

l'offre à créer pour la satisfaire quantitativement et qualitativement, sur les choix à opérer entre le monopole de la justice étatique et le développement des modes alternatifs privés, sur la modernisation des structures, sur le maintien de la gratuité pour tous les types de contentieux, sur la qualification et la spécialisation des personnels, enfin, sur l'équipement, la transformation et l'implantation des sites judiciaires.

Le principe d'efficience de la procédure n'est, en définitive, que l'un des éléments de l'économie du système juridique dont la nécessité est à imposer, la théorie à construire, la méthode à préciser. Ceux qui, tel M. le Premier Président Pierre Drai, ont estimé que le rôle du juge était aussi d'assurer la maîtrise et la performance de l'outil judiciaire, en ont montré la voie.

L'OFFICE DE LA PROCÉDURE

par Jean-François BURGELIN,

Procureur général près la Cour de cassation,

Jean-Marie COULON,

Premier président de la cour d'appel de Paris,

Marie-Anne FRISON-ROCHE,

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

1. – L'office du juge participe de l'art d'imaginer le bon jugement mais aussi de celui d'y parvenir entre le temps où la querelle ou la requête sont portées à sa connaissance et le moment où il s'en délivre lui-même par sa décision : l'art de la procédure. *L'imperium* qui se développe dans la procédure permet l'épanouissement de la *juris-dictio*¹ ; plus encore, *l'imperium* procédural vient conceptuellement avant le pouvoir de dire le droit². Ainsi, le Premier président Pierre Drai a porté l'art de juger au plus haut point du fait aussi de l'attention sans faille qu'il a portée à la procédure.

2. – Pourtant, la procédure pratiquée par seul amour de la procédure a toujours été considérée comme une perversion, qu'appuie désormais la qualification psychiatrique de névrose processive. On pourrait y songer si l'on a de la procédure la représentation d'une matière sèche et rebutante, une énumération de normes qui s'imposent sans que leur raison d'être soit toujours évidente. Elle n'a d'ailleurs pas une bonne image dans l'opinion publique qui la perçoit souvent comme l'ennemie de ce qui serait la « vraie » justice. Insensible au noble processualiste, on ne retient que le Chicaneau de Racine.

3. – Plus conceptuellement, l'image d'une procédure tournée sur elle-même, se nourrissant d'elle-même, est si instinctivement répul-

1. S. Rials, « Ouverture/L'office du juge », in *La fonction de juger*, Droits, n° 9, 1989, p. 3 et s.

2. Ch. Jarroson, « Réflexions sur l'imperium », *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 245 et s.

sive que l'image de procédurier qui s'y attache est l'une des plus péjoratives que le juriste peut prendre dans le sens commun³. Et il ne s'agit plus alors d'un blason terni par les fables et les farces mais d'une véritable dénégation de la nature du procès.

4. – L'idée d'une procédure autosuffisante est effrayante parce qu'une procédure isolée de ce qui l'a provoquée, à savoir un trouble qui prend le plus souvent la forme d'un litige, entre personnes, et de ce à quoi elle doit conduire, de ce qui la justifie, à savoir l'apaisement raisonné de celui-ci, n'a plus de sens, rend tout possible, devient une torture indéfinie, incessante et sans fin. La partie devient une victime d'un système lâché à lui-même. Il n'est pas besoin d'évoquer comme archétypique le sort du personnage de Kafka dans *Le procès* ni d'attribuer cette possible dérive aux seuls systèmes politiques totalitaires. Les délices d'une procédure qui n'aurait plus en vue que son propre affinement guettent tout système juridictionnel, le nôtre compris.

5. – Il est donc primordial de rappeler que la procédure reste un simple instrument, qui ne prend son sens que par le service qu'elle rend. Elle doit revendiquer ouvertement le qualificatif jadis concédé de « servante⁴ ». Celui-ci n'avait pas peu fait dans la dévalorisation de la matière. Pourtant, cette notion de service prend aujourd'hui un sens plein parce que la procédure participe à la réalisation d'un service public de la justice dont le bon fonctionnement – ou le meilleur fonctionnement possible – semble aujourd'hui constituer la garantie d'un système politique contrôlé⁵.

6. – Il serait en outre paradoxal d'admettre qu'au moment où les branches du droit qui ont eu l'habitude de s'enorgueillir du qualificatif de « substantielles », comme le droit des obligations ou le droit des sociétés, sont en train de revendiquer leur instrumentalité par rapport notamment à l'objet économique du contrat ou aux exigences du développement de l'entreprise, la procédure prétende à rebours se suffire à elle-même.

7. – Or, l'impression en est parfois donnée lorsqu'on observe que toute l'attention est aujourd'hui portée aux garanties fondamentales de bonne justice, au respect des droits de la défense, à l'accès effectif au tribunal, etc. Nulle idée ici, bien sûr, de mettre en cause l'importance de ces notions. Leur importance se donne à voir

3. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, Thémis, PUF, 1996, n° 1, p. 1.

4. V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé. Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire*, Sirey, 1961, n° 15, p. 21.

5. *Le service public de la justice*, Odile Jacob, 1998.

naturellement⁶. Elles forment notre socle processuel commun⁷. Mais pourquoi est-ce essentiel de les respecter ? Pour quoi les droits de la défense sont-ils faits ? Ils n'ont pas leur satisfaction en eux-mêmes, comme peuvent l'avoir des principes substantiels, dont l'autonomie de la volonté est un exemple.

8. – Dès lors, la question élémentaire est celle de savoir à qui sert l'appareillage procédural, pourquoi il est si précieux de le mettre en œuvre, ce pour quoi il est fait et ce pourquoi il s'impose. Son caractère fruste ou sophistiqué, son respect plus ou moins effectif n'entament pas la pertinence de l'interrogation. Quel est l'office de la procédure ?

9. – La première réponse qui vient à l'esprit est celle d'ordre. Certes, en ce qu'elle constitue une matière organisée autour de principes fondamentaux corrélés entre eux, la procédure forme en elle-même, un système, un ordre⁸. Le doyen Paul Roubier, avec la modernité de propos qui le caractérise, évoquait déjà l'idée d'un « droit régulateur⁹ ». Dans cet ordre, se développent les pouvoirs des professionnels qui le servent et les droits des personnes qui en bénéficient. Cette idée fondamentale d'organisation qui dépasse l'épanouissement des prérogatives individuelles qu'elle permet, a toujours fait osciller la procédure civile entre le droit public et le droit privé.

10. – Mais il s'agit de prolonger ce constat de l'ordonnement par le fait que la procédure a pour fin de discipliner le désordre, de lui substituer un ordre, d'obliger l'insertion de faits dans des processus de droit. La fonction primordiale de la procédure est d'interdire à des faits bruts et brutaux d'accéder au jugement, à l'office juridictionnel du juge. Ils doivent préalablement être pliés dans des mécanismes qui les ont transformés en allégations. Pour évoquer efficacement un désordre, il faut en passer par l'ordre judiciaire. Ainsi, les parties ayant part à ce désordre qu'est par nature le désaccord, ne peuvent prétendre en être délivrées qu'en se soumettant d'abord à l'ordre procédural. Il y a en cela du contrat dans le procès, plus ou moins d'adhésion suivant que la procédure est inquisitoire ou accusatoire. En cela, par l'obligation d'un langage commun et contraint, la procédure est la cause mécanique et recherchée d'un premier apaisement du litige.

6. G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état de questions) », *Mélanges P. Bellet*, préc., p. 84 et s.

7. G. Rouhette, « L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 687 et s.

8. G. Rouhette, préc.

9. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 262 et s.

11. – Cet ordre procédural a pour fin de mener à la résolution du litige par le jugement. Le désordre est éteint par le droit qu'il reconnaît. Avoir raison n'est rien, si une organisation procédurale ne permet à la raison de passer du for intérieur à l'affirmation crédible du jugement, qui lui donne traduction tangible. Pourtant, on peut dire que cet ordre procédural s'établit en réaction par rapport au jugement, en contradiction avec lui. La procédure n'est pas l'anticipation du jugement : elle est son contrepoint. Cela tient au fait que le jugement est la forme la plus violente dont l'État démocratique dispose contre la personne, pouvant priver celle-ci de sa liberté ou la contraindre pécuniairement. Alors que les pouvoirs de l'État administratif et financier s'affaiblissent, l'État juridictionnel dispose de plus en plus de l'individu.

12. – Aujourd'hui, si l'on songe aux actes et stratégies des très puissantes sociétés commerciales, elles ne semblent plus craindre que les juges et notamment la puissance de démantèlement des empires économiques et financiers que certaines législations leur confèrent. Et c'est naturellement dans des querelles de procédure qu'elles s'engouffrent. En effet, parce que le jugement est un acte contre lequel il ne sert à rien de se débattre, sauf à exercer des voies de recours c'est-à-dire à rappeler à la barre la procédure elle-même, les personnes menacées doivent préalablement avoir, en quelque sorte, tous les droits. C'est ce qui rend désormais la puissance juridictionnelle de l'État plus légitime que celles qu'il peut exercer dans d'autres fonctions, notamment l'administration, sauf à « juridictionnaliser » l'activité de celle-ci. Le premier office de la procédure est donc de conférer des droits à des personnes ainsi protégées pour que soit ensuite possible leur exposition à la sanction du jugement.

13. – Cette même tension de la contradiction entre la procédure et le jugement s'exerce à l'égard du juge. La procédure sert bien sûr son office, en lui permettant de prendre la mesure de la cause, en invitant les parties à lui en suggérer l'issue et en lui ménageant le temps de la réflexion. Mais, dans le même temps, la procédure qui constitue l'ossature du service public de la justice, peut l'embourber. L'expérience en est quotidienne.

14. – En outre, la procédure si elle se laissait aller à elle-même serait sans fin, cherchant la reconstitution toujours plus proche des faits, retournant toujours les arguments les uns contre les autres ; le jugement la brise par la décision qu'il impose, parfois comme à regret. Ainsi, la procédure souffre de l'office qui est le sien car il ne lui donne son sens qu'en signifiant son anéantissement : ne conférer des droits que pour permettre la privation des droits ; n'organiser la recherche de la vérité que pour aboutir à une décision qui est essen-

tiellement d'une autre nature. Ce juge qu'a contribué grandement à dessiner le Premier président Pierre Drai est tout à la fois celui « qui toujours décide » au sein du service public de la justice et celui qui organise les prérogatives procédurales des personnes qui n'y sont soumises qu'à ce prix.

I. – L'office de la procédure dans la perspective de protection du justiciable

15. – Remettant tout d'abord la procédure dans la perspective de la protection du justiciable, elle a pour premier office de lui permettre d'exercer son pouvoir dans l'établissement des faits. C'est, d'ailleurs, par commodité que l'on distingue le souci des faits, les termes objectifs du litige, et le souci des parties elles-mêmes, car l'office du juge a pour objet le fait et pour finalité la satisfaction des parties. Le nouveau Code de procédure civile a traduit cette ambition doctrinale d'une procédure qui conserve au juge l'« apavage » du droit mais offre aux parties l'élaboration de l'« édifice » des faits¹⁰. Dès lors, le premier rapport que la procédure établit relie les faits, d'une part tels qu'ils existent dans le monde ordinaire et tels qu'ils peuvent apparaître dans le cercle du procès, d'autre part tels qu'ils peuvent être saisis, dominés, méconnus aussi, par les parties elles-mêmes. En outre, la procédure offre aux personnes en litige la possibilité d'établir entre elles un nouveau rapport, en les rapprochant parfois, en restaurant et en maintenant une distance par principe.

A. – La procédure comme rapport aux faits

16. – Si c'est le droit qui permet de résoudre un litige, ce sont, par nature, les faits qui pourvoient à son approvisionnement. La procédure a pour fin de faire parvenir à maturité les allégations de fait que la ou les parties construisent. Henri Motulsky opérait une distinction tranchée entre les faits qui devaient ainsi se construire, et le droit qui devait en principe n'arriver, tout casqué, que sous la plume du juge lorsque, au-delà de la procédure, il rend son juge-

¹⁰ H. Motulsky, « Le rôle respectif des parties et du juge dans l'allégation des faits », *RID comp.* 1959, p. 354 et s.

ment. Mais tout d'abord, ce cantonnement du juge dans le droit et des parties dans le fait n'a pas beaucoup d'effectivité dans la pratique juridique. Plus encore, ne faudrait-il pas inverser la proposition ? En effet, ce n'est pas le fait qui est donné et disponible et le droit qui, à l'inverse, se façonne à l'occasion des litiges. En réalité, le fait participe, plus encore que la règle de droit, d'une plasticité qui le transforme radicalement lorsqu'il accède à la procédure.

17. — Ainsi la preuve est-elle au cœur de la procédure en ce qu'elle valide les allégations, permet leur alternance, et élabore ainsi l'ensemble des faits sur lequel le droit pourra ensuite s'appliquer. Le droit anglo-saxon, droit construit de toutes parts sur les faits, développe amplement les règles probatoires. Le droit français n'a pas encore atteint cette plénitude, sans doute du fait du souci excessif de maintenir ce qui serait une hiérarchie du droit sur le fait, aboutissant, pour signer son infériorité, à priver celui-ci d'un corps de règles trop achevé. Plus prosaïquement, l'écartèlement du droit probatoire entre la procédure et, principalement, le droit des obligations, nuit à la maturation de la matière.

18. — La procédure, art d'agencer les faits, est l'occasion pour le droit probatoire de prospérer. On évoque fréquemment la complexité du droit, la difficulté à choisir parmi la prolifération des règles, la virtuosité parfois requise dans son interprétation, mais l'évolution du contentieux témoigne également de l'accroissement des difficultés de saisir les faits et de les reconstituer, selon des formes procéduralement établies. Ainsi, le rapport que la procédure établit avec la vérité factuelle est médiatisé par une série de conventions¹¹.

19. — Les faits n'accèdent donc au litige que dans des formes préalablement requises. Cela est patent lorsque la preuve légale s'impose mais cette mutation est la marque de toute preuve, non seulement dans son mode de constitution, qui doit être loyale, voire être soumise à la contradiction, mais encore parce que le fait n'est recevable à constituer une preuve que s'il est pertinent, c'est-à-dire déterminant pour l'issue du litige. La procédure trie ainsi les faits, non seulement en rejetant ceux qui sont indifférents — alors que dans l'activité scientifique, aucun fait ne peut l'être —, mais encore en en disposant pour épargner certains de l'obligation de preuve, notamment ceux qui ne sont pas contestés.

20. — Il est naturel que la montée en puissance de l'office du juge se manifeste en matière probatoire. Puisque le juge doit s'occuper

de l'essentiel et que les faits sont l'essentiel, on ne peut laisser ceux-ci à la seule disposition des parties. Les textes confient toujours plus de pouvoirs au juge pour qu'il use de son *imperium* dans la poursuite des preuves. Cela tient pour beaucoup à ce souci grandissant de vérité, parfois excessif et naïf, que le droit accueille aujourd'hui.

21. — Mais il ne s'agit pas nécessairement de contrer le principe dispositif dans la mesure où les parties restent maîtresses des faits qu'elles veulent, en accord ou unilatéralement, mettre dans le débat. Par rapport à cela, le juge ne peut que rester neutre et il n'y a pas de contradiction, au contraire, entre le fait de laisser la haute main aux parties dans la détermination des termes du litige et celui de confier au juge l'office procédural de rechercher lui-même la véracité des faits allégués. Les parties continuent de dessiner le litige et le juge mène l'instance pour conduire celui-ci à bonne fin.

22. — Cette prise en main par le juge des termes d'un litige qu'il n'a en rien posés, non seulement ceux de droit mais encore désormais ceux du fait, ne doit pas à rebours engendrer une passivité des parties, bien au contraire. Le bon rythme d'une procédure tient dans cette collaboration étroite entre le juge et les parties, qui incite le juge à aider les parties dans la satisfaction de leur tâche probatoire, mais implique aussi que les parties préparent activement le jugement, par l'élaboration de conclusions récapitulatives des faits allégués et des prétentions, assortissant ceux-ci des qualifications juridiques suggérées. Bien des lenteurs seraient de la sorte vaincues.

23. — Ainsi, l'évolution du système procédural ne consiste en rien à déposséder les parties pour transférer leurs prérogatives au juge. En effet, si la procédure doit parfois prendre un tour inquisitoire, quelle que soit la matière, pénale, administrative ou civile de l'instance, c'est que l'office de la procédure est aussi de ménager ou de restaurer l'égalité des parties. Cette fonction d'équilibre par la procédure est primordiale. Si le juge intervient, cela peut être pour ne pas laisser le fait à la disposition de la partie la plus forte économiquement, parce qu'elle peut faire diligenter à son profit des enquêtes que ne peut s'offrir son adversaire, qu'elle pourra au contraire l'occulter ou, selon l'heureuse formule, qu'elle pourra « fatiguer » certaines preuves. La puissance peut alors provenir directement du fait qu'elle détient tout simplement la pièce maîtresse du litige. On mesure ainsi qu'en organisant l'entrée des faits dans le procès, la procédure établit par cette première manière un rapport entre les parties.

11. A. Ponsard, « Vérité et justice. Rapport français », in *La vérité et le droit*, Travaux de l'association Henri-Capitant, t. 38, *Economica*, p. 673 et s.

B. – *La procédure
comme rapport entre les parties*

24. – Le procès prend certes la forme d'une triade, dans un rapport entre les parties et le juge¹² mais, d'une façon antérieure, il suppose un lien entre les parties elle-même, offrant ainsi une similitude avec le contrat. La procédure ne peut fonctionner sans cette sorte d'accord et s'emploie à maintenir ce rapport. On peut apprécier à cette aune les oscillations que les diverses procédures opèrent entre l'accusatoire et l'inquisitoire.

25. – Pour reprendre cette question d'ensemble, la procédure suppose un rapport entre les parties et elle a pour office d'en construire un d'un autre type. En premier lieu, l'accès à la procédure suppose l'acceptation *a priori* d'un rapport avec le juge, l'institution et l'autre partie. Cela est vrai non seulement pour la personne qui spontanément recourt au procès mais cela demeure exact pour le défendeur, y compris lorsque l'instance est de nature pénale.

26. – En effet, par la défense que la personne poursuivie oppose aux allégations que l'on élabore contre elle, celle-ci accepte par principe le lien procédural du dialogue. C'est pourquoi les stratégies de défense que l'on appelle « de rupture », consistant à refuser le principe même du procès, à inverser les rôles, à déplacer la question du procès sur un autre terrain, notamment politique, mettent tant à mal la procédure qu'on peut s'interroger sur leur légitimité.

27. – Cet exemple illustre l'aporie à laquelle peut aboutir la procédure lorsqu'elle est utilisée d'une façon qu'il ne faut pas hésiter à qualifier de perverse. En effet, lorsqu'une personne – elle peut être partie, défendeur, parfois juge – affronte les postulats fondamentaux de la justice ou, pire encore peut-être, qu'elle s'en joue, l'institution se trouve paralysée dans le premier cas, asservie dans le second. En effet, pour développer ici la seconde hypothèse, si les usages des délais, des pouvoirs, des images créées par la justice, sont détournés pour que l'institution n'engendre pas un jugement soucieux de droit, de vérité et de justice, mais au contraire éloigne sans fin cette perspective, produise de la force brutale à l'opposé de la force du droit (action en justice comme moyen de chantage, par exemple), l'institution est prise de court, détournée d'elle-même, tournée en ridicule.

28. – Que faire ? Nous retrouvons ici pour la sphère de la justice l'aporie dégagée depuis longtemps pour la sphère politique, lorsque

des États démocratiques ont été confrontés à la prise de pouvoir par des partis antidémocratiques grâce au phénomène démocratique de l'élection. Il s'agit ici d'utilisation des puissances procédurales pour anéantir la justice. La perplexité est la même dans les deux cas, et l'impuissance aussi hélas sans doute commune.

29. – Cet accord de principe des parties sur le principe procédural se superpose souvent à une absence de dialogue direct et serein engendré par le litige lui-même. La procédure a alors un double office, suivant l'état des relations préexistantes entre les plaideurs. En premier lieu, lorsque les seuls contacts sont ceux de l'agressivité, de l'accusation, voire de l'invective, la procédure impose un certain refroidissement, en contraignant à l'usage de propos standardisés, juridicisés, à travers les écritures recevables. En cela, le magistère d'avocat est indispensable¹³. C'est pourquoi il est nécessaire que ces formalismes soient respectés, ce qui justifie les sanctions des propos inconsidérés et des délits d'audience car ceux-ci réinsèrent dans le procès des formes d'agression que la procédure a pour fonction d'éliminer.

30. – En second lieu, lorsque l'agressivité prend la forme négative d'une absence totale de dialogue, la procédure a encore pour office de restaurer l'exacte distance qui suppose un lien. Les deux dysfonctionnements peuvent d'ailleurs coexister, lorsqu'on songe par exemple aux conjoints qui ne s'adressent plus la parole mais qui formulent les pires accusations à travers leurs écritures produites. La procédure, par l'organisation des audiences, notamment de conciliation, permet un rapprochement des parties, voire un accord entre elles ; l'accord sur le désaccord qui permet l'ouverture du procès peut aboutir à la fin consensuelle du désaccord. La procédure a ainsi pour office premier de médiatiser le rapport entre les parties.

31. – Dans cette juste distance que la procédure instaure, celle-ci peut incarner la justice elle-même, selon la définition qu'en donne Paul Ricoeur¹⁴. Mais dans la mesure où ce rétablissement d'un juste rapport peut prendre la forme, soit d'une mise à distance de parties enflammées l'une contre l'autre, et au contraire d'un rapprochement de parties trop éloignées l'une de l'autre, la procédure oscille entre une certaine solennité propice à la première, et une certaine familiarité propice à la seconde¹⁵. En effet, la mise en scène procédurale doit remettre en place les plaideurs par le seul respect que doit leur

12. F. Terré, « Sociologie du procès », in *Le procès, Archives de philosophie du droit*, t. 39, Sirey, 1995, p. 267 et s.

13. G. Bolard et G. Flécheux, « L'avocat, le juge et le droit », *D.* 1995, chron., p. 221 et s.

14. P. Ricoeur, *Le juste*, Le Seuil, 1997.

15. F. Terré, « Sociologie du procès », préc.

inspirer le cadre dans lequel leurs passions sont contraintes¹⁶, mais dans le même temps seule une justice plus humaine, que l'on dit « de proximité » peut dans certains cas ramener la paix¹⁷. C'est par tâtonnement que les réformes successives et les pratiques des tribunaux cherchent à trouver un équilibre difficile entre les deux.

32. – Ce qui réunit toutes les tendances, ce sont bien sûr les principes directeurs du procès car ils ont pour double effet de solenniser et de rapprocher, en ce qu'ils traduisent la considération que le juge, et à travers lui l'appareil de justice, a pour la personne des justiciables. En cela, comme l'a souligné d'une façon très autorisée le doyen Gérard Cornu, ils sont à l'opposé d'une justice technocratique et s'adaptent parfaitement aux méthodes de conciliation et de l'amicable composition¹⁸.

33. – De la même façon, la balance est difficile à trouver entre l'accusatoire et l'inquisitoire. A première vue, l'accusatoire est le plus propice à permettre aux parties de façonner l'instance selon leurs demandes, d'ajuster leurs prétentions l'une par rapport à l'autre, de favoriser ainsi l'adéquation du procès à leurs volontés et la restauration d'un véritable accord entre eux. En outre, la maîtrise de la procédure est la manière la plus sûre d'y faire prospérer ses prérogatives, notamment les droits de la défense. C'est ainsi qu'au nom de ces derniers, on évoque régulièrement le progrès que constituerait une inclinaison plus accusatoire qu'il conviendrait de donner à la procédure pénale.

34. – En dehors du fait que l'évolution historique a généralement conduit d'un système accusatoire à un système inquisitoire¹⁹, il convient de nuancer le propos. Tout d'abord, la puissance du juge peut, en cas d'inégalité de fait entre les parties, être le moyen de rétablir une égalité entre elles²⁰. Ensuite, celle-ci peut être requise pour assurer l'effectivité du contradictoire entre les parties. Ainsi, la procédure n'organise pas moins bien le rapport entre les parties du fait qu'elle donne un *imperium* accru au juge, au contraire.

35. – Le juge veille ainsi à ce qu'une éthique, dont la première forme est la loyauté procédurale, structure les rapports entre les parties. En cela, l'office de la procédure neutralise les puissances, impose sa propre répartition des pouvoirs et vise à l'élimination de l'arbitraire. Dans une telle conception, la reconnaissance de la

16. A. Garapon, *L'âne portant reliques, essai sur le rituel judiciaire*, préf. J. Carbonnier, Le Centurion, coll. « Justice humaine », 1985.

17. H. Haenel et J. Arthuis, *Propositions pour une justice de proximité*, Sénat.

18. G. Cornu, « L'élaboration du code de procédure civile », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de science juridique*, 1995, p. 241.

19. F. Terré, *Cours de droit processuel*, Paris XI, 1973, inédit.

20. V. *supra* n° 23.

dimension procédurale tend à reproduire dans l'espace du procès non seulement un mécanisme d'équilibre social en ce qu'il neutralise les effets des rapports de force, mais peut-être un mécanisme démocratique, de nature politique, en ce qu'il restitue une identité, celle abstraite de justiciable, à des individus menacés concrètement de perdre toute qualité, comme l'espace public politique conférerait à ceux-ci la qualité abstraite de citoyen²¹.

36. – On mesure ainsi une nouvelle fois que la puissance du juge n'engendre pas la faiblesse des parties et, d'une façon plus générale, que la procédure n'est pas d'autant plus efficace qu'elle sacrifierait les prérogatives des parties aux impératifs de bon fonctionnement du service public de la justice.

II. – L'office de la procédure dans la perspective de l'efficacité du service public de la justice

37. – Il est difficile de traiter le jugement comme un acte procédural ordinaire, non seulement lorsqu'il participe au cheminement procédural mais encore lorsqu'il s'agit de la décision définitive, dans le sens où elle tranche au fond la question posée par l'application faite d'une règle de droit. En cela, le jugement est l'acte qui a pour objet de mettre fin au litige et pour effet de mettre fin à la procédure. Et l'efficacité de la procédure tient dans cet anéantissement, qu'il convient d'obtenir dans un temps raisonnable. Mais on ne peut éviter que s'élabore ainsi une tension interne forte entre la procédure et le jugement, la multiplication des procédures trouvant d'autres fins que celle du jugement constituant un de ses signes. En outre, il était usuel d'affirmer que le jugement, acte public, modifiant l'ordonnancement juridique, produit des effets à l'égard des tiers, tandis que la procédure ne concerne que les parties et les faits qui les opposent, l'indifférence à l'égard des tiers étant une nouvelle formulation du principe dispositif. Mais, parce que le procès excède lui aussi les termes des intérêts qu'il vise à dénouer, parce que son fonctionnement influe sur le crédit que l'institution judiciaire doit obtenir auprès de tous, la procédure établit un rapport avec les tiers.

A. – La procédure dans son rapport au jugement

38. – Qu'est-ce qu'une institution juridictionnelle qui remplit la mission pour laquelle elle a été instituée ? Le texte de la Conven-

21. H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, préf. P. Ricœur, Calmann-Lévy, 1961.

tion européenne des droits de l'homme, enflé par la jurisprudence de la Cour, ne cesse de nous le rappeler : il s'agit d'obtenir un jugement impartial dans un délai raisonnable. En cela, la procédure, qui ne peut déployer ses effets que par l'écoulement du temps, serait un obstacle, puisque l'impartialité est donnée *a priori* dans l'organisation même du tribunal.

39. – On a ainsi fréquemment mis en balance l'efficacité du système juridictionnel et le respect des garanties fondamentales, comme s'il fallait choisir entre l'une et les autres, comme si les parties devaient opérer de toute façon un sacrifice, se passer de garanties pour obtenir une décision ou revendiquer leurs prérogatives procédurales en admettant par avance que la résolution de leur litige en sera reculée, finalement altérée, d'autant.

40. – Mais la procédure peut rechercher directement l'efficacité, en mettant notamment entre les mains du juge des pouvoirs d'injonction, en mettant en place des délais impératifs, en sanctionnant les comportements dilatoires, etc. Mais là encore, même lorsque la procédure confère des prérogatives aux personnes, c'est encore au bénéfice de l'institution. En effet, tout d'abord, le principe de la contradiction participe à la maturation du débat, éclaire le juge et permet au service public de la justice de remplir sa mission. Ensuite, un jugement ne satisfait lui-même sa fonction que s'il signifie la fin du trouble. Or, des plaideurs maltraités ne peuvent subir le jugement que comme une redondance de l'incompréhension dont ils s'estiment victimes. C'est pourquoi la motivation est au sein du jugement le prolongement de la procédure en reproduisant les termes du débat, en rappelant la contradiction qui a fondé leur établissement, et permet la compréhension et l'acceptation du jugement par ses destinataires.

41. – Ainsi, le jugement doit se contraindre à laisser le temps de la procédure se développer et porter la trace du respect des garanties fondamentales. Même en termes plus comptables, puisque l'efficacité d'un service public se mesure aussi en ces termes²², le respect des droits des plaideurs conduit à limiter l'usage des voies de recours et constitue un moyen d'éviter la coûteuse récidive.

42. – Par une sorte d'échange, la procédure doit se contraindre à tendre vers le jugement définitif, à rechercher son propre anéantissement, faute de quoi toute l'institution juridictionnelle est pervertie. Or, en premier lieu, la partie qui appréhende un jugement

probablement défavorable, aura tout intérêt à prolonger indéfiniment la procédure. On peut le comprendre mais cela est alors directement contraire à l'intérêt de l'institution. C'est là où l'office du juge réapparaît et cette fois-ci contre la stratégie des parties, car lorsque l'intérêt général de l'institution est compromis, c'est celui-ci que le juge, qui en est l'agent, doit défendre.

43. – Les textes lui fournissent des armes pour cela, notamment en lui offrant de prononcer des injonctions, d'ordonner des radiations ou de sanctionner par des amendes civiles les comportements dilatoires. Mais l'on peut regretter que l'usage n'en soit pas plus systématique, dans toutes les instances, devant toutes les juridictions, à tous leurs degrés.

44. – Les parties ne sont d'ailleurs pas les seuls auteurs de ralentissement artificiel de la procédure car il arrive que certains juges eux-mêmes, dans un souci à première vue louable de tout comprendre et de tout maîtriser, ne se résignent plus à laisser les choses en l'état pour qu'un jugement soit rendu. Pourtant, la distance entre la vérité des faits et la vérité judiciaire n'est pas que le seul constat de l'impuissance du droit à reproduire fidèlement le monde²³ mais plutôt la marque, parfois oubliée, de sa sagesse, consistant à se contenter, au bout d'un certain temps, d'une reproduction plus ou moins vraisemblable et, par principe, toujours partielle, de la vérité. Les dossiers doivent se boucler et les délices de la procédure et des instructions cesser.

45. – Ce principe d'un lien paradoxal entre la procédure et le jugement ne résume d'ailleurs pas nécessairement tout l'office de la procédure. En effet, des conceptions renouvelées de la justice conduisent à admettre le principe de procédure sans jugement. Tout d'abord, on conçoit aujourd'hui que le jugement peut constituer non pas le terme de la procédure, mais son échec, parce qu'il signifie que l'office de conciliation du juge n'a pu être mené à bien.

46. – Plus encore, tous les modes alternatifs de règlement des litiges supposent que soient mises en place des procédures qui n'ont plus à subir la perspective du jugement mais qui ont leur utilité par leur propre capacité à rapprocher les parties pour produire un accord, dont la réalisation suppose précisément que leur litige ne soit pas tranché. Ainsi, lors des procédures de médiation que l'institution judiciaire cherche à favoriser et dans lesquelles elle est partie prenante²⁴, la procédure trouve sa fin dans le contrat et, à

22. « De l'économie de la justice », n° spéc., RID éco., 1999/2.

23. V. *supra* n° 18 et s.

24. V., par exemple, G. Canivet, entretien, *Petites affiches* 1998.

rebours, se contractualise à son tour. Petit à petit, la procédure prend le sens premier de l'arbitrage. Ainsi, l'institution atteint, par une procédure laissée presque à elle-même, son objectif d'apaisement, sans oublier le fait qu'elle se débarrasse de ce fait d'un nombre important de procès artificiels.

47. – Enfin, la procédure excède le litige entre les personnes et les intérêts de celles-ci lorsqu'elle met le procès en rapport avec les tiers, voire lorsqu'elle engage l'institution entière à l'égard de la société et des autres nations.

B. – *La procédure
dans son rapport aux tiers*

48. – On a eu tendance à distinguer nettement les procédures suivant les intérêts qu'elles mettent en scène, l'intérêt général pour la procédure pénale et sans doute le contentieux administratif, l'intérêt particulier pour la procédure civile. Dans ces conditions, le ministère public et le commissaire du gouvernement incarnaient l'intérêt de la société ou, suivant les théories, l'intérêt de la loi²⁵, ce qui permettait de représenter divers types d'intérêt dans le contentieux sans pour autant ouvrir le procès.

49. – Aujourd'hui, ces schémas ont perdu leur netteté et sans doute ne faut-il pas s'en attrister. En effet, l'importance grandissante, de gré ou de force, qu'on le regrette ou non, du juge dans les régulations sociales, interdit désormais que les procédures restent entre les murs du Palais²⁶. La justice est devenue poreuse aux tensions et aux passions extérieures. Nous devons déjà être satisfaits qu'elle arrive encore à les filtrer si elle ne peut plus les laisser à sa porte. Dès lors, les tiers pénètrent dans la procédure, qui cesse d'être renfermée sur les parties. Il peut s'agir de faire valoir des intérêts particuliers, par exemple lorsqu'un contrôleur participe activement à une procédure collective, ou de représenter des intérêts collectifs, lorsque des syndicats ou des associations s'en mêlent, ou d'enrichir le débat avec leur capacité d'expertise comme le font désormais de multiples autorités administratives. La procédure a alors pour nouvel office de faire de l'institution juridictionnelle le lieu cathartique des conflits sociaux qu'elle reproduit en petites lettres²⁷.

25. M.-L. Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, préf. R. Voin, LGDJ, 1967.

26. S. Guinchard, « Les moralistes au prétoire », *Mélanges J. Foyer*, PUF, 1997, p. 477 et s.

27. F. Zénati, « Le procès, lieu du social », in *Le procès*, préc., p. 239 et s.

50. – De cette façon, chaque procès engage l'institution tout entière et l'échec d'une procédure, parce qu'elle s'enlise ou parce qu'elle méconnaît les droits des parties ou parce qu'elle ne parvient pas à déboucher sur un jugement équitable, se répercute en cercles concentriques sur les équilibres sociaux.

51. – En outre, puisque la procédure prend de plus en plus une fonction politique, la bonne réalisation de son office engage l'État tout entier, dans son rapport avec le corps social et dans ses rapports avec les autres systèmes judiciaires. Cela accroît encore l'urgence d'une constitution d'un espace judiciaire dont le sommet européen de Tempere, les 15 et 16 octobre 1999, a esquissé les contours.