

## L'erreur du juge

Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Professeur à l'Université Paris-Dauphine*

*L'erreur du juge*, il ne faut que peu de mots pour présenter du sujet : le juge, en droit, ne fait jamais d'erreur ! Bonne nouvelle, dossier à fermer, nous pouvons tous circuler. Certes, lorsque le juge interprète ou applique mal le droit, si une voie de recours ordinaire ou le pourvoi en cassation est accessible, la distorsion sera mécaniquement réparée par la réformation ou la cassation, mais il est difficile d'y voir à proprement parler la sanction d'une « erreur ». Lorsqu'on évoque celle-ci, l'« erreur judiciaire », on vise plutôt l'hypothèse d'une mauvaise appréciation des faits, lorsque le juge a pris pour coupable un innocent par exemple, et cette erreur-là n'a que très peu de conséquences. Voilà dans son principe l'état du droit positif. Il est difficile de porter d'entrée de jeu une appréciation sur cette lacune sciemment et méthodiquement entretenue par le système juridique, et ce d'autant plus qu'on retrouve ce principe d'exclusion dans d'autres systèmes juridiques matures, le droit anglais par exemple. Cela ne signifie pas que le juge ne commette de fait aucune erreur ; cela implique que ses erreurs ne sont pas des faits pertinents, c'est-à-dire qu'ils ne produisent pas d'effet en droit. En cela, le principe comme quoi le juge ne commet pas d'erreur a le même statut que le principe selon lequel *nul n'est censé ignorer la loi* : ce n'est pas que l'on connaisse la loi, c'est qu'on subit l'interdiction de se prévaloir de son ignorance ; de la même façon, ce n'est pas que le juge ne commette pas d'erreur, c'est qu'il est interdit d'en attacher des conséquences juridiques.

Mais si les deux principes se ressemblent en ce qu'ils traduisent une règle probatoire négative et en ce qu'ils s'expriment par une normativité forte consistant à bloquer l'établissement d'une conséquence entre un fait et une réaction juridique, l'analogie s'arrête là. En effet, celui qui est contraint par la règle *nul n'est censé ignorer la loi* subit de fait la conséquence de son propre ignorance : il ne peut tirer argument de la mauvaise appréciation qu'il fait du droit, la chose n'est pas choquante. Mais celui qui subit la règle comme quoi l'erreur du juge n'a pas de conséquence, endure les effets d'un comportement qui n'est pas le sien : il ne peut tirer argument de la mauvaise appréciation faite à son détriment par autrui. La règle paraît inadmissible.

C'est pourquoi la réaction de l'opinion publique face à une erreur judiciaire que le droit refuse ou tarde à effacer, a toujours été forte, alors que la présomption de connaissance du droit n'a pas entraîné de mouvement de foule. Plus encore, en droit, le principe a toujours engendré de fortes exceptions, notamment à travers le recours en révision. Mais cela reste des exceptions, exceptions qui confortent en réalité le principe. L'enjeu aujourd'hui n'est pas de savoir si ces exceptions sont fondées, car cela n'est pas contesté, mais si le temps n'est pas venu de renverser l'ordre des propositions : il s'agirait alors d'affirmer que, par principe, s'il advient que le juge commette une erreur, alors le fait serait pertinent et c'est d'une façon large qu'il faudrait organiser la réaction juridique, notamment par une révision systématiquement accessible. L'exception de la considération de l'erreur deviendrait le principe.

Il faut certes être très prudent en passant de l'un à l'autre car on bouleverse alors la hiérarchie entre deux principes : le principe de sécurité – servi par l'incontestabilité des décisions de justice, fussent-elles erronées – et le principe de vérité – servi par la contestabilité des décisions de justice, dès l'instant qu'elles s'avèrent erronées. Pour l'instant, on fait prévaloir le premier sur le second. Doit-on désormais, par inversion, préférer la vérité à la sécurité ? Il ne suffit pas d'affirmer que ce rapprochement entre les décisions juridictionnelles et la vertu de justice serait louable (1) : l'alliance entre la sécurité et la vérité est problématique. L'appréciation est très délicate à porter car chacun de ces deux principes exprime une face de cette justice dont on attend la concrétisation par l'institution judiciaire. Cela s'enracine dans ce vieil équilibre de l'utile et du juste.

Il convient donc de reprendre la question au départ, en faisant la part la plus grande possible aux principes et la part la plus petite possible aux mauvaises raisons. En effet, si le système juridique n'attache pas d'effet juridique aux erreurs que le juge commet, ce n'est pas parce que le mythe du juge-dieu serait si fort que le droit lui-même poserait qu'un juge ne commet pas d'erreur, ou que les juges croiraient ne pas en commettre. Si c'était cela, cela serait bien sûr inacceptable car il faut sans cesse réaffirmer que la justice est une affaire humaine, confiée à des hommes, et en tirer la conséquence comme quoi les juges peuvent se tromper. Il est d'ailleurs permis de dire publiquement qu'un juge s'est trompé, car si la Cour de cassation a admis qu'on engage la responsabilité d'un défenseur qui reprochait au juge une « erreur grossière », ce n'est pas tant le reproche de l'erreur mais le qualificatif offensant de « grossier » qui fonda la condamnation (2). Autant écrire « le juge est un âne », ce qui va pour Caius mais ne convient pas pour un magistrat qui exprime l'institution de justice, ce que le justiciable et les auxiliaires de justice doivent respecter.

De la même façon, il serait inexact d'affirmer que le peu d'effets juridiques concrets attaché par le système juridique à l'erreur du juge serait la conséquence d'une indifférence du juge pour la vérité des faits. Il est faux de dire que l'erreur du juge ne serait pas sanctionnée parce que celui-ci aurait peu le souci de la reconstitution des faits. Au contraire, depuis toujours, le juge a pour office d'apprécier, voire de rechercher, la vérité des faits. Cette exigence est plus forte aujourd'hui qu'hier, pour deux raisons : tout d'abord, la technique nous permet d'avoir plus de préten-

(1) J.-A. Romeiro, La révision comme facteur d'ennoblissement de la justice, *Rev. sc. crim.* 1970.623-630.

(2) Ch. Atias, L'erreur grossière du juge, *D.* 1998.Chron.280-282.

tions dans ce sens (3) ; ensuite, l'impératif de vérité en justice, longtemps cantonnée au procès pénal, est aujourd'hui une marque de droit processuel et concerne aussi bien les procès civils que les procès répressifs (4).

On doit au contraire affirmer que les deux mouvements peuvent très bien cohabiter dans un système juridique, à savoir le souci grandissant de la vérité des faits dans les reconstitutions judiciaires, d'une part, l'absence de conséquences juridiques attachées à l'erreur du juge, d'autre part. Le droit peut tout à la fois concentrer ses forces et ses prescriptions pour permettre au juge d'exercer son office de rechercher la vérité des faits et dans le même temps avoir des raisons pour ne pas attacher d'effets aux erreurs de ce juge expressément chargé de retrouver la réalité. Le risque d'une telle alliance est de nature psychologique : que l'immunité du juge quant aux erreurs qu'il commet ne l'incite à moins de vigilance dans l'examen des faits. Le danger s'accroît lorsque s'y ajoute la règle de l'intime conviction. Bien que l'intime conviction s'articule à une exigence probatoire intacte (5), bien que l'absence de conséquence des erreurs n'entame pas la charge du juge de rechercher la vérité, cela peut en pratique conduire celui-ci à une certaine paresse.

Mais le principe de droit est maintenu parce qu'il se justifie par ailleurs. En effet, si le système juridique ne donne que très peu d'effet à l'erreur du juge, c'est pour des raisons très sérieuses. Le juge fait bien sûr des erreurs d'appréciations des fait qu'il recherche ou qui lui sont soumis dans la réalité des choses, puisque le juge est humain – *errare humanum est*, cela vaut pour le juge –, mais le système juridique n'est pas que le décalque de la réalité des choses, il est aussi la distance par rapport à cette réalité. La normativité du système juridique s'exprime à travers le mécanisme de la fiction, c'est-à-dire la distance entre la réalité et la représentation sciemment faussée que le droit en fait. Ce pouvoir de fiction, qui est une puissance du droit, se justifie lorsque quelque chose vaut mieux que la réalité, lorsque l'affirmation fictive produit un effet bénéfique supérieur à l'effet nécessairement néfaste consistant à dire autre chose que la réalité.

Cet effet bénéfique ou néfaste doit se mesurer à travers l'office que le juge remplit dans le système. En effet, l'effet néfaste, il apparaît immédiatement : le droit interdit qu'on puisse dire avec efficacité (c'est-à-dire avec des conséquences juridiques) que le juge s'est trompé alors qu'il s'est trompé, ce que l'on pourrait de fait le démontrer mais ce qu'on est de droit interdit de faire. En cela, la dénégation – que constitue la fiction – est une injustice première, la justice que l'on doit aux faits eux-mêmes. Cela nous conduit vers les rapports entre le droit et la science (6). Quels sont donc les effets bénéfiques qui font que le système juridique – qui a pourtant pour ambition que le droit et la justice coïncident, le

(3) V. par ex. S. Mirabail, Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes, D. 2000.Chron.146-150.

(4) P. Hébraud, La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge, Ann. Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXVI, 1978, p. 379-404. V. aussi A. Ponsard, Vérité et Justice (la vérité et le procès), rapport français, in La vérité et le droit, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXVIII, 1987, Economica, p. 673-694. Sur la jurisprudence elle-même, V. la nouvelle contrainte pesant sur le juge de rechercher l'existence d'un fait pertinent, alors même que celui-ci n'est pas contesté, Civ. 2<sup>e</sup>, 10 mai 1991, RTD civ. 1992.447, obs. J. Normand.

(5) H. Leclerc, Le doute, devoir du juge, in Le doute et le droit, Dalloz, 1994, p. 49-56 ; J.-M. Varaut, Approche de l'erreur judiciaire, Petites affiches, 30 oct. 2001, p. 6-10.

(6) V. par ex. Droit et science, Archives de philosophie du droit, t. 36, Sirey, 1991.

droit ayant au moins pour ambition d'entraver l'injustice – préfère supporter et faire supporter cette injustice que constitue dans la réalité des faits l'erreur du juge ?

La première raison, c'est la préservation de l'indépendance des juges du siège. On sait l'importance politique de ce principe, dans les relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif. Il a le même caractère essentiel dans l'organisation intrinsèque du procès, dans la mesure où l'indépendance est la condition préalable et nécessaire de l'impartialité du juge, lequel est le principe majeur du procès. Or, sous couvert de redressement des erreurs, le pouvoir politique peut être tenté d'entraver l'indépendance du juge, qui s'exerce avant tout dans l'appréhension qu'il opère des faits.

La seconde raison n'est pas moins fondamentale, c'est le retour à la paix sociale vers lequel tend la fonction du juge (7). Le juge referme la plaie du conflit, par l'artefact du jugement. C'est le bénéfice de l'arrêt, aussi bien pour le pénal (8) que pour le civil (9). C'est pourquoi l'appellation récente d'une expédition punitive appelée « infinie justice » est essentiellement anti-juridique.

Le calcul est alors le suivant. Le plus souvent, il y a coïncidence entre vérité des faits et affirmations du juge. Donc la plaie se referme des deux façons : par l'édition de la réalité des faits et par l'arrêt prononcé par le juge, dont l'intervention pourrait se traduire trivialement de la façon suivante : « ces faits là, ils sont établis, on n'en parle plus, on n'a même plus le droit d'en parler ». S'il n'y a pas coïncidence, si le juge a « en vrai » commis une erreur, alors le jugement est injuste. Mais il n'est injuste que pour ces cas là, ces cas d'erreurs judiciaires, qui sont statistiquement résiduels. Si l'on voulait l'exclure la possibilité même de cette distorsion, alors il faudrait en tirer la conséquence de principe suivante : le procès ne devrait jamais finir, rien ne devrait jamais vraiment s'arrêter, tout devrait toujours pouvoir se rouvrir, y compris les jugements dans lesquels l'on ne trouvera finalement pas d'erreur du juge.

Mais alors, si tout peut ainsi se rouvrir, la paix sociale engendrée par l'arrêt ne peut plus jouer. La sécurité disparaît puisqu'on n'en aura jamais vraiment fini avec le juge, avec le droit. En cela, cette inquiétude permanente qui frapperait tout le système et tous les justiciables, pour le souci que quelques-uns, serait elle-même un effet néfaste. C'est pourquoi le système juridique s'y refuse par principe. De la même façon que c'est la contestabilité des situations devant un juge qui fait la juridicité de celles-ci (10), c'est leur fermeture, leur clôture au regard du droit, le dépérissement forcé de la dispute, qui signent leur traitement juridique. Dans cette conception chirurgicale, le droit n'ouvre que parce qu'il a vocation à fermer. Il y a dans tout procès cet enjeu de cautérisation.

On peut certes inverser le principe et poser qu'en droit une erreur du juge doit conduire à rouvrir la souffrance du procès. Mais simplement, il faut avoir de la mesure car ce sera toujours un bien pour un mal, un mal pour un bien. Soit on supporte que des blessures profondes – celles de l'erreur du juge – res-

(7) J.-G. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique*, th. Paris II, 1977, dactyl.

(8) V. par ex. R. Girard, *La violence et le sacré*, Gallimard, 1976.

(9) P. Ricoeur, *Le Juste, entre légal et le bon*, Esprit, 1991, p. 5-21.

(10) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. *Thémis*, 1978, rééd. PUF, coll. *Quadrige*, 1994, p. 319 et s.

tent fermées pour que les plaies ordinaires de chacun se cicatrisent ; soit on supporte que les plaies ordinaires des procès ordinaires soient toujours susceptibles d'être heurtées de nouveau pour que les plaies profondes de l'erreur judiciaire puissent être soignées. C'est un choix de système. Il faut mesurer le coût du changement d'arbitrage qui s'opérerait alors. Il s'agirait de passer du principe juridique de l'incontestabilité de l'acte du juge (I) à l'admission de conséquences directement attachées à des erreurs du juge (II).

## I. — LE PRINCIPE JURIDIQUE DE L'INCONTESTABILITÉ DE L'ERREUR DU JUGE

L'acte du juge est incontestable, ce que traduisent progressivement les techniques de l'autorité de chose jugée, puis la force de chose jugée, puis l'irrévocabilité, dont le temps des procès et des recours recouvre les jugements. Il y a donc exclusion de l'erreur du juge par le mécanisme de la « vérité judiciaire » (A). Les cas dans lesquels le droit attache des effets juridiques à l'erreur du juge, rectification ou révision, sont si particulièrement conçus qu'ils confirment en réalité la règle (B).

### A. — *L'exclusion par le jeu de la vérité judiciaire d'une appréhension substantielle de l'erreur du juge*

Le système juridique dans son principe n'attache pas de conséquence à l'erreur du juge parce que l'acte de juger n'est pas qu'affaire de vérité et qu'il est indivisible dans l'appréhension des faits et dans l'application du droit (1), aussi parce que le jugement est par définition ce par quoi le juge cesse de chercher encore (2). Cependant, si une appréhension substantielle de l'erreur du juge ne peut être considérée, une définition procédurale de celle-ci pourrait porter des fruits (3).

#### 1. *L'exclusion de l'erreur du juge par l'indivisibilité de l'acte de juger*

On ne peut, en matière judiciaire, dégager un concept d'erreur que si l'on peut mettre en face une notion de vérité. En effet, la vérité peut se définir comme la correspondance entre la représentation de la réalité et cette réalité qui lui est préexistante. Autrement dit, vérité, connaissance et science, sont inséparables. Si l'on intègre les nouvelles conceptions de la science, et qu'on adopte une définition relativiste de la vérité, on met alors en premier la notion d'erreur : la vérité, c'est la représentation provisoire de la réalité dont on n'a pas encore démontré qu'elle était inexacte et qui est en attente de cette démonstration contraire.

On pourra retrouver ce processus et ses exigences dans l'acte de juger, puisqu'il repose dans un premier temps sur une représentation des faits : le jugement serait tout d'abord recherche de vérité, donc œuvre d'erreur, puis viendrait l'application du droit. On a souvent représenté ainsi la mixité de l'acte ju-

ridictionnel. Dès lors, si l'application du droit ne peut donner lieu à un contrôle au nom de la vérité, en revanche la représentation des faits, à travers l'utilisation des mécanismes probatoires, pourrait y donner lieu.

Mais il faut avoir conscience que la distinction du fait et du droit dans l'acte de juger, qui sous-tend l'affirmation d'une telle possibilité, est moins opératoire qu'il n'y paraît à première vue. En effet, entre les deux, il y a l'opération de qualification, qui consiste à faire rentrer les faits dans des catégories préétablies par le droit. Ce forçage juridicise par anticipation les faits. Cette intimité paradoxale du fait et du droit rend les faits difficiles à appréhender sous le seul angle de la vérité.

## 2. L'exclusion de l'erreur du juge par l'arrêt du jugement

Plus encore, l'acte de juger est incompatible avec la découverte de la vérité des faits, dans une conception intransigeante de celle-ci, parce que l'objectif de vérité des faits requiert une discussion sans fin, tandis que la justice, par nature, ne recherche la reconstitution des faits que pour arrêter de le faire, et juger. Donc, le juge ne prétend pas trouver la vérité, se contente d'une vérité substantiellement provisoire mais procéduralement définitive (11). C'est ce qu'exprime l'expression par laquelle on désigne l'autorité de chose jugée, cette interdiction de reprendre la discussion devant un juge de même degré : la présomption de « vérité légale » (12). Or, une vérité définitive, par nature, n'est pas une vérité. Donc, l'erreur dans la reconstitution des faits ne peut être un reproche efficace dans son principe, parce que la vérité dans la reconstitution des faits n'a pas été l'enjeu absolu du procès.

Cela, aucune décision de justice ne l'a mieux exprimé que le jugement *Faurisson* (13). Dans cette décision, le juge, instruit d'une leçon magistrale (14), rappelle que si l'on admettait que le juge puisse imposer d'une façon définitive une reconstitution des faits, alors cette vérité judiciaire, qui se présenterait comme absolument vraie, serait constitutive d'une démarche totalitaire, parce que la vérité judiciaire est par nature définitive alors qu'il existe cette antinomie entre la notion de vérité et le mécanisme du définitif, antinomie dont la méconnaissance engendrerait l'injustice absolue. L'expression de « vérité judiciaire », source de confusions et de critiques, devrait d'ailleurs être abandonnée pour la mention plus exacte de « incontestabilité judiciaire ». Le jugement *Faurisson* contient un second enseignement, en ce que le jugement articule une définition procédurale de la vérité des faits à travers la représentation qu'en dressent ceux qui en parlent.

## 3. Les potentialités d'une définition procédurale de l'erreur judiciaire

Si une définition substantielle de l'erreur judiciaire est donc difficile à imposer en principe, une conception procédurale est plus prometteuse. En effet, si la responsabilité civile de Robert Faurisson fut engagée, alors même que le juge se gardait de prendre lui-même position sur les faits d'existence ou d'inexistence

(11) V. par ex. P. Hugonet, *La vérité judiciaire*, Litec, 1987.

(12) G. Jèze, *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel*, RD publ. 1913.437 et s.

(13) TGI Paris, 8 juill. 1981, D. 1982.59, note B. Edelman.

(14) J. Carbonnier, *Le silence et la gloire*, D. 1951.Chron.119 et s.

des chambres à gaz, c'est parce que celui qui se présentait comme un historien critique avait méconnu les règles élémentaires de la recherche scientifique, notamment la méthode qui consiste à douter. Or, cette définition procédurale de l'erreur dans le travail historique peut se retrouver dans l'erreur judiciaire : le système juridique pourrait réviser un acte définitif d'un juge si celui-ci a commis des fautes grossières de méthode, notamment si dès le début du procès, avant tout débat et tout argument avancé, il n'avait aucun doute.

C'est déjà la solution que le droit positif a retenue à propos des erreurs de méthode dans l'expertise (15) ou dans la fixation du prix par le tiers-arbitre de l'article 1592 du code civil (16). On comprend d'ailleurs pourquoi la notion d'erreur est plus facilement admise à propos de l'expert qu'à propos du juge, puisque les conclusions de l'expertise, par nature, ne sont pas incontestables. Mais dès l'instant qu'on adopte cette perspective procédurale, la considération de l'erreur du juge croise les garanties fondamentales. En effet, les droits de la défense et le principe du contradictoire sont avant tout des procédés limitant la fausse représentation des faits et la mauvaise pesée des arguments (17). Dès lors, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ou plus généralement la procédure (18), ont pour objet le droit pour chacun de bénéficier d'une méthode judiciaire qui minimise la perspective d'erreur. Il ne faut pas aller jusqu'à soutenir qu'il existerait un « droit à la vérité » dont le droit au juge serait la forme d'accès, mais pourquoi pas, à tout le moins, admettre qu'il existerait un « droit à ne pas subir l'erreur ». L'un n'est pas la simple inversion de l'autre car le second préserve les marges d'appréciation du juge alors que le premier ne le fait pas.

Plus encore, une définition procédurale de l'erreur judiciaire croise le principe de l'impartialité du juge. En effet, le principe d'impartialité, sans le respect duquel il n'est pas même possible de parler d'institution judiciaire, ne suppose pas un juge qui soit comme s'il ne savait rien mais un juge qui, par méthode, doute toujours, jusqu'au moment de juger (19).

Cette considération de l'erreur judiciaire entraîne une interférence paradoxale avec la présomption d'innocence. En effet, la présomption d'innocence n'est pas un processus de preuve. Elle se situe en opposition à l'impératif de vérité, puisqu'elle impose mécaniquement une erreur du juge, celle qui consiste à présenter, au départ et jusqu'au point d'arrivée du jugement, comme innocente une personne qui pourrait bien être coupable. Ainsi, la présomption d'innocence serait-elle pourvoyeuse d'erreurs judiciaires, par le préjugé d'innocence qu'elle impose ?

Le syllogisme est moins fort qu'il n'y paraît. En effet, tout d'abord, la conséquence de la présomption d'innocence n'est pas exactement l'expression d'une

(15) S. Guinchard, L'expertise judiciaire civile : l'expert, le juge et les parties, in L'expertise, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 69-81, spéc. p. 80.

(16) Com. 9 avr. 1991, RTD civ. 1992.133, obs. P.-Y. Gautier.

(17) M.-A. Frison-Roche, Généralités sur le principe du contradictoire, th. Paris II, 1988.

(18) J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon, M.-A. Frison-Roche, L'office de la procédure, Mélanges Pierre Drat, Dalloz, 2000, p. 253-267.

(19) Sur l'importance du doute dans l'office du juge, V. H. Leclerc et J.-M. Varaut, préc. ; sur une définition strictement procédurale du principe d'impartialité, V. M.-A. Frison-Roche, L'impartialité du juge, D. 1999.53-57. Pour sa contestation, V. B. Beigner, L'impartialité du juge, entre apparence et réalité, D. 2001.Chron.2427-2433.

erreur, car le juge qui relaxe ou acquitte dit simplement que la vérité ne lui a pas été accessible. C'est donc le contraire d'une fausse représentation de la réalité puisque la relaxe pour doute traduit une représentation véridique de la réalité, laquelle se trouve précisément être douteuse (20). Ensuite il y a, au regard du critère de justice – qui est le premier des critères – une hiérarchie de valeur à opérer entre les erreurs : l'erreur sur un coupable n'a pas la même gravité que l'erreur sur un innocent. Cette observation souligne une nouvelle fois que le rapport du juge et de la vérité n'est pas simple ni donnée, parce qu'il est déformé du fait de la médiatisation opérée par le critère de justice.

## **B. – Les aménagements qui confirment la règle de l'exclusion de l'erreur du juge**

L'erreur du juge peut cependant avoir des conséquences si le législateur prévoit qu'elle peut en engendrer. Ces cas d'ouverture – méthode restrictive par nature – sont systématiquement interprétés strictement, ce qui est une façon de confirmer le principe d'exclusion. Cela est vrai pour l'erreur de plume qui engendre une rectification (1). L'analyse du recours en révision conduit à la même conclusion (2).

### **1. L'erreur de plume n'est pas une erreur du juge**

Le droit processuel organise dans tous les contentieux des recours possibles en rectification d'erreur matérielle. Mais l'on observera en premier lieu que la jurisprudence prend soin de n'admettre un tel recours que restrictivement, veillant à ce que l'on ne glisse pas vers un nouvel examen, c'est-à-dire une révision (21).

Plus encore, il ne s'agit que d'une erreur « matérielle », c'est-à-dire qu'on la rattache à la matière et non pas à la personne du juge. En effet, il ne s'agit pas d'une « vraie erreur » dans le rapport entre la réalité et la représentation que s'en fait le juge, mais seulement dans la traduction à travers les signes que sont les lettres et les chiffres du jugement. C'est un stylo qui dérape, pas une erreur, à peine un lapsus.

### **2. L'erreur ouvrant la révision n'est pas une œuvre du juge**

De la même façon, même si cela est plus délicat à démontrer, le critère même de l'action en révision montre que le recours en révision repose sur une erreur judiciaire qui ne se confond pas avec une erreur du juge. En effet, si l'on considérait que l'erreur du juge, à savoir une mauvaise représentation qu'il aurait faite de la réalité, est ce qui fonde la révision de son jugement, alors il serait inutile d'alléguer un fait nouveau. Or, il est constant que, même si les conditions

(20) Depuis l'affaire *Poussin* à propos de la question de l'authenticité d'un tableau (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 févr. 1978, D. 1978.601, note Ph. Malaurie), il est acquis en droit que la réalité peut être substantiellement douteuse et que le juge fait une exacte reconstitution des faits en affirmant la réalité douteuse.

(21) Non seulement les textes sont restrictifs (art. 595 NCPC qui énumère les cas d'ouverture), mais la jurisprudence l'est également (Paris, 1<sup>er</sup> ch. 13 janv. 1978, D. 1978.IR.412, obs. P. Julien, cité par R. Martin, Recours en révision. Généralités, J.-Cl. Procédure civile, n° 36).

de recevabilité de l'action ont été assouplies par la loi du 23 juin 1989, le requérant doit se prévaloir d'un fait nouveau pour que le procès soit réouvert.

Cette exigence n'aurait pas de sens s'il s'agissait de redresser une erreur que le juge aurait faite. Au contraire, il faut qu'un élément déterminant ne lui ait pas été accessible au moment où il a rempli son office. Dans ces conditions, le juge n'est pas la source de l'erreur : l'erreur judiciaire n'est pas l'erreur du juge. S'il fallait trouver un responsable, ce serait l'homme malicieux qui a trompé le juge, lequel est un innocent trompé par la fraude, victime du dol au même titre que la personne mal jugée. Ce critère de la fraude est exclusif lorsqu'il s'agit d'une décision judiciaire civile et commerciale. Il s'agit donc de punir le responsable de la fraude bien plus que de protéger la victime de l'erreur (22). En matière pénale, cette conception n'est pas tenable : le préjudice d'une décision de condamnation erronée est tel qu'à côté de cette dimension subjective, on tolère la découverte objective d'un fait inconnu. S'il s'agit d'un fait même non pas sciemment caché, mais qui est découvert ultérieurement, s'il s'agit d'un fait que la réalité n'avait pas livré à temps, qui n'était toujours pas disponible quand le juge a dû remplir son office en fermant le dossier par son jugement, la révision devient possible. C'est notamment le cas lorsque des techniques scientifiques ne sont disponibles qu'une fois le dossier clos. Ainsi, s'il y a eu défaillance, elle est à la charge de la réalité elle-même, qui ne se donnait pas techniquement à voir, et non une défaillance du juge !

*A contrario*, s'il y a une véritable erreur du juge à propos d'un fait révélé, un fait qui n'avait pas été masqué, travesti, mais à propos duquel l'appréciation du juge était inexacte, alors précisément l'action en révision n'est pas ouverte ! Donc, l'action en révision correspond non pas à une erreur du juge prise en tant que telle, mais seulement en ce qu'elle est la conséquence de la véritable cause de l'ouverture du recours en révision, à savoir un dysfonctionnement du système judiciaire, qui a été manipulé, mal manipulé, manipulé vers le mal.

Malgré la cohérence et la solidité d'un tel système, d'une articulation entre un principe et des exceptions qui le confortent, il est de plus en plus difficile de laisser les règles en l'état. En effet, même si l'on doit admettre que la normativité du droit s'exprime par la fiction, celle de l'infailibilité judiciaire est de plus en plus intenable. Il faut alors remettre en cause ce principe tout en conservant l'équilibre avec l'impératif de sécurité juridique.

## II. — VERS UN NOUVEL ÉQUILIBRE ENTRE LA SÉCURITÉ DE L'INCONTESTABLE ET LA JUSTICE DE L'ERREUR REDRESSÉE

Malgré les avantages de l'incontestabilité d'une décision de justice autrement que par l'exercice régulier des voies de recours, l'infailibilité judiciaire est aujourd'hui une fiction de plus en plus difficile à supporter (A). C'est pourquoi il

(22) Ce qui explique l'impossibilité de renoncer à l'exercice de l'action en matière arbitrale. V. sur ce point, M.-Cl. Rondeau-Rivier, La décision arbitrale - voie de recours, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 1046, n° 70.

faut aller vers un système qui, certes conserverait la force des choses jugées comme principe mais admettrait comme une véritable exception l'erreur du juge, c'est-à-dire non plus le dysfonctionnement de l'institution mais bien l'hypothèse d'un juge qui, muni de tous les éléments du dossier, s'est néanmoins fait une représentation de la réalité manifestement fautive, erreur proprement dite, pour l'instant ignorée de notre système juridique (B).

### A. — *Le caractère de plus en plus intenable de l'infailibilité judiciaire*

Il est aujourd'hui impossible de laisser le système en l'état pour deux raisons principales. En premier lieu, on sanctionne d'autres pouvoirs juridiques pour les erreurs et cela doit s'imposer *a fortiori* pour le juge (1). En second lieu, et cela n'est pas le moindre, la morale l'exige (2).

#### 1. *L'obligation a fortiori de considérer les erreurs du juge*

Le juge dispose du pouvoir de dire le droit et d'imposer une décision aux parties en cause. En cela, il est bridé par les termes du litige, objectifs et subjectifs (23). Comparativement, l'administration et le législateur disposent d'un pouvoir plus important puisque plus étendu, plus abstrait. L'administration qui prend un acte unilatéral s'appuie sur des faits. Le juge la sanctionne si elle commet une erreur manifeste dans l'appréciation qu'elle en fait. Cela n'interfère pas avec l'étendue de son pouvoir quant aux conséquences juridiques qu'elle attache à ses faits - compétence liée ou pouvoir discrétionnaire - puisque le contrôle porte sur le stade précédent.

Mais la démonstration est plus probante en ce qui concerne le législateur. Traditionnellement, celui-ci exprime la plus forte normativité puisque la cause de la loi est tautologique, à savoir la volonté du législateur. Dès lors, les faits en considération desquels une loi est adoptée sont en dehors de la loi, évoqués à l'occasion dans des travaux préparatoires dénués de normativité. Cela explique que la logique juridique ne concerne que l'application de la loi par le juge et non pas l'adoption de la loi car, dans ce dernier cas, le lien entre le fait et le droit n'est pas requis (24). Or, le Conseil constitutionnel n'a pas limité son contrôle à la conformité de la conséquence juridique que le législateur a imputée aux faits mais envisage encore, au titre de la hiérarchie des normes, la sanction de la loi pour erreur manifeste d'appréciation des faits.

Cette conception même d'une « erreur du législateur » change radicalement la donne (25). Ainsi, le législateur, qui par nature n'avait pas de rapport avec la réalité, pas même un rapport avec la réalité comme cause de son action, a aujourd'hui un rapport à l'erreur. Or, il est acquis que le législateur exprime une normativité que le juge n'exerce pas. Donc, si le pouvoir normatif pur peut en

(23) J. Carbonnier, Introduction générale au droit, PUF, coll. Thémis, n° 142 et s., p. 146-150.

(24) Logique, hiérarchie et dépendance des sources de droit, *in* Lire le droit. Langue, texte, cognition, LGDJ, 1992, p. 121 et s.

(25) L'erreur du législateur, *in* L'erreur, Revue interdisciplinaire de l'Institut Universitaire de France, Odile Jacob, 2000.

droit faire une erreur, en droit c'est-à-dire avec des conséquences juridiques à la clé, alors le juge qui exerce un pouvoir non détaché, comment pourrait-il ne pas rendre compte de ses erreurs ?

## 2. L'obligation morale de considérer les erreurs du juge

Plus encore, l'opinion publique ne comprend pas qu'une erreur du juge ne soit pas réparée car si l'on peut admettre qu'une erreur ne soit pas sanctionnée au sens où son auteur peut n'être pas fautif et ne mériter aucune réprobation, il est difficile d'admettre que la victime de l'erreur doive la subir toujours. L'opinion publique, en ce qu'elle réagit aux « grandes affaires » est actuellement la force, relayée par les spécialistes, qui fait évoluer le droit ; il est notable que la loi du 23 juin 1989 qui a assoupli les conditions du recours en révision soit couramment désignée comme la *loi Seznec*.

La puissance de cette simple morale tient dans le fait que, comme il a été dit en introduction, le refus de considérer l'erreur judiciaire tient dans l'observation statistique que dans l'écrasante majorité des cas, le juge ne commet pas d'erreur et qu'il serait inefficace de remettre en cause la sécurité de tout un système par l'ouverture d'une contestabilité continue des décisions de justice. Mais ce calcul par comparaison du coût et de l'avantage, valide en lui-même, perd sa pertinence face à la morale qui n'a rien à faire de telles pesées.

Plus encore, il faut faire interférer la notion de dignité humaine. En effet, la dignité est atteinte lorsque à travers une personne particulière c'est l'humanité tout entière qui est heurtée. Cette notion occidentale de l'homme comme part totale de l'humanité est aujourd'hui ancrée en droit. Or, à travers un innocent condamné, on peut estimer que l'humanité est mise en cause car le droit et la procédure pénale n'a pas tant pour fin de condamner les coupables que d'éviter la punition des innocents. La répression oscille entre l'utilitarisme et la morale et pour l'instant, lorsque les deux cessent de coïncider, le droit français depuis la Révolution fait prévaloir la seconde (26). Il faut donc donner un peu plus d'effet à l'erreur du juge que ne le fait actuellement notre système juridique.

## B. — La perspective de considération directe de l'erreur du juge

Tout d'abord, même si l'on traite distinctement l'erreur judiciaire, à laquelle on attache la voie extraordinaire de la révision, et les ordinaires voies de recours, du fait que le recours en révision n'est ouvert qu'une fois les autres voies de recours inaccessibles, on devrait croiser davantage les deux et articuler les recours et l'hypothèse de l'erreur (1). Plus encore, le droit civil admet de plus en plus aisément l'idée de décision toujours révisable (2) et l'on pourrait songer à réformer radicalement le recours en révision en éliminant l'exigence d'un fait nouveau pour la remplacer par la démonstration d'une erreur manifeste (3).

(26) Ce débat est particulièrement vif aux Etats-Unis. V. not. I. Papadopoulos, La philosophie pénale entre utilité sociale et morale rétributive, *in* L'américanisation du droit, Archives de philosophie du droit, t. 45, 2001, p. 159-175.

### 1. *L'articulation de la voie de recours avec l'hypothèse de l'erreur du juge*

La voie de recours, notamment son parangon qu'est l'appel comme voie de réformation, est le moyen de redresser l'erreur de fait commise par un précédent juge. Certes, dans le système juridique français, cela ne vaut que pour les voies de recours ordinaires mais la Cour européenne des droits de l'homme, par son arrêt du 21 mars 2000 (27), a remis en cause cela en sanctionnant la France pour n'avoir pas admis à l'occasion d'un pourvoi devant la Cour de cassation la recevabilité d'un argument évoquant une erreur manifeste dans l'appréciation que les juges du fond avaient faite de faits pertinents. Ainsi, la garantie des droits suppose que les erreurs manifestes de fait soient redressées à l'occasion d'un recours de droit.

S'il en est ainsi, si la voie de recours trouve un lien avec les droits de l'homme en ce que cela protège la personne contre les erreurs d'appréciation d'un premier juge, ce qui rejoint la conception procédurale de l'erreur judiciaire précédemment évoquée, il faudrait que l'exercice d'une voie de recours soit l'expression d'une garantie fondamentale constitutionnellement protégée, ce qui n'est pas actuellement le cas (28). Il est vrai qu'il est difficile de répondre à l'objection d'une régression à l'infini puisque la voie de recours offre à de nouveaux juges l'occasion de commettre à leur tour des erreurs. Mais on peut estimer que la maturation du débat est favorisée par la voie de recours qui réduit ainsi la perspective d'une erreur des premiers juges maintenue (29). La mise en place d'un appel circulaire en matière criminelle repose d'ailleurs sur cette espérance.

### 2. *L'admission par principe de décisions judiciaires révisables*

Par ailleurs, on peut concevoir une décision de justice sous un autre angle que celui précédemment décrit d'un arrêt du litige. En effet, dans une conception moins tranchante, plus thérapeutique, de l'office du juge, l'acte de celui-ci consiste davantage dans l'aménagement d'une situation au mieux des intérêts des personnes en cause. Dans cette conception sociale, les décisions deviennent plus aisément, voire par nature, révisables. L'aménagement des conséquences d'un divorce correspond particulièrement à ce cas de figure.

Dans cette perspective, l'évolution de la situation considérée produit l'adoption d'une nouvelle décision. Cela implique une nouvelle définition de l'erreur judiciaire. En effet, le juge qui s'est trompé, c'est alors celui qui a mal pesé les faits connus, en conséquence de quoi il a pris une décision néfaste. Ainsi, la restitution de l'enfant à sa mère dangereuse, laquelle tua l'enfant, devient dans cette acception une véritable erreur judiciaire et, dans un dramatique cas récent, a été ressentie par l'opinion publique comme telle. Cela est à distinguer de l'erreur qui, classiquement entendue, est liée à un fait non porté à la connaissance du juge, puisque ici il s'agit d'une erreur dans l'appréciation que le juge a menée des faits soumis, ce qui devient susceptible d'être qualifié d'erreur. La consé-

(27) D. 2000.883, note Th. Clay ; JCP 2000.éd.G.II.10344, note A. Perdriau.

(28) V. d'une façon générale, Justice et double degré de juridiction, Revue Justices, n° 4, Dalloz, 1996 ; Pour ne prendre que la réaffirmation la plus récente du principe comme quoi le double degré de juridiction ne fait pas partie des garanties de la Convention européenne des droits de l'homme, V. l'avis de la Cour de cassation du 25 sept. 2000, Bull. inf. C. cass. n° 525.

(29) V. Ch. Lefort, Théorie générale de la voie d'appel, th. Angers, 2000.

quence en est alors l'obligation pour l'Etat d'indemniser le préjudice engendré par ce dysfonctionnement objectif du service public de la justice. Ce qui est justifié dans ce cas particulier pourrait être généralisé.

### 3. Les conséquences à attacher à une erreur du juge

La première conséquence à attacher à une erreur du juge devrait être la révision du jugement, même sans fraude avérée, même sans fait décisif ultérieurement révélé. Sur le principe, il serait moralement sain de reconnaître qu'un juge peut se tromper dans l'appréciation des faits, alors même que tous les faits pertinents ont été portés à leur connaissance et d'en déduire qu'il faut alors ouvrir un recours en révision. Cela nécessite une réforme du droit en la matière. On peut concevoir cette réforme *a minima*. Ainsi, il n'y a aucune raison de limiter la révision des jugements civils à l'hypothèse d'une fraude et l'on pourrait à tout le moins admettre que la découverte d'un fait, même non malicieusement dissimulé, suffise pour fonder la révision civile. Mais il conviendrait d'aller dans une voie plus radicale en supprimant même l'exigence d'un fait nouveau, pour se contenter du fait de l'erreur du juge, parce que cette erreur peut être acquise même s'il n'y a pas eu de lacune dans l'édifice de faits présentés au juge. Certes, il faut encore considérer l'impératif précité de sécurité, pour éviter le danger de décisions judiciaires qui deviendraient, par une inversion trop radicale, toujours menacées d'une contestation, hors des délais et des règles des voies de recours ordinaires.

Il faut alors songer à un procédé de filtrage, d'une part, et à un critère propre à éviter des déferlements d'actions non fondées, d'autre part. En ce qui concerne le critère même du succès de l'action en révision, il faudrait poser que seule une erreur manifeste d'appréciation des faits rendrait le jugement en cause susceptible d'être révisé. Cette notion d'erreur manifeste d'appréciation est courante lorsqu'il s'agit d'apprécier l'action administrative. De la même façon, la notion de « manifeste » est usuelle lorsqu'il s'agit de conférer un pouvoir exceptionnel à un juge, à propos des référés par exemple. Il suffirait donc d'emprunter les interprétations jurisprudentielles déjà sédimentées en ces matières. L'« erreur manifeste » se définirait comme celle qui se donne à voir, qu'on n'a pas à rechercher sous les choses, une sorte de « fleur de l'erreur », disponible à la surface des choses, qu'on ramasse sans difficulté (30). Dès lors, le critère précédent, celui du fait nouveau, dont on a montré qu'il était la marque paradoxale comme quoi il n'y a jamais de juge qui se trompe puisqu'il n'y a que des juges trompés, pourrait être abandonné.

Un tel système ne peut perdurer qu'assorti d'un procédé de filtrage. Il faudrait, comme le fait le code civil en ce qui concerne l'action en rescision pour lésion, ou plus généralement comme l'impose la Cour européenne des droits de l'homme pour constater la légitimité du droit d'accès au juge, faire peser sur le demandeur une charge d'allégation. Ainsi, de la même façon que le demandeur en rescision doit prouver la vraisemblance d'une lésion, que le plaideur ne peut se plaindre de la violation de son droit d'accès au juge devant la Cour européenne que s'il peut démontrer la vraisemblance de sa prétention, on pourrait

(30) Cf. jurispr. préc. en matière d'expertise.