitation des fins lorsqu'on fonde le droit à travers sa nature instrumentale. A quoi sert la procédure ? (12). L'on pourra aussi bien dire qu'elle sert l'effectivité des droits fondamentaux, ou des droits en général, ou bien proposer bien d'autres buts, y compris celui de décourager le justiciable si l'on estime que le procès est un mal social. En-deça du choix même du but posé, l'on mesure ici que la formulation de celui-ci n'a plus pour simple avantage de souligner un effet heureux des principes procéduraux mais de formuler l'assise même de leur normativité, d'où viendra la contrainte dans l'interprétation des règles.

12. L'autre conséquence de cette méthode de raisonnement est qu'il faut réaliser les buts. Seconde contrainte, ô combien considérable. C'est une nouvelle définition de l'effectivité, une effectivité qui sort de la catégorie des vœux du législateur ou de l'appréciation sociologique portée sur le droit (13), pour entrer de plein pied dans le droit positif lui-même. Qu'est-ce qu'un mécanisme juridique effectif ? Cela peut prendre la forme simple du respect de ce que prévoit la loi. L'effectivité

(9) *L'espace judiciaire européen*, n° spécial des Petites Affiches, 27 septembre 2002.

(10) Directive du 27 janvier 2003 relative à l'aide judiciaire accordée dans le cadre des litiges transfrontaliers.

(11) S. CAROTENTO et J. MENDES CONSTANT, *L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Petites Affiches, 5 juillet 2002, pp. 4-17.

(12) V., par ex., J.-Fr. BURGELIN, J.-M. COULON, M.-A. FRISON-ROCHE, « L'office de la procédure », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Pierre Drat, 2000, Dalloz, pp. 253-267.

(13) J. CARBONNIER, *Effectivité ou ineffectivité de la règle de droit*, Flexible droit, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001.

se confond alors avec le droit positif, prolongeant l'idée que le droit est positif par l'application qui en est faite et non pas par sa simple édicition.

13. Allant plus loin, le lien se noue entre l'effectivité du droit, son application effective, et la réalisation du résultat pour lequel on l'a adopté, à travers la notion double de succès et d'échec (14). La notion d'effectivité se transforme dans la notion d'efficacité. L'efficacité est le principe clé du droit communautaire et national de la concurrence (15), elle devient celui du droit processuel. La question n'est pas annexe, elle est centrale car si la procédure est un moyen de réalisation des droits, alors la procédure sera effective si et seulement si elle aboutit à l'effectivité des droits subjectifs substantiels des personnes en cause, et hors de cela elle perd ses propres fondements, sa raison d'être, sa nature même (16). C'est ce mouvement d'efficacité qui permet aujourd'hui au justiciable et à la Cour européenne des droits de l'homme (17) de demander des comptes à l'Etat si l'institution judiciaire dont il est le gardien est par trop inefficace.

14. Lorsque le droit exprime sa normativité à travers le constat de son efficacité, dans une conception instrumentale du droit donc, il formule une exigence nettement supérieure à

(14) Il faut une conception pragmatique du droit pour lui assigner des appréciations d'échec ou de succès au-delà de son formel respect. Cette considération est centrale en droit économique (v. par exemple, « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », in *Le droit des procédures collectives, Mélanges Adrienne Honorat*, Ed. Frison-Roche, 2000, pp. 109-119), elle gagne aujourd'hui les autres branches du droit.

(15) *L'efficacité des décisions en droit de la concurrence*, n° spéc. Petites Affiches, 28 décembre 2000; *L'efficacité de la politique de la concurrence*, *Gaz. Pal.*, 28 et 29 janvier 2003.

(16) SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, *Introduction. Notions fondamentales*, préc., p. 11 : « [le droit] doit poser des règles juridiques [le droit judiciaire privé] qui, distinctes des règles de fond, ont spécialement pour objet de fournir aux titulaires des droits subjectifs le moyen, au cas où ces droits seraient méconnus ou violés, de les faire respecter, d'en assurer la mise en œuvre et la sanction, en un mot l'efficacité (souligné dans le texte) ».

(17) Est intéressante à ce titre la récente condamnation de la Russie par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 mai 2002. *Burdov/Russie* (D., 2002, som. com., p. 1572, obs. N. FRICERO), posant que les propres difficultés de budget et d'organisation de l'Etat russe ne justifient pas pour autant l'inefficacité de sa justice. Cela est à corréler avec les réformes récentes adoptées par la Douma, en 2000 et 2001, qui notamment affaiblissent l'indépendance des juges pour que soit possible la sanction de leur incurie, textes qui revendiquent leur référence à l'Europe des droits de l'homme et ont reçu à ce titre l'opinion favorable du Conseil de l'Europe.

celle qui figure dans un droit métaphysique ou d'expression statique des valeurs, pour lequel la normativité est dans l'expression et non nécessairement ni dans l'application ni dans le résultat de l'application. L'efficacité, c'est alors la marque mais aussi la source de sa puissance. On va demander des comptes au droit, en exigeant des résultats.

15. C'est le juge qui va le faire, sollicité par les hommes pour le bien desquels le droit est fait. L'exigence portera sur les débiteurs particuliers de la règle procédurale, par exemple celui qui doit concrètement respecter le principe du contradictoire, mais aussi sur le débiteur général de l'effectivité du droit qu'est l'Etat. La Cour européenne des droits de l'homme le fait à l'égard de l'application formellement irréprochable de textes procéduraux mais dont l'application n'est pas effective ou dont l'application n'aboutit pas au résultat visé. Prenons l'exemple d'une application mécanique des droits de la défense à l'égard d'une personne qui n'a pas été mise en mesure de comprendre ce qui lui arrive, ce qui ne pose pas de difficulté dans une conception autonome et formelle de la procédure mais anéantit la règle dans une conception instrumentale et dépendante de l'effective protection des droits subjectifs des personnes.

16. Cette définition de la procédure à travers le souci premier d'effectivité des droits est bouleversante. En premier lieu, puisque le fondement du droit est dans la concrétisation des résultats pour lequel on a usé de sa normativité, les raisonnements vont suivre le même mouvement, c'est-à-dire non plus aller de l'amont à l'aval, mais de l'aval à l'amont. Le meilleur exemple de ce raisonnement à rebours, parce que « fonctionnel » (18), est dans la définition téléologique de l'accès au juge, telle que la Cour européenne des droits de l'homme l'a mise en place (19), que l'on peut restituer de la façon suivante, par enchâssement de questions sur le but des règles et des compor-

(18) J.-Fr. RENUCCI, « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'accès au juge dans l'Union européenne*, J. Rideau (dir.), LGDJ, 1998, pp. 131-140.

(19) *Ibid.*

tements : le point de départ est l'accès au tribunal visé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais pourquoi accéder à un juge ? pour avoir un jugement. Donc la source du droit au juge, c'est le droit au jugement. Le jugement devient le point de départ de l'accès. Le raisonnement repart, dans la même méthode triviale : pourquoi obtenir un jugement ? pour avoir satisfaction. Donc, la source du jugement, qui est lui-même la source du droit d'accès, c'est l'exécution. L'exécution devient le point de départ de la procédure.

17. Il faut prendre l'habitude de penser à rebours, de ne penser que par anticipation, de circuler dans le temps et de poser une continuation téléologique entre des pratiques pragmatiquement appréhendées. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que raisonner autrement ferait « perdre son sens » au procès (20). Si l'on poursuit dans cette méthode, on doit se demander : à quoi sert l'exécution ? A obtenir ce dont on a besoin, ce dont on a été privé, l'avantage qu'on était en droit d'obtenir. On retrouve ici la définition que Motulsky donnait de l'objet de la demande, par une définition purement concrète à laquelle la forme juridiquement prise, comme l'annulation ou l'attribution de dommages et intérêts, était transparente, purement constituée par la situation de fait recherchée et pour la reconstitution de laquelle l'intervention du juge est sollicitée (21).

18. Cela met au cœur de la procédure le temps (22), celui qui sépare la souffrance de l'absence de droit et la restauration de celui-ci. Le temps est lui-même perçu sur un mode instrumental : quel est le « bon temps » ? Le temps efficace, c'est-à-dire le temps « nécessaire ». Il est dans un espace d'un temps suffisamment long pour comprendre et pour décanter, suffisamment court pour que cela vaille encore la peine que la machine

(20) CEDH, 28 septembre 1995, *Scollo*, *RTD civ.*, 1996, p. 1021, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; 19 mars 1997, *Hornby*, *JCP*, 1997, II, 22949, note O. DUGRIP et F. SUDRE.

(21) H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 101-129.

(22) Sur la question de savoir si l'on peut ou non en déduire l'existence d'un droit processuel au temps, v., *Le temps et la procédure*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 1996. Sur la notion de procédure régulatrice du temps, v. S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, 2002, spéc. pp. 157 et s.

procédurale fonctionne. C'est la définition du temps raisonnable qui comprend les deux dimensions, un temps apprécié par rapport à la situation concrète de la personne car le degré de contrainte pesant sur celle-ci constitue le temps plus ou moins long (23). La jurisprudence européenne à propos de l'indemnisation des victimes du sida, sanctionnant un trop difficile et trop lent accès aux tribunaux au regard de la situation de santé des justiciables, est exemplaire de cela (24).

19. La seconde conséquence de cette instrumentalisation de principe se situe non plus au niveau micro du raisonnement adéquat à des procédures particulières mais à un niveau macro du fonctionnement même de ces entrailles procédurales que sont les institutions judiciaires. Des analyses d'efficacité du service public de la justice deviennent disponibles (25) mais l'idée que la justice pour être efficace doit fonctionner « à l'économie » peut choquer. Cela tient à une confusion parfois faite entre l'économie au sens comptable du terme, consistant à dépenser le moins possible, et une conception plus mathématique de l'économie, à savoir l'élégance dans la méthode qui permet d'aller le plus directement possible au résultat visé. L'efficacité, c'est-à-dire l'aptitude de la procédure à rendre le plus directement effectifs les droits des personnes, doit être la mesure de la procédure.

(23) Sur les délais de la justice divine, avec des Dieux qui ne sont pas pressés mais des hommes enserrés dans leur temporalité, v. PLUTARQUE, *Sur les délais de la justice divine*, trad. J. AMYOT, éd. Babel, 1995.

(24) CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet, D.*, 1996, p. 357, note COLLIN, *JCP*, 1996, II, 22648, note M. HARICHAUX.

(25) Sur le principe même, v. D. MANDELKERN, « Le service public de la Justice et ses moyens », in *Le service public de la justice*, Odile Jacob, 1998, pp. 123-135. Pour une réflexion générale, v. W. ACKERMANN et B. BASTARD, *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*, coll. Droit et société, LGDJ, 1993 et L. CADIET (dir.), *De l'économie de la justice*, n° spéc. *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, n° 2. Sur le résultat même, v. E. BREEN (dir.), *Evaluer la justice*, coll. « Droit et justice », PUF, 2002. Mais l'analyse économique du droit se saisit encore rarement de la dimension économique de la justice, autrement qu'à travers l'analyse des règles prétorienne comme la responsabilité civile (v., par ex., A. OGUS et M. FAURE, *Economie du droit : le cas français*, éd. Panthéon-Assas, 2002).

B. — L'EFFICACITÉ DANS LA RÉALISATION
DES DROITS SUBSTANTIELS
COMME MESURE DE LA PROCÉDURE

20. Posons donc par méthode, sur l'incitation du droit européen, que l'appréciation de la procédure, l'agrément ou non par les juges de contrôle des procédures précédemment suivies, mais aussi les points de repère à partir desquels les réformes de l'institution juridique doivent se concevoir, se mesurent par son efficacité. C'est bien de cette façon que le droit anglais, naguère conçu sur le modèle de la Rolls (26), véhicule peu efficace, a été drastiquement revu à partir du rapport Wolf, pour que la justice soit la plus efficace, c'est-à-dire ouverte à davantage de justiciables et engendrant plus de jugements exécutés dans un délai raisonnable (27). On trouve le même mouvement aux Etats-Unis (28). Dans la même veine, la perspective française de généraliser l'exécution provisoire des décisions de première instance, débattue par certains au nom des droits fondamentaux, tient de l'idée simple que les droits des personnes sont statistiquement mieux concrétisés par une exécution immédiate que par une exécution reportée à plus tard.

21. D'une façon plus générale, la procédure, parfois perçue comme la limite nécessaire à l'efficacité de l'action judiciaire, doit être pensée au contraire comme un mécanisme d'efficacité au regard des droits concrétisés : procédure et efficacité ne sont pas contraires. Si l'on pense la procédure non pas seulement comme l'addition de droits fondamentaux des justiciables mais comme, conception plus classique, le chemin qui mène de la méconnaissance des droits à leur restauration, dans

(26) V. spéc. M. CAPPELLETTI (dir.), *L'accès à la justice et Etat-providence*, Economica, 1984. V. aussi J. CHEVALLIER, « Lutte contre les discriminations et Etat-providence », in *Lutter contre les discriminations* (D. Borrillo, dir.), coll. « Recherches », La Découverte, 2003, pp. 38-54). Dans le même ouvrage, v. H. YTTERBERT, « La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle : l'exemple suédois » (pp. 178-192) et « Les développements propres à l'accès à la justice et l'intervention de l'*ombudsman* » (pp. 182 et s.)

(27) Les récentes lois françaises opèrent ce lien entre droits des justiciables et efficacité de la machine judiciaire, notamment la loi du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice*.

(28) A.-L. SIBONY, « Quelles leçons tirées des expériences étrangères ? », in E. BREEN (dir.), *Evaluer la justice*, préc., pp. 77-141, notamment à propos du *Civil Justice Reform Act* de 1990, pp. 79 et s.

ce cas, la procédure est le mode même de l'efficacité. Si l'on passe en revue les règles de procédure, celles qui ne concourent pas à cette efficacité sont rares. On peut citer tout au plus le droit de se taire sans que le juge puisse y voir un aveu, associé au privilège voisin du droit anglo-américain de ne pas s'accuser soi-même relayé par des textes internationaux, ainsi que le droit d'avoir la parole en dernier, pour faire bonne impression, quand bien même celle-ci serait fallacieuse. Le reste des principes et droits procéduraux visent à l'efficacité.

22. Le meilleur exemple de l'efficacité de la procédure est le débat contradictoire. Le propos a des conséquences concrètes puisque cette perspective permet de mieux déterminer l'office que le juge doit avoir dans le processus. Dans une procédure dominée par le principe dispositif, ce qui est non seulement le cas de la procédure civile traditionnelle mais encore de la procédure de *common law* (29), le débat est une confrontation heuristique d'argumentations dont la pluralité neutralise la partialité respective, le juge recueillant par décantation la représentation la plus exacte possible des faits et l'interprétation la plus adéquate du droit. Le système se suffirait de l'indifférence du juge qui recueille la vérité sortie ainsi de ce puits de contradictoire.

23. Est-ce efficace ? Les procédures sont alors longues, coûteuses, souvent orales et laissant plus nettement place à l'émotion. Ce débat-là convient à une conception contractuelle du procès mais guère à un procès conçu comme un processus d'explicitation des situations et de détermination des droits. Dans cette dernière conception, qui prévaut désormais dans le Nouveau Code de procédure civile français (30), le juge doit en quelque sorte se jeter dans le débat pour y vérifier lui-même les faits allégués, doté de pouvoirs d'initiative. L'impartialité

(29) Ph. FOUCHARD (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, éd. Panthéon-Assas, 2001.

(30) A. PONSARD, « Vérité et justice, rapport français », in *La vérité et le droit*, travaux Capitain, Economica, 1987, pp. 673-694.

ne prend plus la forme de la passivité : le juge impartial n'est plus synonyme d'un juge impavide.

24. Plus encore, dans cette perspective, le juge ne domine le débat que parce qu'il s'y soumet lui-même, ne pouvant prétendre ni y être purement extérieur dès l'instant qu'il y est actif, ni hors du besoin d'être contredit s'il fait fausse route, notamment lorsqu'il envisage de relever d'office une règle de droit non précédemment évoquée par les parties. Le droit français qui un temps dispensa le juge de se soumettre au contradictoire (31) supposait alors un juge qui ne pouvait se tromper puisqu'un débat lui était inutile. Pourtant, comme les autres membres de la triade judiciaire (les deux parties et le juge), le juge doit mettre dans le débat sa conception, si elle est autre que les thèses construites par les parties, et cela même s'il est impartial car le débat est un mode logique, donc efficace, de trouver la meilleure solution.

25. La partialité n'est pas nécessairement un état d'immoralité du juge mais renvoie plus généralement à une forme de la « partiellité », le fait de prendre en considération des arguments et pas d'autres, état non nécessairement voulu mais pouvant être produit par un débat incomplet. La thèse du juge étant tout aussi partielle que celles des parties, elle devrait donc comme elles être mise dans le débat. L'impartialité ne renvoie pas à un esprit sans préjugé, mais plutôt à l'admission par le juge qu'il peut se tromper et qu'il est toujours et par principe prêt à prendre en considération les arguments présentés par les parties (32). Dans une telle conception, la règle excède l'hypothèse ponctuelle du relevé d'office pour viser d'une façon plus générale le raisonnement judiciaire : le droit allemand impose que le juge présente au débat avec les parties le raisonnement qu'il envisage d'adopter, ce qui correspond aussi à la pratique de la Cour de justice des Commu-

(31) Ce à quoi mit fin l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, D., 1979, p. 606, note A. BÉNABENT, JCP, 1980, II, 19288, concl. FRANC, note J. BORÉ.

(32) Sur cette conception procédurale et méthodologique de l'impartialité, sans référence éthique ou psychologique, v. *L'impartialité du juge*, D., 1990, pp. 53-57.

nautés Européennes mais ce mécanisme n'est pas adopté par le droit français.

26. Pourquoi le droit français est-il si restrictif? Sans doute parce que la solution allemande et communautaire est la conséquence d'une conception instrumentalisée, pragmatique et téléologique de la procédure, à laquelle le droit français demeure encore peu sensible, lié à une conception trop restrictive du rapport entre la procédure et les droits ainsi qu'à une appréhension excessivement autonomiste de la procédure. Il s'agit de tirer la juste mesure de la contrainte procédurale, ni trop ni trop peu au regard de ce qui est sa raison d'être, et donc non pas son effet mais son principe moteur, à savoir la concrétisation des droits.

II. — La juste mesure des contraintes de procédure, issue de son lien avec les droits substantiels

27. Cet exemple montre que la nature instrumentale de la procédure, si on la prend comme point de départ de l'application des règles, engendre à la fois plus de contraintes que le droit procédural actuel n'en prévoit et moins de contraintes absolues. Paradoxalement, une conception trop haute et autonome de la procédure la dessert puisqu'elle l'éloigne de sa raison d'être (A). Si l'on trouve une plus juste mesure, alors de nouveaux pouvoirs et de nouveaux devoirs s'imposent, notamment dans l'accès à la justice comme mode pour la personne d'avoir accès à son propre droit substantiel (B).

A. — LE RISQUE D'AFFAIBLISSEMENT DE L'EFFECTIVITÉ DES DROITS PAR UNE CONCEPTION TROP RESTRICTIVE OU TROP AUTONOMISME DE LA PROCÉDURE

28. Une première conception restrictive consiste à n'établir de liens forts entre la procédure et les droits que dans la mesure où les droits subjectifs en cause sont eux-mêmes fondamentaux. Le balancement paraît logique : droits processuels

fondamentaux pour droits substantiels fondamentaux. La doctrine a défendu l'exclusivité de ce lien, estimant que les principes procéduraux ne pouvaient prétendre à une application pleine que lorsque les droits substantiels en cause sont fondamentaux, par exemple lorsqu'il s'agit du droit de saisir un tribunal (33) ou du droit de faire appel (34). Mais qu'il soit permis de prendre quelque distance avec ce lien implicite.

29. Une première objection est pragmatique, à savoir la difficile distinction à opérer entre ce qui est un droit fondamental et ce qui ne l'est pas, mais l'incertitude dans l'interprétation est le prix d'un droit effectif et flexible, que l'on peut assumer si la solution est fondée. Mais si l'on admet que la réalisation du droit permise par le procès vise aussi bien la règle de droit et les prérogatives des personnes, ni l'une ni les autres ne se partagent. En ce qui concerne la règle de droit, Motulsky a montré que distinguer dans les règles, les petites et les grandes, celles d'ordre public et les autres, n'est pas de bonne méthode parce que la légalité est entière.

30. En ce qui concerne les droits des personnes, comment — et pourquoi — distinguer ce qui est fondamental et ce qui ne l'est pas ? Le *de minimis*, c'est toujours celui du voisin et non le sien. Si l'on réproouve la multiplication excessive des prérogatives des individus (35), le reproche doit en être fait au législateur qui les distribuerait inconsidérément mais on ne peut demander au système juridique cette incohérence consistant à déclarer multitude de prérogatives mais dans le même temps à fermer les portes procédurales d'effectivité de ces droits. Sauf à reprendre la critique marxiste des droits formels ...

31. Il ne s'agit pas pour autant de refuser toute distinction entre les droits évoqués pour mettre davantage les droits procéduraux au service des uns par préférence aux autres. L'on peut certes concevoir de filtrer l'accès à la justice en fonction

(33) M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges Roger Perrot, Dalloz, 1996, pp. 1-17.

(34) Ch. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, thèse dactyl., Angers, 2000.

(35) Ce que fait notamment Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, coll. « Forum », Flammarion, 1997.

des droits évoqués, pour préserver l'efficacité d'une machine judiciaire qui ne doit pas tourner à vide mais la distinction ne doit pas alors être dans la nature du droit substantiel évoqué, car celui-ci est toujours d'importance pour le plaideur et pour le législateur qui lui a conféré. La distinction doit se faire en fonction de la vraisemblance de ce droit, selon le raisonnement suivi par la Cour européenne des droits de l'homme, à travers l'exigence d'une contestation réelle et sérieuse (36).

32. La jurisprudence européenne prend donc en considération les chances de succès du droit substantiel dans l'exercice même du droit d'action. Ce faisant, elle exprime une exigence, l'apparence (37) : l'apparence d'un droit substantiel lorsqu'une personne prétend actionner un droit processuel. On retrouve ici le règne de l'apparence, au sens où l'entend la jurisprudence sur l'impartialité, à savoir l'exigence d'un droit substantiel qui donne dès le départ à voir sa possible substance. En cela, la Cour européenne des droits de l'homme redonne force à une formule récusée par la doctrine française (38) : *pas de droit, pas d'action*.

33. Ce faisant, il faut revenir sur une conception trop autonomiste de l'action en justice, à laquelle certes Motulsky avait donné un fort élan à travers l'idée même d'un droit processuel d'action (39). Il suffit de préciser que l'action en justice est bien un droit mais un droit-fonction, un droit qui prend sa consistance au regard de la finalité ici (la défense du droit substantiel). En opérant cela, la dispute traditionnelle entre une action en justice/pouvoir et une action en justice/droit subjectif est dépassée puisqu'il ne s'agit pas d'un simple pouvoir en ce que la prérogative n'est pas exercée dans l'intérêt d'autrui mais toujours dans l'intérêt du plaideur, mais qu'il ne s'agit pas non plus d'un droit autosuffisant puisque la prérogative n'est exercée que pour réaliser un autre droit. Il s'agit

(36) J.-Fr. RENUCCI, préc., p. 136.

(37) CEDH, 8 juillet 1987, *Baraona/Portugal*, série A, n° 122, § 41 ; 26 mars 1992, *Périscope*, série A, n° 234-B§ 35.

(38) H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Ecrits*, préc., pp. 85-100.

(39) *Ibid.*

d'un droit servant, d'un droit qui est le passage emprunté par l'individu vers la satisfaction d'un de ses droits subjectifs substantiels. Un droit égoïste mais médiat.

34. La seconde restriction est plus radicale car, plutôt que de restreindre la plénitude de la procédure à certains droits substantiels, les droits fondamentaux, on évoque de plus en plus la procédure en elle-même, devenue autonome, on pourrait dire refermée sur ses propres droits fondamentaux, en sécession avec sa nature instrumentale.

35. La procédure a connu le même mouvement que les autres branches du droit, à savoir une constitution de règles qui vise moins à organiser des principes stables et généraux pour devenir davantage un système d'articulation de prérogatives ponctuelles et changeantes des individus. C'est vrai pour le droit des sociétés, reconstruit sur le droit des actionnaires, c'est vrai pour le droit des contrats, reconstruit sur l'avantage économique attendu par le créancier, c'est vrai pour la procédure, addition de prérogatives des justiciables. Il ne faut d'ailleurs pas opposer bon fonctionnement des principes d'organisation et attributions de prérogatives processuelles, comme si les droits des plaideurs était ce qui grippe l'institution judiciaire car l'efficacité de celle-ci peut être servie par l'activisme même des plaideurs, comme l'activisme de l'actionnaire minoritaire a vocation à améliorer le fonctionnement sociétaire.

36. Cela ne justifie pas que les droits processuels deviennent à ce point autonomes qu'on les fasse en quelque sorte tourner sur eux-mêmes. L'idée moraliste selon laquelle la recevabilité de la plainte sociale, judiciairement traduite, et la participation citoyenne à un débat, suffit à engendrer l'harmonie et à dégager des solutions, est illusoire, car la décision ne sort pas du seul débat. Pour reprendre l'affirmation si juste de Pierre Drat, il faut bien un « juge qui toujours décide » (40).

37. Dès lors, les droits procéduraux n'ont de sens et de raison d'être que s'ils tendent à mieux établir les droits des personnes. Il faut accepter la réversibilité des raisonnements, et

(40) *Pour un juge qui toujours décide*, *Gaz. Pal.*, 1987, 2, doct., p. 512.

le droit européen l'assume : on peut exiger plus de la procédure lorsque l'effectivité des droits substantiels est en jeu, mais aussi moins s'ils ne le sont pas. Reprenons l'exemple des droits de la défense. Si l'on doit exiger plus que leur respect formel, par exemple non seulement la communication mais encore la compréhension, non seulement le respect des délais mais encore le ménagement du temps de réaction du destinataire, à l'inverse s'il n'y a pas grief, il ne doit pas y avoir effet à la méconnaissance. Le principe pragmatique « pas de nullité sans grief » est fondé, et s'il recule devant les nullités de fond, c'est en raison du caractère disciplinaire de celles-ci sur les organes de procédure, c'est-à-dire indépendamment de la référence aux droits des personnes en cause.

38. La procédure n'est pas un mécanisme autonome et c'est pour cela que dans le même temps qu'elle n'a de sens que par rapport au jugement dont elle prépare les termes, elle pourra pour des raisons analogues être arrêtée avant cette fin. En effet, si le but servi par la procédure est rempli par ailleurs, alors la procédure doit naturellement s'arrêter, même si la mécanique procédurale n'a pas encore abouti à un jugement. Cela résulte du lien qu'il convient toujours d'opérer entre procédure et droits substantiels. Le droit subjectif est un intérêt légitimement protégé, un intérêt cristallisé par la reconnaissance juridique qui en est fait. Si on se prévaut d'un droit, c'est pour satisfaire un intérêt et nulle branche du droit mieux que la procédure n'a mis, à travers le complexe intérêt à agir, l'intérêt au cœur du droit dans sa théorie du droit d'action (41).

39. Si l'intérêt est satisfait, par exemple si la haine s'apaise ou si la réparation est offerte, alors la réalisation des droits implique à rebours l'arrêt de la procédure. Cela va de soi : la procédure tend à la réalisation des intérêts légitimes, la satisfaction de ceux-ci rend inutile la procédure. Les modes de règlement alternatif des litiges sont ainsi non pas le contraire ou l'exception de la procédure classique mais sont en harmonie

(41) L. BOY, « Réflexions sur l'action en justice », *RTD civ.*, 1979, pp. 497-523.

avec celle-ci. En outre, l'efficacité implique que si l'on peut faire l'économie d'un jugement, aux deux sens du terme d'économie de moyens et d'économie d'un procédé tranchant qui peut être déporté par rapport à l'objectif de retour à la paix sociale, alors la procédure s'arrête.

40. Ce faisant, on fait l'économie du passage de l'intérêt au droit puisqu'en ne déclarant pas le droit, on a ainsi servi l'intérêt : on a ôté l'intérêt de la gangue du droit, pour servir directement le premier, au besoin en négligeant la pertinence du second, se dispensant de sa proclamation par un jugement. Cela se rattache à une observation plus générale : les droits économiques (et la procédure peut être considérée comme un droit économique) sont construits sur l'efficacité, ce qui prend souvent la voie de l'archaïsation des notions juridiques. Par exemple, dans d'autres branches du droit économique, on ne voit pas des contrats mais des liens (cela permet de mieux les réguler), ici on ne voit plus des droits mais des intérêts (cela permet de mieux les servir). La procédure est alors un mode de concrétisation non plus tant des seuls droits fondamentaux, non plus tant des seuls droits mais simplement des intérêts.

41. Ce système concret est plus exigeant que le précédent parce que ses résultats doivent être effectifs et parce que le rôle propre de la procédure consiste à assurer non seulement la voie par laquelle la personne voit son droit restauré mais encore à offrir cette efficacité à chacun des justiciables. Pour cela, la procédure renvoie non plus à l'idée d'une machine mais plutôt à une série de devoirs, articulés en miroirs de la satisfaction des droits substantiels des personnes.

B. — LES NOUVEAUX DEVOIRS NÉS DE LA CORRÉLATION ENTRE LA PROCÉDURE ET LES DROITS SUBSTANTIELS

42. La procédure est donc une voie d'accès vers la concrétisation que chacun attend de ses prérogatives juridiques. En cela, la procédure se construit sur la notion d'accès et l'on trouve dans la notion d'accès à la justice la convergence entre la notion d'accès au droit et la notion d'accès au service public

de la justice (42). Ainsi, le premier devoir est de permettre l'utilisation même de la procédure. C'est à cela que se réfèrent les réflexions et dispositifs, avant tout budgétaires et financiers (43), pour venir en aide aux exclus du droit, souci aujourd'hui relié par le droit communautaire, à travers l'aide juridique ou l'aide juridictionnelle.

43. Le droit français a lui-même porté au plus haut l'impératif d'accès au juge comme mode de réalisation des droits substantiels, puisque le Conseil constitutionnel a affirmé dans sa décision du 9 avril 1996 (44) que, faute d'accès effectif au juge, notamment par l'ouverture de délais pour former efficacement une demande en justice, il n'y a point de Constitution puisque les droits ne sont plus garantis. On mesure ici encore que si le principe procédural d'accès au juge est si haut placé dans la hiérarchie des normes, cela découle du lien instrumentalisé, mis en valeur par le Conseil, entre l'action en justice et les droits substantiels en cause.

44. Si la titularité d'un droit substantiel donne un droit naturel (naturel au sens de corrélation nécessaire (45)), à l'inverse l'absence de titularité doit fermer les portes du palais. Celui qui prétend accéder à la justice devrait démontrer préalablement la vraisemblance du droit pour lequel il entend obtenir l'intervention du pouvoir juridictionnel. C'est pourquoi non seulement l'exigence de démontrer cette vraisemblance est fondée lorsqu'une personne réclame l'aide financière mais elle n'est en rien une atteinte aux droits des personnes car elle relève de la logique de la chose. Le système se gaspille s'il donne aveuglement les moyens de saisir la justice par des prétentions fantaisistes. La sanction peut venir en amont lors-

(42) M.-A. FRISON-ROCHE et J.-M. COULON, « Le droit d'accès à la justice », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, pp. 401-412.

(43) Indépendamment de la source du financement, lequel n'a pas nécessairement à être public mais peut prendre la forme d'assurances juridiques systématiques. V. « Principes et intendance dans l'accès au droit et à la justice », *JCP*, éd. G., 1997, I, 4051.

(44) *AJDA*, 1996, p. 371, obs. O. SCHRAMECK ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle* n° 14, *Petites Affiches*, 4 sept. 1996, p. 7.

(45) Pour un raisonnement de ce type, H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Écrits*, préc., pp. 60-84.

qu'une aide financière est sollicitée par le plaideur, elle doit venir en aval pour le plaideur plus autonome, par le mécanisme de l'amende civile, lequel constitue une inversion de l'aide mais relève de cette même idée de sanctionner financièrement (par l'absence d'obtention d'argent ou par l'obligation de verser de l'argent) celui qui use inutilement ou par malice d'une machine judiciaire socialement coûteuse. Le raisonnement établissant un lien de présomption entre recevabilité de l'action et vraisemblance du droit substantiel évoqué fut d'ailleurs généralisé par la Cour Européenne des droits de l'homme posant que le devoir de l'Etat de permettre l'accès au juge cesse lorsque le droit substantiel allégué manque de vraisemblance.

45. La deuxième conséquence de l'accroissement d'exigence à l'égard des plaideurs, des organes de l'institution judiciaire et de l'État, tient dans l'idée que la procédure doit neutraliser la faiblesse respective des plaideurs à faire valoir leurs droits. Les droits de la défense et le principe du contradictoire ne portent pas ce souci, qui s'est exprimé à travers le principe européen d'égalité des armes, égalité concrète qui permet un accès effectif de chacun à l'établissement du droit qu'il revendique (le sien) ou qu'il dénie (celui de l'adversaire). L'aide juridictionnelle en est la première marche, puisqu'elle concerne l'égalité dans l'accès. Le droit anglais lui donne pleine puissance lorsqu'il s'agit d'un plaideur contraint, c'est-à-dire par excellence de la personne poursuivie au pénal, puisqu'aucune tarification ne vient limiter la prise en charge.

46. Si l'on en était encore à une conception formelle de la procédure, il faudrait en conclure que la procédure accusatoire est le mode privilégié de cette égalité. L'on observe au contraire qu'au fur et à mesure que la procédure se concrétise, c'est-à-dire se construit sur la recherche d'une corrélation entre les effets obtenus et les buts posés, le principe de l'accusatoire recule, notamment devant le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (46). Cela tient précisément au fait que l'accusatoire laissant les parties mener l'instance, y

(46) Cl. JORDA, interview in *Le Bien Commun*, France-Culture, 2002.

compris et surtout dans la dimension probatoire de celle-ci, par exemple par des « experts de partie », les inégalités techniques et économiques se développent au carré. C'est pourquoi l'arbitrage, encore construit sur l'accusatoire, n'est supportable qu'en tant qu'il est réservé qu'à des personnes pouvant supporter ce jeu.

47. C'est au contraire l'inquisitoire qui va, par le transfert sur le juge de la charge — et non seulement de la menée — de l'instance, neutraliser ce rapport de force. C'est pourquoi la charge de la preuve a été explicitement transférée sur le juge prud'homal concernant la preuve de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. En cela, la procédure prend place dans les branches de droit unilatéral de protection, au nom d'une égalité des armes qui subsume l'accusatoire et l'inquisitoire. Là aussi, l'instrumentalité implique la réversibilité du raisonnement : l'égalité des armes fondant le pouvoir du juge, celui-ci devient illégitime si son intervention accroît le déséquilibre procédural plutôt que de le compenser. C'est pourquoi la procédure pénale, revue à l'aune de l'égalité des armes, ne pourra supporter longtemps un juge d'instruction qui instruit en réalité à charge, en redondance du Ministère public. La multiplication des droits de la défense ne saurait compenser cela puisqu'il ne s'agit pas tant de protéger passivement la personne que de repenser l'équilibre de la procédure elle-même, avec un juge qui ne peut être actif que s'il ne vient pas en appui de la puissante partie de l'accusation.

48. Enfin, si la procédure doit être non seulement respectée, en cela elle est formellement effective, mais encore doit atteindre ce pour quoi elle est faite, ce qui signifie qu'elle doit efficacement permettre aux personnes d'être restaurées dans leurs droits substantiels, alors l'absence de résultat est un échec. Non pas nécessairement une faute mais un échec. Que l'échec, c'est-à-dire l'impossibilité dans laquelle est mise une personne de recouvrer efficacement en justice des droits dont elle est pourtant titulaire, ait pour source une faute, notam-

ment un comportement négligent du juge (47), ou une défaillance du système, par exemple en raison d'un encombrement des rôles qui paralyse le bon fonctionnement de la juridiction, le résultat est le même.

49. La privation au détriment d'une personne de ce qui est le but, et donc le fondement, de la procédure doit ouvrir droit à réparation, la responsabilité de l'Etat du fait de la justice devant, dans cette conception, évoluer vers un délaissement de la condition de faute, l'obligation de réparer étant ainsi accrue par la conception simplement instrumentale du droit. A travers ce dernier exemple, on mesure que la définition de la procédure comme mode efficace d'effectivité des droits substantiels a pour effet de redessiner la procédure, parfois en deçà des exigences actuelles, le plus souvent au-delà de celles-ci. C'est une nouvelle façon de montrer que l'instrumentalisation d'un corps de règles ne signifie pas une affaiblissement, simplement une autre conception de sa puissance.

(47) M.-A. FRISON-ROCHE, « La responsabilité des magistrats. Evolution d'une idée », *JCP*, éd G., 1999, I, 174, pp. 1869-1876. Plus concrètement, v. le très intéressant panorama dressé par Dominique COMMARET, « Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature », in *Juger les juges*, coll. « Histoire de la justice », doc. Franç., 2000, pp. 201-216, spéc. pp. 205 et s. à propos d'un devoir général de diligence. J.-Cl. MAGENDIE, « La responsabilité des magistrats », *D.*, 2003, I, pp. 1177-1184, spéc. pp. 1182 et s.