

Section 1. LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE*

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris

JEAN-MARIE COULON

Premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris

571. Alphabet ne vaut pas raison mais le symbole demeure fort d'un *Dictionnaire de la justice* qui s'ouvre sur la rubrique « Accès au droit, accès à la justice »¹. La justice est avant tout affaire d'accès, et l'attention accordée à l'accès de chacun à la justice est aujourd'hui commune. Elle est celle du politique qui, tant dans les discours² que dans les lois successives³, en a fait une de ses priorités. Elle est celle des juridictions qui, par la rationalisation de ce qu'il ne faut pas craindre de désigner comme une démarche de gestion⁴, tentent d'organiser au mieux l'accès de la justice à tous. Elle est celle d'associations qui ont pris comme objet de favoriser cet accès de tous au droit et à la justice. Elle est celle de chacun, toute personne ayant besoin d'être assurée par le droit de pouvoir avoir accès à la justice. Se voir refuser l'accès à la justice froisse gravement le sentiment de justice qui nous anime⁵.

Certains avaient même pu réclamer un « plan Marshall » en la matière et le rapport Boucher de mai 2001 préconisait l'extension de l'aide juridictionnelle totale mais reconnaissait dans le même temps qu'aucun système idéal d'accès à la justice n'existe. Si le projet de loi du 20 février 2002, qui en découlait, n'a pas

* Nous remercions Béatrice Parance, maître de conférences à l'Université de Caen, pour les recherches d'actualisation qu'elle a réalisées.

1. Y. Desdevises, « Accès au droit, accès à la justice », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.
2. E. Guigou, « La justice au service du citoyen », in *Le service public de la justice*, Odile Jacob, 1998, p. 11-27.
3. *V. infra*, n° 577.
4. Avoir un « droit égal à la justice », c'est avant tout recevoir des aides financières à cette fin (L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Manuel Litec, 2004, n° 50 s., p. 40 s.). Plus spécifiquement, v. 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.
5. M.-A. Frison-Roche, « Le juge et le sentiment de justice », in *Le juge et le droit de l'économie*. Mélanges Pierre Bézard, Petites Affiches / Montchrestien, 2002, p. 41-53.

eu de suite¹, la loi du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice* exprime ce souci d'accès en le liant davantage à l'efficacité du service public de la justice au bénéfice des citoyens, tandis que la directive communautaire du 27 janvier 2003 *relative à l'aide judiciaire accordée dans le cadre des litiges transfrontaliers* vise à imposer des règles minimales au bénéfice des justiciables impécunieux.

La force de cette aspiration partagée tient aussi au fait que la justice signifie non seulement l'institution mais encore la vertu qui rend à chacun sa part². Ainsi le juge va désormais au-devant du justiciable, travaille à établir par ses propres forces l'accès au droit, suscite les demandes alors même que l'institution souffre d'un encombrement grandissant, et c'est d'un devoir moral dont il s'agit³. Ce lien profond entre la justice comme morale et la justice comme service public explique l'importance accordée aujourd'hui à l'accès à la justice. Il est un mélange de revendications très concrètes, une sorte de consumériste juridictionnel⁴, que la doctrine soutient⁵ ou critique⁶, et l'aspiration fondamentale à l'équité. L'accès à la justice est un mélange de principes et d'intendance⁷.

572. Non seulement l'accès à la justice conjugue ces diverses perspectives sans contradiction mais l'on peut 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 1996⁸ que, si l'on admettait qu'une loi qui confère un droit ne l'assortisse pas d'un recours effectif devant un juge, la garantie des droits ne serait plus assurée et, en application de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, il n'y aurait « plus de Constitution ».

L'affaire est donc des plus importantes. À son aune, on mesure que la pauvreté budgétaire de l'institution juridictionnelle n'est pas que question de bonne ou mauvaise gestion des deniers publics mais interfère directement avec l'équilibre politique des pouvoirs. C'est l'État de droit qui est en jeu dans ces querelles budgétaires, et ce d'autant plus nettement que d'une part le droit rattache directement l'accès à la justice à l'exigence d'État de droit⁹ et que, d'autre part, l'État n'est pas autorisé à justifier une entrave à l'accès à la justice par le constat d'un manque de crédit¹⁰. 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'affectation dans l'affectation de ces moyens à des missions précises au bénéfice du justiciable. En cela, la nouvelle façon d'articuler le budget de l'État, à travers les principes de la Loi organique sur les lois de finances (LOLF) liant argent public et missions précises, participe à cette orientation plus marquée de la justice vers le justiciable. Lors des audiences de rentrée solennelle de 2004 puis

1. L'intérêt de son analyse conceptuelle demeure : F. Rolin, *Considérations inactuelles sur le projet de loi relatif à la réforme de l'accès au droit et à la justice*, D. 2002, chron., p. 2890-2892.
2. J.-F. Spitz, « Doctrines de la justice », in *Mots de la justice*, Revue Droits, n° 34, PUF, 2002, p. 3-14.
3. J.-M. Coulon, « La conscience du juge aujourd'hui », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, p. 331-339. Sur le risque que cela peut aussi représenter, notamment en matière pénale, v. E. Michelet, « Nouveau Code, nouveau juge, nouvelle éthique », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 277-297.
4. Pour une optique résolument consumériste, v. *L'accès du consommateur français et européen au droit et à la justice*, Atelier de la Consommation, ministère de l'Économie, RCC, nov.-déc. 1999.
5. J. Carbonnier, *De Minimis...*, in *Mélanges J. Vincent*, Dalloz, 1981, p. 29-37.
6. L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », *Mélanges G. Cornu*, PUF, 1994, p. 29-50; F. Terré, « L'américanisme et le droit français », in *Les États-Unis*, RPP, 1995, n° 7, p. 137-147.
7. J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des Sceaux, La Documentation française, 1997; M.-A. Frison-Roche, « Principes et intendance dans l'accès au droit et à la justice », JCP éd. G., 1997, I, 4051.
8. AJDA 1996, p. 371, obs. O. Schrameck.
9. V. *infra* n° 587.
10. CEDH, 1^{er} sect., 7 mai 2002, *Burdov c/ Russie*, D. 2002, som. com., p. 25572, obs. N. Fricero.

celles de 2005, tous les chefs de juridiction ont insisté sur cet effet indirect et bienheureux de la LOLF sur l'organisation juridictionnelle. 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. C'est pourquoi la politique la plus haute s'exprime dans des règles très précises, comme celle des délais, et c'est par des réformes techniques que l'accès à la justice progresse. De la même façon, on doit être sensible au fait que la procédure, comme branche du droit, comme branche parfois vilipendée du droit, celle des procéduriers, est ce qui peut réaliser la justice politique et sociale¹, précisément parce qu'elle est servante de principes essentiels² et parce qu'en écho des nouvelles philosophies politiques qui associent la démocratie à la procédure, la procédure recèle l'art de la discussion et du débat, art porteur de morale en lui-même³.

573. Le droit met 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*) et confère au droit de chacun d'accéder à la justice une valeur première en lien avec la citoyenneté (**II.**). Une fois cela posé, 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 actuellement posée (**IV.**).

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

574. 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-même⁴, ce qui implique dès lors « le droit au droit »⁵. Il ne convient d'ailleurs pas de dresser 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 feront 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.**) mais 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

575. Il faut tout d'abord définir ce que signifient 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 anté-

1. J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche, « L'office de la procédure », in *Mélanges Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 253-267.

2. D. d'Ambra (dir.), *Procédures et effectivité des droits*, Bruylant, 2004.

3. J.-M. Ferry, *La démocratie procédurale*, Le Cerf, 1994.

4. L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, PUF, 1984.

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

rieure au droit d'action et à la demande en justice. Le Conseil constitutionnel a depuis longtemps donné à l'accès à la justice valeur constitutionnelle¹, accès qui appartient pleinement au droit processuel². La volonté politique vise à rendre cet accès le plus effectif possible. Un projet de loi sera très sans doute déposé prochainement à l'initiative du ministre des petites entreprises, de l'artisanat et de la consommation, pour favoriser l'accès à la justice des personnes trop isolées pour agir concrètement en justice. Le moyen utilisé serait l'insertion en droit français de la *class action* nord-américaine : en permettant 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, en permettant donc au juge de conférer une qualité à agir au représentant de la classe alors que celui-ci n'a pas à proprement intérêt à agir, le gouvernement espère accroître l'accès au juge des consommateurs, afin que leurs droits soient plus effectivement protégés³.

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 « donné » ?

576. 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 application⁴, alors même que l'adage *Nul n'est censé ignorer la loi* empêche qu'on puisse attacher un effet de droit à l'ignorance qu'une personne peut avoir de sa situation juridique. L'art législatif a certes toujours inclus une dimension pédagogique⁵ mais le « mythe de sa connaissance »⁶ est aujourd'hui remis en cause. Le rapport Bouchet de mai 2001 insiste sur cette exclusion de la justice par l'exclusion de la connaissance du droit. C'est pourquoi 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 constitutionnelle⁷ : 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 souci⁸. 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 appliquer⁹.

1. R. Chapus, *Contentieux administratif*, 11^e éd., Montchrestien, 2004, n° 43, p. 52.
2. S. Guinchard, M. Baudrac, X. Lagarde, M. Douchy, *Droit processuel. Droit commun du procès*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2003, n° 639 s., p. 1011 s.
3. sur cette perspective, v. M.-A. Frison-Roche, *Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités*, sous presse.
4. G. Nicolau, « Inaccessible droit ! », *RRJ* 1998, p. 15-49 ; *Les inégalités devant la loi et la justice*, n° spéc. *Petites Affiches*, 28 nov. 2002.
5. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Deffrénois, 1995, spéc. p. 251 s.
6. P. Deumier, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *Petites Affiches*, 6 mars 2000, p. 6-12.
7. M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, chron., p. 253-267.
8. G. Lebreton, « Langue française et accès au droit », *Revue de la recherche juridique*, 2003, p. 1157-1666, qui insiste sur l'usage unique de la langue française pour assurer cet accès.
9. B. Delaunay, « La loi du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec leurs administrations », *RDP* 2000, p. 1192-1238 ; J. Arrighi de Casanova, « Une nouvelle étape de l'amélioration des relations entre l'Administration et les citoyens : la loi "DCRA" du 12 avr. 2000 », *RFDA* 2000, p. 725-736.

577. Or, dans certains cas, pour accéder au droit, il faut accéder au juge¹. C'est pourquoi le gouvernement envisage d'importer la technique de *class action* pour que l'accès au juge des consommateurs renforce l'effectivité du droit de la consommation. Il s'agirait alors de protéger les droits des personnes catégorie par catégorie, consommateurs ou épargnants². Mais le droit des consommateurs n'est qu'un exemple car le droit d'accès à la justice est d'égale importance quelle que soit la situation du plaideur. Pourtant, l'on oppose souvent deux types de situations : celles dans lesquelles le souci principal est l'atteinte à une prérogative de la personne et celles dans lesquelles l'essentiel est la violation de la règle de droit. Cela renvoie à l'opposition entre contentieux subjectif et contentieux objectif. En ce qui concerne le contentieux subjectif, lorsqu'une personne a des droits dont la concrétisation est compromise, notamment parce qu'une autre personne les viole ou les conteste, il faut que la victime puisse accéder à la justice pour que cesse l'atteinte ainsi faite à ses prérogatives et que, d'une façon plus générale, celles-ci retrouvent leur effectivité. 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 « l'aide aux victimes »³. C'est à ce même souci que répond l'instauration des « juges de proximité » par la loi du 9 septembre 2002, puisqu'il s'agit de mettre à la disposition des personnes lésées un 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 strict⁴ 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 des juges de proximité, alors même qu'ils ne sont pas magistrats de carrière, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 2005⁵ estimant 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. Les candidatures pour être juge de proximité ont afflué et les premiers juges sont entrés en fonction en 2004. Leur contestation demeure⁶ mais seule la pratique permettra de juger la réforme. 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 sur « l'aide judiciaire » et la loi du 10 juillet 1991 sur « l'aide juridique », dans laquelle l'aide juridictionnelle s'insère⁷. 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 personnes⁸. On ajoutera que l'accès à la justice en ce qu'il aboutit à la constitution de la jurisprudence, laquelle a pour fonc-

1. J. Ribs, « L'accès au droit », in *Libertés*, Mélanges J. Robert, Montchrestien, 1998, p. 415-430.
2. S. Bonifassi, « L'accès au juge pour les épargnants », *Petites Affiches*, 31 juillet 2003, n° 152, p. 39 s.
3. Art. 63 de la loi *d'orientation et de programmation pour la justice* du 9 septembre 2002.
4. Sur la controverse à ce propos, v., par ex. H. Moutouh, « La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire », *D.* 2002, chron., p. 3218-3223, et la réaction, E. Sire-Marin, « L'inquiétude de professionnels du monde judiciaire devant la création des "juges de proximité" », *D.* 2002, *Point de vue*, p. 3275-3276. H. Dalle, « Le juge et la justice de proximité », *Gaz. Pal.* 2003, p. 2878-2881.
5. Déc. n° 2004-510 DC, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*.
6. R. Martin, « Vous avez dit proximité ? », *D.* 2004, *Point de vue*, p. 507.
7. Sur l'analyse et la préconisation de ce mouvement, v. Conseil d'État, *L'aide juridique, pour un meilleur accès au droit*, La Documentation française, 1991. Sur les techniques en question, notamment l'aide juridictionnelle, v., par ex. J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 27^e éd., Précis Dalloz, 2003, n° 1605 s., p. 1060 s.
8. Bougrab, J., « L'aide juridictionnelle : un droit fondamental », *AJDA* 2001, p. 1016 s. ; G. Marchesini, « Le droit à l'aide juridictionnelle. Réflexion sur l'effectivité d'un droit fondamental », *RRJ* 2003, n° 1, p. 77-94.

tion 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.

578. Concernant le contentieux objectif, celui-ci exprime l'idée générale selon laquelle le juge a aussi pour office de faire en sorte que la légalité se concrétise. Le droit d'accès devient un droit-fonction, puisqu'accéder au juge, c'est contribuer au règne du droit¹.

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. Ceci est particulièrement vrai pour les branches du droit nouvelles, le droit de l'environnement par exemple². Ainsi, l'accès à la justice est tout aussi crucial dans le contentieux objectif, notamment le contentieux de légalité, que pour le contentieux subjectif dans lequel les prérogatives des personnes s'opposent.

579. 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. On mesure ici encore le déplacement du rôle de l'État : classiquement, il octroyait les droits d'action, aujourd'hui il les sert.

580. 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 est fondamental, il serait donc impossible de réduire le droit de tous les justiciables à saisir le juge. C'est à ce titre qu'est contestée la perspective du droit du parquet de « filtrer » les constitutions de partie civile³ et l'objection vaut dans le principe. Mais en premier lieu, l'instrument du filtrage, inconcevable en première instance, peut être légitime dans les voies de recours⁴, et ce plus encore si la voie de recours est extraordinaire comme dans le cas du recours en cassation⁵. 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 opérée⁶, par exemple par une restriction des allégations recevables aux seules questions de droit⁷, dans le lien à opérer entre l'accès à la justice et le principe d'égalité⁸.

-
1. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit. Essai sur les éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey 1948, rééd. Dalloz, 2002.
 2. G. Monédiaire, « L'accès à la justice communautaire en matière d'environnement au miroir de la convention d'Aarhus », *Rev. jur. env. n° spéc.*, 1999, p. 63-75.
 3. P.-F. Divier, « L'instruction pénale française à l'épreuve du « procès équitable » européen », *D. 2004, chron.*, p. 2948 s., faisant référence à l'arrêt CEDH, 12 février 2004, *Perez*.
 4. Du fait que les voies de recours ne s'insèrent pour l'instant pas dans le droit fondamental d'accès à la justice. *V. infra* n° 599 s.
 5. G. Canivet, « L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité », in *L'inégalité devant la loi et la justice*, n° spéc. *Petites Affiches*, 28 nov. 2002, n° 238, p. 15-20.
 6. En droit français, on peut prendre l'exemple de la rescission 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).
 7. 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 (v. R. Mehdi, « L'aspect européen », in *Justice et double degré de juridiction*, J., Dalloz, 1996, n° 4, p. 51-71, spéc., p. 61 s.) ou encore lorsque les États entendent saisir l'organe permanent d'appel dans l'Organisation mondiale du commerce (v. *L'OMC et son tribunal*, dossier spéc. Notes bleues de Bercy, juill. 2000.)
 8. *V. infra* n° 587 s.

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

581. Le renversement pouvant s'opérer entre l'accès au droit et l'accès à la justice n'est pas étonnant, plus encore, il est naturel. En effet, si l'accès à la justice est le moyen d'accès au droit, alors, si l'accès au droit peut être directement obtenu sans passer nécessairement par une procédure judiciaire, l'effectivité requiert de développer ces nouvelles méthodes. La loi du 18 décembre 1998¹ opère le lien entre 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, au contraire, et l'on notera que les juridictions elles-mêmes participent activement à leur mise en place².

582. Ces modes alternatifs de règlement des litiges 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 les règles de droit restent actives. Mais ils deviennent un moyen de satisfaire directement les demandes des personnes lorsqu'il s'agit notamment d'opérer une réconciliation ou une médiation afin de permettre à la personne de recevoir son dû, par exemple l'indemnisation du dommage subi, sans qu'il soit nécessaire d'en passer par une explicitation juridique du litige. 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, cette satisfaction pouvant prendre la forme de la reconnaissance du droit ou prendre comme voie le délaissement d'une telle déclaration. Parce que les personnes peuvent être mieux protégées par cette mise de côté du droit, cela justifie que la médiation puisse désormais s'opérer même en matière pénale depuis la loi du 23 juin 1999. La jurisprudence récente qui affirme que la procédure d'offre obligatoire d'indemnisation imposée par la loi de 1985 pour les victimes d'accident de la circulation, n'est pas contraire au droit au procès que recèle l'article 6 CEDH parce qu'elle tend à favoriser l'indemnisation rapide de celles-ci³, illustre parfaitement que l'accès à la justice n'est qu'un moyen pour aller vers la satisfaction des justiciables, dont le droit peut faire l'économie si cette satisfaction est ainsi mieux assurée.

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

583. La procédure a été longtemps construite sur des principes objectifs de bonne organisation de l'institution judiciaire, au sein desquels des personnes exercent des prérogatives que la doctrine qualifie de « pouvoirs » plus que de droits⁴. Seuls les droits de la défense n'ont jamais vu leur nature de droit subjectif contestée⁵. Lorsque le nouveau Code de procédure civile a défini l'action en justice comme un droit subjectif⁶, plus encore lorsque la loi du 4 janvier 1993 a

1. R. Martin, loi n° 98-1163 du 18 déc. 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, *JCP* 1999, Actualité, p. 121/122; Th. Revet, *RTD civ.* 1999, p. 220 et s., n° 40.
2. V. par exemple, à propos du contentieux social, le dispositif mis en place par la Cour d'appel de Paris, v. G. Canivet, interview aux *Petites Affiches*, 1998. Le projet de loi de février 2002 voulait inciter à des protocoles entre juridictions et barreaux à propos de l'aide juridictionnelle.
3. Civ. 2^e, 9 octobre 2003, *D.* 2004, p. 371 s., note L. Poulet.
4. Sur l'action en justice, v. les débats retracés par J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 51 s., p. 93 s.
5. V. cet ouvrage, chapitre 4, section 4, « Les droits de la défense en matière pénale ».
6. H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif*, Archives de philosophie du droit, 1964, p. 215 s.; G. Wiederkehr, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », *Mélanges P. Hébraud*, université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949-958.

affirmé l'existence d'un droit à la présomption d'innocence à travers un nouvel article 9-1 du Code civil, ou bien encore lorsque l'organisation procédurale du temps a fait place à un véritable « droit subjectif au temps » à travers la notion de temps raisonnable¹, l'appréciation doctrinale a été plutôt réservée. Mais le procès lui-même, dans sa globalité, est en train de devenir l'objet d'un droit fondamental². Ainsi, il ne faut pas penser simplement en terme d'accès à la justice mais, selon l'expression désormais consacrée, en terme de « droit au recours »³ et plus fortement encore de « droit au juge »⁴. Le mouvement est indéniable et l'accès à la justice est devenu l'expression d'un droit, 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

584. 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 après⁵. Cette conception familière à l'Europe des droits de l'homme est 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 européenne⁶ et par la directive communautaire du 27 janvier 2003 sur 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. Le plus important n'est pas tant la subjectivisation de la procédure mais la façon dont le droit subjectif d'accéder à la justice est lui-même appréhendé. En effet, le droit subjectif peut se définir comme une prérogative juridique dont une personne est titulaire. Il s'exerce toujours, d'une façon ou d'une autre, à l'encontre d'autrui, qu'il s'agisse d'un droit personnel ou d'un droit réel. Ainsi, les droits de la défense ont pour sujet passif la partie adverse ou d'une façon plus générale celui dont la personne en procès a à craindre, par exemple le juge d'instruction. De la même façon, le droit d'action a pour débiteur le défendeur. L'État est garant de l'effectivité de ces prérogatives : il doit la protection juridictionnelle à tous. Il est en quelque sorte le débiteur en dernier ressort, le déni de justice constituant la violation la plus forte du droit du justiciable.

585. Le droit positif s'est longtemps contenté de la titularité formelle des droits. Le droit restait à l'état virtuel, sa concrétisation n'était pas l'objet direct du droit objectif, mais celui-ci a évolué en exigeant que concrètement les personnes aient accès à la justice. 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-ci⁷.

1. *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996.

2. S. Guinchard, « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA* juill.-août 1998, p. 191 s.

3. Th. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993, I, 3675.

4. V. à titre principal, J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998.

5. Sur la qualité d'impartialité que doit présenter ce tribunal, v. cet ouvrage, chapitre IV, section 2, *Le droit à un tribunal impartial*.

6. S. Carotento et J. Mendes Constant, « L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Petites Affiches*, 5 juill. 2002, p. 4-17. D'une façon plus générale, v. cet ouvrage, chapitre 1, section 5, « La dimension communautaire des libertés et droits fondamentaux ».

7. V. *infra* n° 594 s.

Cette concrétisation du droit subjectif d'accès à la justice a de nombreuses conséquences. Par exemple, on distingue classiquement 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 jurisprudence¹.

586. 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 toute atteinte doit être proportionnée à un but légitime². 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. C'est cette référence qu'utilise la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour contraindre les États membres à organiser un accès au juge effectif. Plus encore, les mécanismes de marché, dont la violence est précisément contrecarrée par ces politiques publiques d'accès au droit³, peuvent très bien en retour être sollicités pour mutualiser le risque du procès et permettre l'effectivité de l'accès à la justice : l'assurance juridique a alors vocation à le permettre⁴. D'autres techniques pourraient être insérées en droit français pour permettre à chacun d'obtenir par le juge son dû ; on songe alors principalement à la *class action*, pour l'instant exclue du droit français, qui permettrait à une personne de saisir un juge au nom d'une catégorie de personnes, celles-ci pouvant par la suite demander le bénéfice du jugement globalement obtenu⁵. C'est précisément ce à quoi songe le gouvernement, à la demande expresse du président de la République. Voilà une nouvelle illustration de l'enracinement du droit d'accès à la justice dans la politique.

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

587. Cette concrétisation du droit d'accès à la justice est en effet devenue une priorité politique. Le droit d'accès à la justice n'est pas un droit subjectif de plus : il est celui qui permet à chacun d'être protégé par le droit. Il est la prérogative matrice de tous les droits, puisqu'instrument d'effectivité de ceux-ci. En cela, il est directement l'expression de l'égalité des personnes. Sous l'influence des

1. TGI Paris, 5 nov. 1997, *D.* 1998, p. 9 s., confirmé par Paris, 20 janv. 1999, *D.* 1999, *IR* p. 125. Sur le lien, v. L. Favoreu, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger*, Mélanges R. Chapus, Dalloz, 2002, p. 513-521.

2. CEDH, 18 février 1999, *Beer et Regan c/ Allemagne*, *Rec.* 1999-I.

3. J. Faget, « L'accès au droit : logique de marché et enjeux sociaux », *Revue Droit et Société* 1995, p. 367 s.

4. A. Rials, *L'accès à la justice*, coll. « Que sais-je »?, PUF, 1993 ; B. Cerveau, « L'assurance de protection juridique en Europe », *Gaz. Pal.* 1996, 2, *doctr.*, p. 1140 s.

5. Sur les linéaments d'une sorte d'action collective en droit de la consommation, v., par ex., J. Calais-Auloy, *Les actions en justice des associations de consommateurs*, *D.* 1988, *chron.*, p. 193, P. Le Cannu, « Attributions et responsabilité des associations de défense des actionnaires et des investisseurs », *RS* 1995, p. 240 s.

cultures juridiques étrangères et avec l'appui du Conseil d'État lui-même¹, le raisonnement est que pour concrétiser l'égalité des individus devant la loi, 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 droits². L'aide juridictionnelle devient de ce fait 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 juge³ et une violation d'un droit fondamental⁴, le bureau d'aide juridictionnel conservant pourtant le pouvoir de rejeter la demande, dès l'instant que le moyen évoqué n'est pas sérieux⁵.

Cependant, l'accès à la justice ainsi favorisé souffre des effets de seuil inhérents à l'usage de ceux-ci, effets dont le rapport Bouchet s'est fait l'écho : entre les personnes aisées qui peuvent supporter les frais de l'accès à la justice et les personnes démunies auxquelles l'État vient en aide, les personnes correspondant à ce que l'on qualifie de « classe moyenne » sont en réalité en dehors du système. L'assurance juridique pourrait résoudre cette difficulté.

588. Plus fondamentalement encore, l'accès à la justice, notamment en ce qu'elle est intime de l'accès au droit⁶, est une condition de la citoyenneté. Certes, celle-ci s'exprime plus classiquement par les libertés publiques et fondamentalement par le droit de vote⁷. Mais en premier lieu, le Conseil constitutionnel a posé le lien entre l'accès au droit et les libertés publiques⁸. 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'Hanna Arendt⁹, 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 est intime de 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'approuve¹⁰ ou qu'on le regrette¹¹. Le Conseil constitutionnel a lié expressément le droit d'accès au droit et citoyenneté¹². 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 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 fondamental¹³, c'est pourquoi le droit d'agir

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

2. *Les inégalités devant la loi et la justice*, préc., spéc. la conclusion de Jacques Ribs, p. 44-47.

3. CEDH, 29 juill. 1998, *Aerts*, D. 1998, som. com., p. 364.

4. G. Marchesini, *Le droit à l'aide juridictionnelle. Réflexion sur l'effectivité d'un droit fondamental*, préc.

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

6. V. *supra* n° 575 s.

7. V. cet ouvrage, chapitre 3, section 2, *Liberté politique et droit de vote*.

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

9. *La condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy.

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

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

12. Cons. const., 19 déc. 1999, préc.

13. M. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », préc.

en justice ne peut plus guère être qualifié de simplement formel au regard de droits qui seraient eux substantiels¹, puisque sans ce droit processuel, les droits de l'homme perdent leur effectivité².

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

589. 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

590. 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 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, qui organise 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 octroyé³.

591. On assiste alors à une série de raisonnement que l'on pourrait dire « en poupée russe »⁴. 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 concrètement⁵, 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, il comprend donc le droit d'obtenir un jugement.

592. 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 raisonnable⁶, 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'hémophile contaminé sous prétexte qu'il avait déjà

1. V., not., S. Guinchard, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Mélanges G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139-173.

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

3. CEDH, 21 févr. 1975, *Golder*, in V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, n° 315 s., p. 127 et s.

4. Pour une description détaillée de la jurisprudence européenne, v. G. Cohen-Jonathan, « Le droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger*, préc., p. 471-504.

5. V. *supra* n° 584 s.

6. V. *supra* n° 585.

reçu une indemnisation légalement distribuée, alors que son dommage pouvait encore justifier un recours au juge¹.

593. 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 ». 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'accès².

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

594. 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 obtenu 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.

595. 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 justice³, 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 sens⁴. On observe encore ici que ce type de raisonnements, qui sont à la fois par l'absurde, concrets et téléologiques, sont les plus puissants à créer le droit.

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

596. 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 le droit à un second juge ? En d'autres termes, les voies de recours sont-elles aussi aspirées par la subjectivisation de la procédure par les droits fondamentaux (**B.**) ?

1. CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet*, D. 1996, p. 357, note Collin, JCP 1996, II, 22648, note M. Harichaux. V. aussi CEDH, 30 oct. 1998, *FE*, Clunet 1999, p. 235, obs. P. Tavernier.
 2. CEDH, 9 oct. 1979, *Airey*, in V. Berger, préc., n° 321, p. 130 s.
 3. L'arrêt de principe est : CE, 30 nov. 1923, *Couietas*, DP 1923, 3, 59.
 4. CEDH, 28 sept. 1995, *Scollo*, RTD civ. 1996, p. 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, som. com., p. 2572, obs. N. Fricero).

A. Droit d'accès et droit d'action

597. 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 correspondant¹. Mais le droit d'accès est plus généralement un droit processuel fondamental en soi. Comme le montra Henri Motulsky², c'est la concrétisation du droit 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, non forcément fondamentales, est à l'origine d'un projet du gouvernement d'importer le mécanisme de *class action*, pour concrétiser les droits ordinaires des consommateurs ou des épargnants³.

598. 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 sont une forme d'accès à la justice, non seulement lorsqu'on estime que le droit de contredire est lui-même un droit d'action – article 30 du nouveau Code de procédure civile – mais encore lorsqu'on affirme leur spécificité⁴. Mais il faut encore considérer 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 tend à être aujourd'hui remis en cause au titre du droit d'accès de la victime⁵.

B. L'ambiguïté des voies de recours

599. La question aujourd'hui incertaine est celle des voies de recours. Elle a été violemment mise en avant à l'occasion de la dispute autour du possible abandon 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-ci⁶, 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 droit positif est d'ailleurs très nuancé, notamment parce qu'il distingue suivant le caractère plus ou moins important du droit à obtenir une nouvelle appréciation de la cause par un juge supérieur, celui-ci étant par exemple plus impérieux en matière pénale lorsqu'il s'agit de la personne poursuivie que lorsqu'il s'agit de la partie civile⁷. Il demeure qu'au regard du droit positif, l'accès à la justice s'exprime par un droit de saisir un juge mais non nécessairement d'en saisir un

1. V. not., M. Bandrac, préc.

2. *Le droit subjectif et l'action en justice*, préc.

3. S. Bonifassi, « L'accès au juge pour les épargnants », préc.

4. G. Wiederkehr, préc.

5. H. Chanteloup, « Les immunités de juridiction et le droit d'accès à la justice », *Gaz. Pal.*, 14 janvier 2005, p. 2-19.

6. Sur le lien entre le temps raisonnable et l'accès à la justice ; v. *supra* n° 592.

7. Pour l'exposé du droit positif en la matière, v. F. Massias, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 406-413.

second lorsque le jugement rendu ne donne pas satisfaction à l'intéressé¹. 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. L'affirmation asseoit la recevabilité de l'appel-nullité, notamment en matière arbitrale ou en procédures collectives².

600. 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 procès n'est pas la pathologie dont il conviendrait nécessairement de réduire la perspective. Le jugement n'est pas par définition un phénomène marginal et le signe d'un échec du droit. 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 et spécifique

- Atelier de la consommation, Ministère de l'Économie, *L'accès du consommateur français et européen au droit et à la justice*, RCC, nov.-déc. 1999.
- M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996. p. 1-17.
- S. BONIFASSI, « L'accès au juge pour les épargnants », *Petites Affiches*, 31 juillet 2003 n° 152, p. 39 s.
- J. BOUGRAB, « L'aide juridictionnelle : un droit fondamental », *AJDA* 2001, p. 1016 s.
- J. CALAIS-AULOY, « Les actions en justice des associations de consommateurs », *D.* 1988, chron., p. 193 s.
- G. CANIVET, « L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité », in *L'inégalité devant la loi et la justice*, n° spéc. *Petites Affiches*, 28 nov. 2002, n° 238, p. 15-20.
- H. CHANTELOUP, « Les immunités de juridiction et le droit d'accès à la justice », *Gaz. Pal.*, 14 janvier 2005, p. 2-19.
- G. COHEN-JONATHAN, « Le droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger*, Mélanges R. Chapus, Dalloz, 2002, p. 471-504.
- Conseil d'État, *L'aide juridique, pour un meilleur accès au droit*, La Documentation française, 1991.
- M. DORLAT-DUBAN, « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », *RIDE*, 2001, n° 1, p. 77-100.
- J. FAGET, « L'accès au droit : logique de marché et enjeux sociaux », *Revue Droit et Société* 1995, p. 367 s.
- L. FAVOREU, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger*, Mélanges R. Chapus, Dalloz, 2002, p. 513-521.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Principes et intendance dans l'accès au droit et à la justice », *JCP éd. G.*, 1997, I, 4051.

1. Sur l'état de la question, v. *Justice et double degré de juridiction*, préc.

2. Ch. Lefort, *Théorie générale de la voie d'appel*, thèse, Angers, 2000.

- G. MARCHESINI, « Le droit à l'aide juridictionnelle. Réflexions sur l'effectivité d'un droit fondamental », *RJJ*, 2003, n° 1, p. 77-94.
- R. MARTIN, « Loi n° 98-1163 du 18 déc. 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits », *JCP* 1999, Actualité, p. 121-122.
- G. MONÉDIAIRE, « L'accès à la justice communautaire en matière d'environnement au miroir de la convention d'Aarhus », *Revue juridique de l'environnement*, n° spéc. 1999, p. 75.
- H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif*, Archives de philosophie du droit, 1964, p. 215 s.
- L.-E. PETTI, « Les droits de l'homme et l'accès à la justice », *RIDH* 1990, p. 25 et s.
- Th., RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993, I, 3675.
- A. RIALS, *L'accès à la justice*, coll. « Que sais-je » ?, PUF, 1993.
- J. RIBS, « L'accès au droit », in *Libertés*, Mélanges J. Robert, Montchrestien, 1998, p. 415-430.
- J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998.
- F. ROLIN, « Considérations inactuelles sur le projet de loi relatif à la réforme de l'accès au droit et à la justice », *D.* 2002, chron., p. 2890-2892.
- G. WIEDERKHER, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », *Mélanges P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949-958.