

Le souci de l'effectivité du droit.

1. — Le Conseil constitutionnel a rendu deux décisions *Statut de la Polynésie française* en date du 9 avril 1996, dont la doctrine a souligné la richesse (1). La décision n° 96-373 (JO 13 avr., p. 5724) se réfère à l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, selon lequel « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ». Le Conseil en déduit que, « en principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ».

2. — En l'espèce, la loi organique n° 96-312 examinée avait prévu un recours pour excès de pouvoir ouvert contre les actes pris en application des délibérations de l'assemblée de la Polynésie française. Mais le délai de quatre mois prenait son point de départ à la date de la délibération en cause. Ainsi, si les actes d'application étaient eux-mêmes pris plus de quatre mois après la délibération, le délai se trouvait forcé avant d'avoir été ouvert. On comprend que le Conseil constitutionnel ait réagi à cette aporie, constitutive d'un déni de justice.

3. — A cette occasion, qui ne sanctionne sans doute qu'une erreur de plume du législateur, le Conseil constitutionnel pose pour la première fois (2) un principe essentiel : la garantie des droits est assurée par un recours effectif au juge, faute de quoi il n'y a pas de Constitution. Cette décision est grosse de bouleversements fondamentaux pour le système juridique français. En effet, l'art. 16 de la Déclaration française des droits de l'homme n'avait jamais été évoqué concernant « la garantie des droits », le Conseil n'en ayant fait jusqu'ici usage que concernant « la séparation des pouvoirs » (3).

4. — Certes, le Conseil avait eu l'occasion d'affirmer le caractère constitutionnel de principes procéduraires, et notamment celui de l'accès à la justice (4), conférant à l'action la qualité de droit fondamental (5). Mais, jusqu'ici,

laissant de côté l'art. 16 de la Déclaration française des droits de l'homme malgré les suggestions doctrinales (6), soit l'existence d'un droit au recours était affirmée lorsque le droit substantiel en cause était lui-même de valeur constitutionnelle (7), soit il s'agissait de tirer conséquence du principe de légalité (8). Dans la décision du 9 avr. 1996, c'est au regard de l'effectivité des droits, et quelle que soit la nature de ceux-ci, que l'accès au juge est exigé.

Désormais, la protection constitutionnelle des droits subjectifs substantiels, par exemple le droit de propriété, le droit de créance, un droit de la personnalité, etc., tient à l'effectivité de l'accès au juge ; celui-ci est le garant des droits. En cela, cette sorte de droit à un tribunal (9) est porteur d'un droit au jugement, car on peut supposer qu'un recours n'est véritablement effectif que lorsque non seulement il peut être concrètement pratiqué, mais encore en ce qu'il aboutit à un jugement, car c'est celui-ci qui donne sens à l'action. Le lien entre droit au recours et droit au jugement est en train de s'opérer en droit européen (10). Le droit au juge ainsi constitutionnellement consacré contient le droit au jugement. Le juge est désormais de droit la clef de voûte du système juridique, puisqu'il est le maître de l'effectivité des droits et des lois.

5. — Si notre système juridique est en train de changer radicalement, c'est en effet par souci d'effectivité du droit. Le législateur ne peut que produire les instruments normatifs, à travers les lois, mais non les appliquer lui-même : il n'a pas le pouvoir de rendre effectives les règles qu'il édicte. Si l'on pose que le droit ne prend vie, c'est-à-dire n'existe, qu'à travers son application, le système juridique doit mettre en avant, d'une façon première, ce souci d'effectivité du droit. Par conséquent, il cesse nécessairement de reposer sur la loi pour se reconstruire à partir du jugement.

(1) *AJDA* 1996, p. 371, obs. O. Schrameck ; B. Mathieu et M. Verpeaux, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle* n° 14, *Petites affiches*, 4 sept. 1996, p. 7. Sur les lois elles-mêmes du 12 avr. 1996, V. A. Gruber, *Le statut d'autonomie de la Polynésie française*, *Petites affiches*, 5 juin 1996, p. 18 s.

(2) Le moyen avait déjà été examiné à travers la décision du 21 janv. 1994, *Urbanisme et construction*, mais le Conseil avait alors estimé qu'il manquait en fait (DC n° 93-335, *JO* 26 janv. 1994 ; *JCP* 1994, I, n° 3761, obs. E. Picard, n° 9 ; *Justices* 1995, n° 1, p. 204 s., obs. N. Molfessis).

(3) Décisions du 23 janv. 1987, *Conseil de la concurrence* (RD publ. 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet) et du 17 janv. 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (RD publ. 1989, p. 399, note L. Favoreu).

(4) M. Le Friant, « L'accès à la justice », in *Droits et libertés fondamentaux*, 3^e éd., Dalloz, 1996, p. 269 s.

(5) J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 23^e éd., Précis Dalloz, 1994, n° 52 s., p. 57 s. ; P. Terneyre, *Le droit constitution-*

nel au juge, *Petites affiches*, 1991, n° 145, p. 4 ; T. S. Renoux, *Le droit au recours juridictionnel*, *JCP* 1993, I, n° 3675 ; M. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1 s., spéc. n° 6 s., p. 6 s. — V. aussi B. Mathieu, *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme*, *D.* 1995, *Chron.* p. 211.

(6) P. Terneyre, préc. ; M. Bandrac, préc.

(7) Décis. 325 DC des 12-13 août 1993, *JO* 18 août, p. 11722, in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7^e éd., p. 854.

(8) Décis. du 25 févr. 1982, in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, préc., p. 499. V. N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse, Paris II, 1994, n° 296. Pour une perspective plus proche de l'idée d'un droit général et autonome, mais pour une application particulière, V. T. S. Renoux, *Le droit au juge naturel, droit fondamental*, *RID civ.* 1993, p. 33.

(9) P. Crocq, « Le droit à un tribunal impartial », in *Droits et libertés fondamentaux*, préc., p. 287 s.

(10) G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, in *Justices* 1996, n° 3 p. 230. — V. *infra*, n° 21 s.

6. — A travers la décision du Conseil constitutionnel, la procédure et les droits subjectifs processuels deviennent le fondement du système juridique. Ils en conditionnent la constitutionnalité. De simple doublure, le droit effectif d'agir en justice est devenu *prima donna*. Non seulement, il est constitutionnalisé, mais il est la condition de constitutionnalité de l'ensemble du système juridique. La montée en puissance du droit processuel d'action (I) atteste une conception de l'effectivité des droits qui transforme le système juridique français en système réaliste (II).

I. — La montée en puissance du droit processuel d'action.

7. — Le droit d'action cesse d'être résiduel (A). La puissance juridique qui lui est reconnue conduit nécessairement à imposer le juge comme figure première du système (B).

A. — La fin d'une conception du droit d'action comme droit résiduel.

8. — Le droit français classique s'exprime à travers le droit objectif : la loi est son langage. A côté de celui-ci, sont visés des droits subjectifs substantiels, c'est-à-dire des droits qui confèrent un pouvoir d'agir directement sur autrui et sur les choses. Le droit de propriété en est le parangon et le droit positif moderne s'est plu à les multiplier. Dans une conception formaliste et nominaliste du droit, ces deux éléments — droit objectif et droits subjectifs substantiels — vont de pair et suffisent.

9. — Ainsi, les droits mis en œuvre dans le cadre d'un procès, et principalement le droit d'action en justice, sont de second rang. Combien de fois n'a-t-on pas dit que la procédure était servante. La procédure est une matière auxiliaire et l'action en justice, qu'on a pu dire méconnue (11), n'est pas unanimement considérée comme constitutive d'un droit subjectif à part entière (12). Les titulaires d'un droit lésé peuvent accéder au juge, mais il s'agit là, au regard d'une conception pathologique du procès, d'un accident, qui signe le dysfonctionnement au cas particulier du système juridique.

10. — Le Conseil constitutionnel s'écarte de cette tradition. Il rejoint en cela une perspective plus européenne (13). Désormais, le droit d'action et l'effectivité de sa mise en œuvre à travers la demande en justice et le jugement obtenu fondent le système juridique. Par le visa de l'art. 16 de la Déclaration française des droits de l'homme, il est acquis que, faute de droit effectif d'action en justice, c'est-à-dire faute d'un jugement, le droit substantiel ne peut pas être garanti, ce qui signifie qu'il n'y a pas de Constitution, c'est-à-dire pas de système juridique fondé, c'est-à-dire pas de droit objectif légitime. Le juge tient donc le droit, dans son existence même, entre ses mains.

B. — La place première reconnue au juge.

11. — Dès lors, non seulement la place du droit d'action en justice cesse d'être résiduelle, mais, par voie de conséquence, celle du juge. Chacun souligne sa montée en puis-

sance par rapport au législateur, mais c'est principalement par rapport à l'administration qu'il convient ici de souligner sa primauté nouvelle.

Dans le système napoléonien, l'application de la loi était confiée à l'administration. Celle-ci assurait la mise en œuvre quotidienne et juste de la loi, tandis que le juge ne devait intervenir que pour son rétablissement en cas de violation. Plus encore, l'office du juge ne se concevait que pour le règlement des litiges entre personnes privées. Un contrôle de l'administration par un juge était superflu, car l'administration, appliquant la loi, ne pouvait conceptuellement la violer. Le contrôle interne, au moyen du contrôle hiérarchique, devait suffire.

12. — Même si nous sommes aujourd'hui assez éloignés de cette conception d'ensemble, on aurait encore pu concevoir, dans une conception idéaliste, que la garantie des droits exigée par l'art. 16 soit satisfaite par la seule effectivité de l'action administrative. En effet, le texte n'identifie pas le garant des droits. Le Conseil constitutionnel désigne celui-ci en la personne du juge. En exigeant un accès au juge, en l'espèce à un juge contrôlant des actes administratifs, il met celui-ci à une place nouvelle : l'agent ordinaire de l'application du droit et de l'effectivité des droits. Ainsi, les droits processuels deviennent les droits fondateurs d'un système juridique qui cesse de marginaliser le procès, d'un système juridique devenu de ce fait réaliste.

II. — La nouvelle logique réaliste du système juridique.

13. — Ce qui compte, ce sont les droits. Et les droits n'existent que s'ils sont effectifs. C'est pourquoi il n'existe de Constitution, c'est-à-dire qu'il n'y a, au sens propre, constitution juridique de la nation que si l'on peut effectivement saisir un juge afin d'obtenir un jugement. En posant cela, le Conseil transforme le système juridique français en le fondant sur le principe de pragmatisme (A). Il s'agit là d'une rupture conceptuelle avec le droit classique et d'un rapprochement technique avec le droit européen (B).

A. — La refondation du système juridique à travers le principe de pragmatisme.

14. — Dans un système formaliste prévalent les sources du droit et les rapports organisés entre elles. L'effet des règles édictées est indifférent à la normativité sur laquelle repose le droit. La théorie kelsénienne a favorisé grandement ce formalisme mais l'on peut penser que, dans ces conditions, inversant l'exigence de Portalis, les hommes concrets sont faits pour un droit abstrait et non le droit pour les hommes. Si l'on estime, comme vient de le faire le Conseil constitutionnel, que le système juridique repose sur le pouvoir effectif des personnes de saisir un juge pour obtenir l'application du droit et la reconnaissance de leurs droits, on abandonne cette perspective.

15. — Le premier souci du système devient alors l'effectivité du droit, c'est-à-dire son application juste aux faits qui constituent les situations juridiques. L'important réside dans les effets du droit, dans la capacité des règles à assurer la réalisation des prérogatives juridiques des individus. C'est pourquoi le principe d'effectivité des droits subjectifs, posé par le Conseil, permet de déduire le principe d'effectivité du droit objectif. Le système qui repose sur les effets des règles et non plus sur les sources des règles cesse d'être formaliste pour devenir pragmatique.

16. — La rupture est nette avec la tradition napoléonienne du droit, mais c'est pour retrouver l'esprit dans le-

(11) M. Bandrac, préc., p. 1. — V. cep., Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé - Introduction, notions fondamentales*, Sirey, 1961, n° 91, p. 94.

(12) Pour une présentation exhaustive de ces controverses doctrinales, V. J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 61 s., p. 65 s.

(13) J.-F. Flauss, *Le droit à un recours effectif*, *REDH* 1991, p. 324 ; *infra*, n° 21 s.

quel fut rédigée la Déclaration française des droits de l'homme. Celle-ci, fortement inspirée par la Déclaration américaine des droits de l'homme, acclimatée en France la tradition sensualiste anglo-saxonne, tradition issue de Locke, inspirateur direct du *Bill of rights* de 1688, et de Hume. Pour ce courant, l'élément premier est ce qui est ressenti concrètement par toute personne. Le point de départ ne peut donc être que l'individu et ses prérogatives (14) et non pas l'État et son droit. Cette philosophie concrète et individualiste est aujourd'hui retrouvée. Elle nous rapproche singulièrement du modèle anglo-saxon (15).

17. — Le droit gagne alors en puissance et en sujétion. En effet, d'une part, l'ensemble des prérogatives juridiques des personnes, et non pas seulement celles qui ont rang constitutionnel (16), constitue le fondement de l'organisation sociale, entraînant une juridicisation de la société maintes fois soulignée. Mais, d'autre part, toute règle et tout droit doivent être dotés d'effectivité, faute de quoi le droit, fondement de la société, s'effrite. Dès lors, il ne suffit plus de proclamer généreusement des droits et d'invoquer à la hâte des principes : il faut que le législateur se soucie de l'application de ses textes et que le juge se charge effectivement de leur respect. La charge est énorme. Elle devrait inciter le législateur à moins produire de textes, s'il ne suffit plus de les jeter au vent.

18. — D'ailleurs, les tentatives actuelles du Parlement pour organiser un certain suivi des lois procèdent de cette avancée du principe de pragmatisme. La volonté du Conseil d'État de donner pleine mesure au pouvoir du juge administratif de faire injonction au Premier ministre de prendre dans un délai raisonnable les décrets d'application indispensables à la mise en œuvre d'une loi (17) traduit le même souci. Mais les réformes procédurales des juridictions deviennent urgentes, si l'on entend désormais demander au juge d'assurer, dans un semblable délai, une protection effective des droits, par des jugements dont l'exécution doit pouvoir être obtenue.

19. — Concrètement, les qualités attendues du juge diffèrent profondément lorsque le système juridique devient pragmatique. En effet, dans un système formaliste et légaliste, le juge adéquat est celui qui opère les déductions qui s'imposent à partir des textes applicables ; l'aptitude à des raisonnements mathématiques suffit à première vue. Dans un système pragmatique, une certaine intuition, la connaissance des choses concrètes et l'expérience de situations analogues à celle soumise à l'appréciation du juge sont indispensables. Dès lors, comme dans le cas du juge des référés (18), le juge adéquat est celui qui appréhende le mieux les faits soumis, en choisissant parmi les instruments juridiques multiples qui sont à sa disposition ceux qui aboutissent à la solution préférable. Nous voilà singulièrement proches du droit européen et du droit anglais.

B. — *Le rapprochement du droit français avec les droits européens.*

20. — Le droit européen, qu'il soit communautaire ou non, se caractérise par la primauté qu'il accorde aux effets

(14) J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. Mazel, éd. S. Gouard-Fabre, Flammarion, 1992.

(15) V. *infra*, n° 24.

(16) V. *supra*, n° 4.

(17) CE, sect., 26 juill. 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, *RFDA adm.* 1996, p. 768, concl. C. Maugüé.

(18) J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche, Le juge des référés au regard des principes procéduraux, *D.* 1995, *Chron.* p. 67.

des règles. En droit communautaire, d'une façon générale, cela engendre des notions telles que « l'effet utile » ou « l'effet équivalent » et justifie la prévalence du raisonnement téléologique, lequel donne le sens d'une règle à partir de ses effets, de son but. En particulier, la Cour de justice des Communautés européennes pose en principe que doit exister un contrôle juridictionnel effectif afin que soit assurée la garantie des droits (19). Dans le droit européen non communautaire, la Cour européenne des droits de l'homme a construit, à partir de l'art. 6 de la Convention, un système presque complet, contraignant les États à permettre effectivement aux personnes de saisir une juridiction et d'obtenir un jugement efficace, c'est-à-dire notamment rendu dans un délai raisonnable (20). L'ensemble de ces principes est marqué par le principe systématique de pragmatisme.

21. — On peut à première vue approuver une évolution du système français qui nous rapproche du système européen dont nous sommes partie intégrante. En droit aussi, la construction européenne est à l'ordre du jour et si nous voulons échapper à un simple empilement des textes, c'est un système juridique européen harmonieux qui doit être pensé et construit sur un principe commun (21). En outre, l'attraction du moins efficace vers le plus efficace paraît naturelle.

22. — Certes, on peut craindre un enlèvement de la société dans un esprit contentieux, né de ces recours au juge devenus concrètement incessants. L'exemple américain a de quoi légitimement effrayer (22). Mais les excès du système américain paraissent notamment la conséquence du principe d'élection des juges, élection qui entraîne une propension des juridictions à accorder des dommages et intérêts démesurés aux justiciables électeurs.

23. — Dès l'instant que les juges français ne sont pas en principe élus, le rapprochement se fait plutôt avec le système anglais qui, tout à la fois, se construit sur le principe de pragmatisme et domine le flux contentieux, dont l'examen est confié à des juges expérimentés. Dès lors, si une réforme du choix des magistrats doit s'opérer, cela ne peut bien sûr aller dans le sens du clientélisme, quel qu'il soit, mais vers un recrutement « à l'anglaise » de personnalités reconnues et expérimentées, ayant exercé avec succès un autre métier, celui d'avocat notamment, ainsi que le rapport Terré l'avait préconisé (23).

William BARANES,
*Conseiller de Tribunal
administratif et de Cour
administrative d'appel.*

Marie-Anne FRISON-ROCHE,
Professeur des Facultés de droit.

(19) CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, *D.* 1986, *IR* p. 454, obs. L. Cartou.

(20) V. not. J.-C. Soyser et M. de Sàlvia, « Article 6 », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1995, p. 239 s. ; P. Crocq, « Le droit à un tribunal impartial » préc.

(21) V., par ailleurs, les perspectives de ce droit commun, et en dernier lieu, M. Delmas-Marty et P. Petit, *L'Europe, laboratoire d'un droit commun*, Textuel, 1996.

(22) L. Cadet, « Le spectre de la société contentieuse », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Mélanges G. Cornu*, PUF, 1994, p. 29 s. ; F. Terré, L'américanisme et le droit français, *Rev. phil. pol.* 1996, n° 7, p. 137 s.

(23) F. Terré, *Magistrats et avocats : formation, carrière, activité professionnelle*, Rapport au garde des Sceaux, Doc. fr., 1987, spéc. p. 99.