Mai 2024
ISSN 2E23-2739

REVUE DES LIBERTES FONDAMENTALES

PROCÉDURE CIVILE

La Procédure garantie-t-elle toujours les droits fondamentaux ?

Droit de la Preuve : doit-on accepter la preuve déloyale ?

DROIT CONSTITUTIONNEL

Le droit au recours comme garantie des droits fondamentaux

PROCEDURE PENALE

La procédure pénale française : une procédure inquisitoire ou accusatoire ?

ORDRE DES AVOCATS
BARREAU DE BORDEAUX

SOMMAIRE

LA PROCEDURE GARANTIE-T-ELLE TOUJOURS LES DROITS FONDAMENTAUX ?

LE DROIT AU RECOURS COMME GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX.

LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE, GARANTIE DE LA LOYAUTE DU DEBAT JUDICIAIRE, ET L'URGENCE DE LA LUTTE CONTRE LES VIOLENCES CONJUGALES

NULLITES PROCEDURALES : PROTECTION DES DROITS OU DENI DE JUSTICE ?

LA PROCEDURE PENALE EST-ELLE ACCUSATOIRE OU INQUISITOIRE ?

LA LOI DU 29 JUILLET 1881 : UNE LOI FONDAMENTALE GARANTISSANT LA LIBRE EXPRESSION, RÉGULIÈREMENT MALMENÉE.

LE SECRET DES INVESTIGATIONS ET LES DROITS DE LA DEFENSE.

DROIT DE LA PREUVE EN MATIERE CIVILE : RECEVABILITE DE LA PREUVE DELOYALE.

LA LENTE AGONIE DE L'EXPIATION PENALE DANS LE DROIT FRANCAIS

L'Avocat, le seul garant du Droit



ORDRE DES AVOCATS

BARREAU DE BORDEAUX

LA PROCEDURE GARANTIE-T-ELLE TOUJOURS LES DROITS FONDAMENTAUX ?

William LEMOINE
Juriste & Etudiant en Master à l'Institut catholique de Vendée

Les sources des droits fondamentaux au cours de ces dernières années n'ont cessé de se multiplier, notamment depuis le milieu du XXe siècle à la fin de la Seconde Guerre Mondiale. Ces droits sont présents à tous les niveaux de la hiérarchie des normes, tels que la loi, le droit européen et international, en particulier dans la Constitution de la Ve République, ainsi que dans le bloc de constitutionnalité depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 16 juillet 1971[1] .

Les droits fondamentaux ont progressivement irrigué toutes les branches du droit. La multiplication de ces droits à valeur constitutionnels, au regard du droit français, a amené une certaine division entre eux et une hiérarchisation s'est effectuée entre des droits de premier rang et de second rang. Le juge constitutionnel a consacré un renforcement de certains de ces droits qui bénéficie d'une protection plus élevée.

Quid de la distinction. Ces normes de premier rang représentent des droits fondamentaux considérés comme prééminents ils présentent différents caractères. Ils ne sont pas susceptibles d'être réglementé par le législateur que s'il s'emploie à renforcer leur garantie : décision de liberté d'association en 1971. Ces droits présentent un second caractère : « *la liberté est la règle, la restriction l'exception* »[2]. Le troisième caractère : l'uniformité d'application du statut et des conditions d'exercice de ces droits sur l'ensemble du territoire de la République. Le critère d'unification réside dans l'application de la jurisprudence Cliquet[3] anti-retour qui garantit le respect des situations acquises. Concrètement on retrouve ici le principe de liberté de conscience, de liberté de la presse ou des libertés individuelles, pour ne citer que ces exemples.

Les normes de second rang, quant à elles s'identifient essentiellement du fait qu'ils ne présentent ni le caractère d'être général, ni absolu qui leur ait conféré par la jurisprudence constitutionnelle. L'application de ces droits ne peut pas être uniforme sur l'ensemble du territoire. Ces droits cèdent en cas de conflit avec une norme de premier rang.

Suivant ce critère ni général ni absolu, ces droits recouvrent principalement des libertés économiques et des droits économiques et sociaux mais certaines libertés publiques stricto sensu sont malgré tout à considérer. Parmi les libertés économiques entre dans cette catégorie le droit de propriété dont l'exercice a pu être atténué par le recours à la technique de l'autorisation préalable, c'est notamment ce qui ressort du contentieux constitutionnel[4].

Parmi les droits économiques et sociaux sont concernés les droits syndicaux, droits qui ne peuvent porter atteinte à la continuité des services publics[5].

Les garanties apportées à la reconnaissance de règles à valeur constitutionnelle se caractérisent, à la différence des principes à valeur constitutionnels, par leur caractère plus précis. Elles sont destinées à fournir des garanties particulières au respect des principes dont elle découle. Leur utilité se vérifie sur le plan institutionnel d'une part et sur le plan des procédures.

D'une part sur le plan institutionnel cela se rattache au principe de l'indépendance des juridictions, l'existence de la juridiction administrative et le caractère spécifique de ses fonctions. Ce qui permet d'établir la continuité de la jurisprudence constitutionnelle entre la décision fondatrice dudit principe d'indépendance affirmé dans une décision du 22 Juillet 1981[6] et une décision ultérieure

---

[1] Conseil Constitutionnel, 16 juillet 1971, n° 71-44 D.
[2] Corneille, commissaire du gouvernement dans les conclusions de l'arrêt Baldy du Conseil d'état du 10 août 1917
[3] Conseil Constitutionnel, 11 octobre 1984, n° 84-181 DC.
[4] Conseil Constitutionnel, 26 juillet 1984, n° 84-172 DC.
[5] Conseil Constitutionnel, 25 juillet 1979, n°79-105 DC.
[6] Conseil Constitutionnel, 22 juillet 1980, n°80-199 DC.

érigeant au rang constitutionnel la compétence d'une réserve des juridictions administratives : dite conseil de la concurrence[7].

D'autre part sur le plan des procédures, on peut distinguer un socle de garanties qui a été donné au droit à la sûreté et au principe de la liberté individuelle. En effet, suivant la jurisprudence constitutionnelle toute mesure restrictive des libertés doit s'accompagner du respect des droits de la défense ce qui implique la règle du contradictoire dans la procédure administrative non contentieuse ce qui a amené à l'existence d'une garantie encore plus étendues en matière pénales comme le droit d'avoir un entretien avec son avocat. Toute mesure restrictive doit s'accompagner d'un droit au recours : droit d'agir en justice, droit d'obtenir l'annulation d'un acte administratif, le droit d'obtenir le sursis à l'exécution des mesures portant une atteinte grave à un droit et la possibilité d'un recours contre les personnes privées. Ces mesures doivent s'accompagner d'un contrôle exclusif à l'autorité judiciaire sur l'existence d'atteinte à la liberté individuelle : prononcé d'une condamnation, d'une peine privative de liberté avec un pouvoir d'appréciation laissé au seul juge pénal. Cela s'applique en cas d'atteinte à l'inviolabilité du domicile. Tout cela constitue le socle qui a été précisé au fur et à mesure par le Conseil constitutionnel.

Il y a également un socle de garantie propre au procès pénal qui se manifeste par un procès juste et équitable garantissant les droits des parties. A ce droit se raccrochent plusieurs règles : règle de la personnalité des peines et de la responsabilité personnelle que le législateur doit respecter, la règle de la présomption d'innocence, de la non-rétroactivité de la peine, la règle de l'application immédiate des lois prévoyant des peines plus douces.

Dans le contexte français, la question de savoir si la procédure judiciaire peut toujours garantir les droits fondamentaux est devenue un sujet de débat crucial. Bien que la France ait longtemps été considérée comme un défenseur des droits de l'homme, des préoccupations croissantes ont émergé quant à la capacité du système judiciaire à protéger efficacement ces droits dans un contexte en évolution.

Face à ce sujet de garantie des droits fondamentaux il convient d'étudier les garanties offertes par les textes (I) afin de comprendre que la véritable garantie se trouve dans les pouvoirs du juge (II).

I – LA GARANTIE PROCEDURALE DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LES TEXTES

Les bases des droits fondamentaux se trouvent dans les textes à valeur constitutionnel et internationaux, mais les garanties de ces droits eux se trouvent parfois oublié, la base de la garantie de ces droits étant le droit au recours à une instance et à un procès équitable (A) mais qui sont bien souvent conditionné par l'interprétation donné à la notion de droit fondamental (B).

A – Le droit au recours et à un procès équitable comme garantie des droits fondamentales

Le 10 décembre 1948, est adoptée la Déclaration Universelle des droits de l'Homme par l'Assemblée générale des Nations Unies. Ce texte n'est pas contraignant en France, il s'apparente plus à une proclamation de droit. Cela reste un texte intéressant pour notre développement et plus précisément l'article 8 : « *Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi* ».

Au sein de cet article 8, Olivier le Bot identifie trois niveaux d'exigence[8]. Tout d'abord il faut que la personne ait concrètement accès à un tribunal, c'est l'effectivité. Ensuite, le champ d'application de l'article, le contrôle des juridictions s'exerce sur les droits fondamentaux qui sont violés par un « acte ». L'absence de précision ici nous indique clairement qu'il peut s'agir de n'importe quel acte, qu'il provienne d'un autre citoyen ou d'une autorité administrative. Enfin, le dernier niveau c'est le contrôle, il doit être effectué par une instance juridictionnelle et par conséquent par un organe auxquels sont attachées les garanties légitimement attendues par son intervention.

[7] Conseil Constitutionnel, 23 janvier 1987, n°86-224 DC.

[8] Olivier LE BOT, « *Le droit au recours comme garantie des droits fondamentaux : l'article 8 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme* », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, 7 | 2009, 107-116.

À l'issue de la Seconde Guerre mondiale, la Déclaration visait principalement à établir une base morale pour les droits fondamentaux, reléguant ainsi les garanties de ces droits au second plan. Ce texte a le mérite d'exister et constitue toutefois un élément fondamental dans la protection des droits subjectifs au sein des systèmes judiciaire.

Au niveau européen, l'article 6 de Convention Européenne des Droits de l'Homme qui garantit le droit à un procès équitable constitue une pierre angulaire dans la garantie d'un procès équitable pour tous les individus sans distinction. Il est également possible de coupler cet article avec le suivant qui dispose qu'il ne peut avoir de peine sans loi. Ici il y a une véritable garantie pour la protection des droits fondamentaux. Toutefois ces garanties ne se limitent pas simplement à la protection des droits fondamentaux mais des droits de manière générale et il doit s'appliquer à toute nature de contentieux. A l'inverse de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, elle a une valeur contraignante en France. En cas de non-respect d'une des garanties procédurales offertes par ce texte le justiciable a un recours d'une part, devant les juridictions nationales de l'État membres, et d'autre part devant la Cour de Justice de l'Union Européenne. Il y a donc cette garantie d'un droit au recours devant les juridictions en cas d'atteinte aux droits fondamentaux.

Par conséquent, on peut distinguer une procédure contentieuse mettant en exergue une atteinte directe aux droits garantis par les textes, notamment le bloc de constitutionnalité, et une procédure de contrôle se distinguant par une atteinte à l'immuabilité des droits garantis.

B – Un champ d'application soumis à l'interprétation de la notion de droit fondamental

Les articles cités précédemment comme garanties des droits fondamentaux restent imprécis dans les droits qu'ils protègent, même s'ils instaurent, respectivement, un droit au recours et un droit à un procès équitable ils ne listent pas de manière exhaustive les droits qu'ils protègent. Cela est fait de manière volontaire afin de laisser un champ d'interprétation relativement libre et par conséquent un champ d'application à géométrie variable.

Deux interprétations sont alors possibles, d'un côté une vision large qui tend à protéger tous les droits subjectifs sans faire de distinction ou une hiérarchie entre eux et d'un autre côté limiter le nombre de droit protégé en fonction de leurs caractères.

En fonction de l'interprétation choisie, les droits et libertés fondamentaux seront plus ou moins garantis par la procédure. Il faut savoir qu'en France, le Conseil constitutionnel ainsi que les Hautes juridictions ont choisi une notion plus extensive des droits fondamentaux afin d'en garantir un maximum.

Toutefois cette vision extensive des droits fondamentaux présente un défaut majeur, en effet avec l'inflation des textes et une tendance à vouloir garantir un maximum la protection des droits fondamentaux par la multiplication des contrôles juridictionnels cela engendre une complexité du contentieux. Ces changements, sont en soi bénéfiques pour les droits garantis car ils sont de plus en plus nombreux mais cela suscite des opportunités de stratégie contentieuse où certains de ces droits vont entrer en collision. L'exemple le plus classique que l'on peut retrouver dans un contentieux c'est sur la liberté d'expression qui peut rentrer en conflit avec le droit à la vie privée lorsqu'un journal divulgue des informations relevant de l'intime pour une personnalité publique. Que faut-il privilégier alors la liberté d'expression ou le droit à la vie privée ? Ainsi, il faut adapter la notion de droit fondamental, car à la fin du litige, une décision sera prise et le juge aura décidé de privilégier un droit sur un autre. Avec le temps se dégagera alors une hiérarchie ou des critères permettant de garantir l'ensemble ou tout du moins une majorité des droits fondamentaux. Cela ne pourra pas se faire par les textes sinon les procédures offriront de moins en moins de garanties face à une multiplication de sources textuelles.

Ainsi, il est important de développer la notion de droit fondamental et de bien la cerner afin de comprendre quels droits sont garantis par les textes. Au regard de la multiplication de ces droits, des interprétations données par la doctrine ou la jurisprudence ainsi que l'absence concrète de critères objectifs pour définir les droits fondamentaux. De cette façon une grande partie de la garantie par la procédure des droits fondamentaux s'effectue par le

juge, dans son pouvoir d'interprétation, face aux approximations des textes.

II – LA GARANTIE PROCEDURALE DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LE JUGE

La figure du juge est devenue la plus importante dans la protection des droits fondamentaux. Par le passé la protection de ces droits revenait au législateur qui avait la légitimité du peuple. Le juge a connu un fort accroissement de ses capacités d'interprétation dans la protection des droits fondamentaux (A) avant d'aujourd'hui voir son pouvoir décliner petit à petit (B).

A - Un fort accroissement du pouvoir jurisprudentiel dans la garantie des droits fondamentaux par son pouvoir d'interprétation

En France, au fil du temps le Conseil constitutionnel a étendu et interprété sa fonction de contrôle de la conformité des lois à la constitution puis au bloc de constitutionnalité. On peut identifier plusieurs facteurs à cela déjà identifié précédemment. Tout d'abord l'imprécision des textes portant les droits fondamentaux liés au caractère solennel de ces textes qui se veulent très larges et généraux. Encore une fois la contradiction entre certains droits notamment entre les libertés autonomes qui sont posées par la déclaration de 1789 et un certain nombre de droits sociaux ajouté par le préambule de 1946.

Le Conseil constitutionnel a eu recours à des méthodes d'appréciation qui présentent un certain nombre de particularités pour surmonter toutes les difficultés liées à ces différents facteurs. La technique de conformité sous réserve, aussi connue sous le nom de réserve d'interprétation, permet au juge constitutionnel de déclarer les dispositions d'une loi conformes à la Constitution, mais avec certaines réserves, au lieu de les déclarer non conformes. C'est une technique qui a été utilisée par le conseil constitutionnel à partir de 1981. Le juge constitutionnel avait validé des dispositions de la loi dites sécurité et libertés relatives au contrôle de liberté et d'identité sous réserve d'interprétation, comme lors des décisions des 19 et 20 janvier 1981[9].

Ainsi, le juge a pu se constituer comme garant des droits fondamentaux et en les élargissant par les pouvoirs qui lui ont été confiés tout en respectant la procédure. Au risque de voir ici une confusion entre le pouvoir juridictionnel et normatif, cependant le juge n'a pas créé de droits fondamentaux il les a simplement identifiés et éclairés sous l'égide l'article 6 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et en toute indépendance et impartialité.

Ces deux derniers critères sont pour l'essentiel les garanties procédurales que le juge peut apporter non seulement dans la sauvegarde des droits fondamentaux mais dans tout procès de manière générale. Toutefois, les pouvoirs du juge sont de plus en plus limités dans la sauvegarde des droits fondamentaux du fait du manque de personnel et d'un flux exponentiel de procédures. En effet, le juge ne peut plus être totalement indépendant il est fortement soumis à la pression sociale tel cela été le cas en à partir de 2013 dans le cadre de l'affaire Tony Meilhon.

B – Un déclin des pouvoirs du juges dans la protection des droits fondamentaux

Comme évoqué précédemment, en France, le juge a historiquement joué un rôle central dans la protection des droits fondamentaux, notamment à travers le contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel et l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, au fil du temps, il existe des arguments selon lesquels le juge aurait perdu certains pouvoirs dans ce domaine, notamment en raison de diverses réformes législatives et politiques.

Tout d'abord, des critiques ont été formulées concernant le contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel. Certains estiment que le Conseil peut parfois être perçu comme politisé, car ses membres sont nommés par différents organes politiques, ce qui pourrait compromettre son indépendance et sa capacité à exercer un contrôle rigoureux sur la conformité des lois à la Constitution.

En outre, des réformes récentes du système judiciaire français ont soulevé des inquiétudes quant à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Par exemple, la réorganisation des juridictions et la centralisation de certaines décisions

[9] Conseil Constitutionnel, 20 janvier 1981, n°80-125 DC.

administratives pourraient potentiellement réduire l'autonomie des juges dans l'exercice de leurs fonctions, ce qui pourrait avoir un impact sur leur capacité à protéger efficacement les droits fondamentaux.

Par ailleurs, certaines mesures législatives adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée pourraient également restreindre les droits individuels, limitant ainsi la marge de manœuvre des juges pour garantir une protection adéquate des droits fondamentaux. Ces lois accordent parfois des pouvoirs accrus aux autorités administratives, ce qui pourrait affaiblir le rôle des tribunaux dans la protection des libertés individuelles.

Enfin, certains observateurs ont exprimé des préoccupations concernant l'application effective des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme en France. Bien que les arrêts de la Cour soient contraignants, il peut y avoir des retards ou des difficultés dans leur mise en œuvre, ce qui pourrait affaiblir l'efficacité du système de protection des droits fondamentaux en France.

Par conséquent, bien que le juge conserve un rôle crucial dans la protection des droits fondamentaux en France, il existe des préoccupations concernant les limites de son pouvoir et son indépendance face à certaines évolutions législatives et politiques. De fait il ne peut pas garantir les droits fondamentaux par la procédure.

En pratique même si la procédure le permet les droits fondamentaux ne sont pas toujours garantis. C'est notamment le cas en comparution immédiate, les procès peuvent être jugés en quelque minutes du fait de leur « simplicité » et des personnes sont envoyés en prison, généralement en maison d'arrêt du fait de la courte peine mais cela conduit à une surpopulation pouvant aller jusqu'à 300%, à Mayotte ou entre 200% et 250% à Gradignan évalué comme une des pires prisons de la métropole. La France a déjà été condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme et encore une fois en juillet 2023[10] en raison des conditions indignes de détention.

Cette surpopulation carcérale peut s'expliquer par la pression sociale mais également par le manque de personnel au sein des instances judicaires ce qui ne permet pas de traiter correctement le flux des nouvelles procédures de plus en plus nombreuses. Dès lors le juge a son tour ne peut plus garantir, grâce à la procédure, les droits fondamentaux.

William LEMOINE



[10] Cour Européenne des Droits de l'Homme, 6 juillet 2023, B.M. et a. c/ France, n° 84187/17

Jeudi 6
JUIN
2024
09:00-16:00

LES ENTRETIENS DE LA CONSTRUCTION



L'incidence des travaux avant, pendant et après l'expertise judiciaire

Pôle Culturel Auguste Escoffier
Villeneuve Loubet (06270)

Association des Avocats
Practiciens du Droit
de la Constructions des Alpes Maritimes

cnejv

LE DROIT AU RECOURS COMME GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX

Maîtres Marion VERGNE & Christophe D. FABRE
Avocats au Barreau de Paris,
Enseignants à Sciences Po Paris

Dans sa célèbre décision *Golder*[11] la Cour européenne des droits de l'homme avait démontré le lien inextricable entre les moyens et les fins, entre la procédure et la substance des droits : « *on ne comprendrait pas que l'art 6§1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge* ». Le droit au recours se donne comme condition *sine qua non* de la reconnaissance des droits fondamentaux tant procéduraux que substantiels.

L'actualité immédiate rappelle l'importance du droit au recours comme garantie de l'État de droit et notamment sa protection en droit européen et international. En effet, la loi britannique intitulée *Safety of Rwanda Act*, promulguée le 25 avril 2024 soulève nombre d'inquiétudes en ce qu'elle interdit aux juges britanniques de se fonder sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et d'interpréter la loi anglaise pour la rendre compatible avec les obligations de la convention ou encore d'obéir à une décision de mesure provisoire décidée à Strasbourg. Cette loi proscrit également la prise en considération de tout recours fondé sur le principe de non-refoulement. Par un mouvement de reflux discutable, le législateur anglais intime à ses juges de passer sous silence les conséquences juridiques de ses engagements internationaux.

Le droit au recours se donne comme « *le droit de toute personne de pouvoir contester une mesure prise à son encontre, devant une instance investie du pouvoir de réformation de cette mesure et/ou de réparation des conséquences dommageables*[12]».

Ainsi défini, le droit au recours recouvre une réalité plus large que celle du droit d'accès au juge qui n'en est qu'une composante. En effet, le droit au recours englobe le recours administratif, gracieux ou hiérarchique, sans revêtir de nature juridictionnelle. Le droit d'accès à un tribunal, quant à lui, désigne : « *le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits*[13] ».

Tandis que le premier est protégé par l'article 13 et bénéficie d'une large sphère d'application, le second est inféré des composantes du droit au procès équitable au fondement de l'article 6§1.

À l'instar de sa protection en droit américain, britannique, eu égard à son rôle de véhicule de la protection des droits fondamentaux, le droit au recours est consacré par les normes suprêmes.

En droit anglais, la House of lords, Cour suprême du Royaume-Uni jusqu'en 2009, combattait la limitation législative du droit au juge par une présomption contre la limitation du contrôle juridictionnel[14]. De même, la jurisprudence interprète-telle limitativement les « *finality clauses*[15] », considérant que si elles peuvent faire échec à la voie de réformation au fond qu'est l'appel, elles ne sauraient exclure le contrôle de légalité. De même les *no certioari clauses* ou les *ouster clauses*[16] sont condamnées par la House of Lords, laquelle étend la possibilité du *judicial review* par un contrôle entier de l'erreur de droit[17].

En droit américain, le recours à un tribunal en matière civile et administrative est protégé par le 7ème amendement proclamant le droit à un jury. Ce droit fut étendu à toutes questions de nature civile, et même si la protection en droit fédéral de cet amendement n'a pas été obligatoirement intégrée à tous les États fédérés, nombre de ceux-ci, volontairement, intégrèrent cette protection dans leur constitution. Il en résulte un droit de valeur

[11] Golder c/ Royaume-Uni du 21 février 1975, série A, n°58
[12] E. Zoller, Droit constitutionnel,Puf, 2E ed. 1999 n°299.
[13] L. Favoreu, T. Renoux, « *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs* », in Rep contentieux administratif, Sirey 1992.
[14] R. on the application of Jackson v. attorney general (2005) UKHL 56
[15] Dispositions législatives déclarant inattaquables les actes des autorités administratives
[16] Dispositions législatives générales excluant tout recours juridictionnel
[17] UKHL Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission (1969) 2 AC 147.

constitutionnelle en matière civile. En matière pénale, ce droit constitutionnel est protégé par le 6ème amendement. Presque toutes les protections de celui-ci en droit fédéral furent « incorporées » et ainsi rendues applicables en droit des États fédérés. Même en circonstances exceptionnelles, le droit au recours est protégé. En effet, par l'arrêt Boumediene[18], la Cour suprême, jugea que les détenus de Guantanamo, même non-citoyens américains, avaient un droit au recours effectif fondé directement sur l'*habeas corpus* de la constitution de 1787.

En droit du conseil de l'Europe, le droit au recours se fait obligation positive incombant aux États, devant un organe juridictionnel voire non-juridictionnel pourvu que les garanties d'indépendance, d'impartialité et procédurales soient remplies. Il est autonome, c'est-à-dire non lié à l'invocation de la violation d'un autre droit substantiel prévu par la Convention.

Dans tous systèmes juridiques, le droit au recours se donne comme un moyen procédural afin de délimiter l'existence et l'étendue de droits substantiels. Quelle importance revêt-il en droit français, nourri de droit européen ? S'accommode-t-il de limites ? Jusqu'où les admettre afin de ne pas atteindre l'essence même du droit ?

Si le droit au recours est un préalable nécessaire à la reconnaissance de ces droits fondamentaux, il convient d'envisager la consécration du droit au recours (I) avant de jauger ses possibles tempéraments (II).

I. UN DROIT AU RECOURS CONSACRÉ

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dont l'universalisme a longtemps valu à la France son titre honorifique de Patrie des droits de l'homme est pendant plus d'un siècle demeurée une déclaration de principe sans application, ni reconnaissance effective en droit français.

Le droit interne ne reconnaissait les droits fondamentaux qu'aux travers de libertés publiques qui pouvaient selon l'atteinte qu'elles portaient à la souveraineté de l'État être fortement encadrées ; la volonté du législateur étant considérée comme l'expression la plus pure de la volonté des citoyens ne devant souffrir d'aucun contrôle.

Il a fallu attendre la fin de la seconde guerre mondiale pour que naisse un mouvement de reconnaissance internationale des libertés fondamentales parmi lesquelles l'existence et la nécessité d'un droit au recours s'est progressivement imposées au point de devenir une des pierres angulaires de notre système juridique.

La reconnaissance de ce droit s'est faite sous la double impulsion du juge européen et du juge national. Initialement conçu comme un simple garde-fou des autres libertés fondamentales, il est aujourd'hui devenu un droit fondamental autonome à part entière (A) dont le respect et l'effectivité sont des gageures de l'État de droit (B).

A. Le droit au recours : un droit fondamental à part entière

Dans le mouvement d'internationalisation des droits de l'homme qui s'est initié à la fin de la seconde guerre mondiale le droit au recours a été inclus dans toutes les déclarations de des droits fondamentaux.

Néanmoins il s'entend, alors, pour les États parties comme un accessoire, nécessaire à la mise œuvre de ces droits mais non comme un droit à part entière.

En effet, l'article 8 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est ainsi rédigé : « *Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi* ».

De la même façon, l'article 2 §3 a du pacte international des droits civils et politiques stipule que les États parties s'engagent à : « *garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ».

Enfin, l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rappelle le principe selon lequel : « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des*

[18] Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008)

personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

Dans tous ces textes le droit au recours est subordonné à la violation d'un droit fondamental si bien que rappelant la jurisprudence de la Commission des droits de l'homme, le professeur Sudre explique, au sujet de l'article 13, que « *Cette disposition énonce moins un droit subjectif propre qu'un mode de sauvegarde des droits consacrés par la Convention"*[19]

Vu sous ce prisme, le droit au recours aurait dû demeurer un simple instrument juridique. Tel ne fut néanmoins pas le cas et tant la jurisprudence européenne que le droit interne ont érigé ce droit au rang des autres libertés fondamentales.

1. Une consécration européenne

C'est à la Cour européenne des droits de l'homme que l'on doit l'émancipation du droit au recours de son interprétation stricte, pour en faire un droit autonome et aujourd'hui une liberté fondamentale à part entière. Ainsi dès 1978, la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Klass contre Allemagne décide pour la première fois, d'examiner la question du droit au recours en l'absence de toute violation de la convention.

Elle souligne en effet que : « *nul ne peut en établir une violation devant une "instance nationale" s'il n'est pas d'abord à même de saisir une telle "instance". Comme l'a dit la minorité de la Commission, on ne peut donc subordonner le jeu de l'article 13 (art. 13) à la condition que la Convention soit vraiment violée* » et en conclut que « *Il faut ainsi l'interpréter comme garantissant un "recours effectif devant une instance nationale" à quiconque allègue une violation de ses droits et libertés protégés par la Convention »*[20].

Cette décision marque un premier tournant dans l'appréhension juridique du droit au recours puisqu'auparavant seule la preuve d'une violation d'un droit fondamental justifiait que l'on puisse se plaindre d'une atteinte à ce droit. Or cette preuve n'apparait plus nécessaire et la simple évocation d'une violation avérée ou non suffit pour que la question de l'existence d'un droit au recours puisse être examinée.

Néanmoins cette décision n'a pas, à elle seule, permis de donner ses lettres de noblesse au droit au recours tels que défini par l'article 13 de la Convention. Ce dernier demeura encore pendant deux décennies un parent pauvre des libertés fondamentales, droit accessoire invoqué subsidiairement à défaut de preuve d'une autre violation.

En effet, l'examen de la jurisprudence de la Cour montre que l'article 13 était toujours examiné très subsidiairement, le constat d'une violation des articles 5 ou 6 suffisant, par exemple, pour ne pas évoquer les questions soulevées sur le fondement de l'article 13.

C'est à compter du 26 octobre 2000[21] que la Cour dans son arrêt Kudla c/ Pologne opéra un revirement de jurisprudence, inscrivant enfin l'examen de l'existence d'un droit au recours effectif comme une nécessité à part entière.

Dans cette affaire où elle constate l'existence d'une violation de l'article 6§1 relative au délai déraisonnable de traitement d'une affaire, la Cour européenne des droits de l'homme accepte, pour la première fois, d'examiner également la question de la violation de l'article 13 posée par le requérant.

Il s'agit là d'une petite révolution puisque jusqu'à présent, elle considérait les garanties énoncées du procès équitable plus « *strictes que celles de l'article 13 qui se trouvent absorbées par elles* »[22] et jugeait de fait inutile d'examiner un tel grief.

Ce revirement, avant tout mu par le pragmatisme de la Cour submergée par un nombre toujours plus croissant de requêtes fondées sur la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable, confère enfin au droit au recours une autonomie propre des autres droits de la convention.

La violation du droit au recours doit donc être examinée en tant que telle quand bien même le juge européen aurait constaté la violation d'autres droits procéduraux

Ce faisant, la Cour s'arroge le droit de s'assurer qu'il existe en droit interne des recours suffisants permettant la protection des droits fondamentaux, mais surtout d'imposer la création de tels recours aux États parties

Rappelant ainsi que sa propre juridiction n'intervient qu'à titre subsidiaire et après épuisement des procédures internes, la Cour, en modifiant sa jurisprudence, a renforcé la protection effective du droit au recours, forçant les

[19] Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Puf, 14e édition, 2019, janvier, p.671

[20] Arrêt Klass et al. c/ Allemagne, 6 septembre 1978, (n°5029/71) §64

[21] Arrêt Grande Chambre, Kudla c/ Pologne, n °30210/96, 26 octobre 2000

[22] *Ibidem*, §146

États parties à mettre en place des systèmes de protection des droits.

A cet égard, le texte de la convention offre une large marge de manœuvre aux États parties, le recours pouvant ne pas être de nature juridictionnelle ; la Cour exigeant seulement la possibilité pour le requérant de pouvoir contester toute décision qui porterait une atteinte à ses droits fondamentaux et contre laquelle il justifierait d'un grief défendable.

Ce faisant, la Cour reconnait implicitement au droit au recours un statut identique aux autres droit fondamentaux puisqu'il doit, comme eux bénéficier d'une protection à part entière. Il s'impose, en outre, aux États parties et doit être garantie par eux à la fois comme correcteur et protecteur des violations des autres droits fondamentaux.

Cette reconnaissance du caractère central du droit au recours n'est pas l'apanage de la seule Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour de justice de l'Union européenne a elle aussi contribué au développement de la notion et à ce que l'on pourrait qualifier de « fondamentalisation » du droit au recours.

De la même façon qu'elle a inscrit dans sa jurisprudence la protection des libertés fondamentales, la Cour de Justice de l'Union Européenne (*ci-après CJUE*) a estimé nécessaire de garantir l'existence de voies recours en droit interne des États membres pour assurer la pleine application du droit de l'Union.

Dès 1986, elle a jugé dans son arrêt Marguerite Johnston que : « *les Etats membres sont tenus de prendre des mesures qui soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive et de faire en sorte que les droits ainsi conférés puissent être effectivement invoques devant les tribunaux nationaux par les personnes concernées. 18 Le contrôle juridictionnel imposé par cet article est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres.* ».

Pour conforter sa position, elle se prévaut d'ailleurs des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'hommes et des libertés fondamentales, considérant à cet égard qu'ils ne sont pas subsidiaires le second du premier mais bien complémentaires l'un de l'autre.

Elle a, en outre, progressivement fait évoluer le droit au recours d'une conception objective à une conception subjectivisée de la notion représentée par un « *droit à une protection juridictionnelle effective* »[23] dont l'existence même est inhérente à celle d'un Etat de droit »[24].

S'appuyant désormais sur les textes de droit primaire que sont l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 19 du Traité de l'Union européenne à la rédaction desquels elle a implicitement contribué, la CJUE juge de manière constante que : « *le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH, ce principe ayant d'ailleurs été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1) (voir arrêt du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, point 37).* »[25].

En érigeant et en consacrant le droit au recours comme principe fondamental, les cours européennes ont contribué tant à sa reconnaissance qu'à sa consécration en droit interne.

2. L'application en droit interne

La notion de droit au recours n'est pas née en droit interne sous la seule impulsion du droit européen. Au contraire, la notion est plus ancienne et l'on pourrait bien la faire remonter à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Si cette déclaration, au contraire de ses petites-filles de droit international, ne mentionne pas explicitement la notion de droit au recours, sa garantie implicite y est consacrée puisque l'article 16 dispose que : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

En effet, le droit au recours est le meilleur moyen d'assurer la garantie des droits et s'inscrit de fait au cœur de la notion de garantie des droits.

Il a néanmoins fallu attendre les années 1990 pour le juge constitutionnel français s'autorise à évoquer la notion de droit de recours et à faire le lien entre cette notion et l'article 16.

---

[23] Hélène Gaudin, « *La contribution du juge de l'Union européenne au développement de recours effectifs protégeant les libertés* », Civitas Europa 2022/2 (n°49) p. 323 à 335

[24] Cour de Justice de l'Union Européenne, Grande Chambre, 6 octobre 2015, Schrems, C-362/14, pt 95

[25] Cour de Justice de l'Union Européenne, Grande Chambre, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat, C-402/05P et C-415/05 P, pt 335

En effet, par une décision du 9 avril 1996, le Conseil indique très explicitement que : « *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » [26]

Depuis lors, le conseil constitutionnel n'a eu de cesse dans sa jurisprudence tant dans le cadre de son contrôle *a priori* qu'*a posteriori* de la loi française, le droit au recours effectif est un principe de valeur constitutionnelle dont la garantie doit être assurée.

De la même façon, le juge administratif n'a pas attendu le juge européen pour évoquer le droit au recours et son importance.

Ainsi en 1950, il « *érige le recours pour excès de pouvoir en garantie de la légalité* [27] dans son arrêt Dame Lamotte et depuis n'a eu de cesse depuis de développer la notion de droit au recours, dont il reconnait clairement aujourd'hui qu'il est protégé aussi bien par la Constitution que par les conventions internationales.

Il n'en demeure pas moins que c'est sous l'impulsion du droit européen que la notion de droit au recours a véritablement pris son essor en droit français et que tant le législateur que les juges administratifs et judiciaires ont été contraints de s'assurer de l'existence de tels recours.

On peut à cet égard citer à titre d'exemple la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence qui opère une importante réforme de la justice pénale notamment afin de la mettre en conformité avec les normes européennes[28].

Au titre de cette mise en conformité avec le droit européen figure notamment de la création de nouvelles voies de recours telles que la cour d'assises d'appel, la juridictionnalisation de la procédure de mise en liberté conditionnelle qui non seulement offre au condamné le recours à un avocat mais lui permet également de contester la décision de refus qui lui serait opposée.

C'est cette même loi qui, par ailleurs, crée le juge de la liberté et de la détention ne confiant ainsi plus au seul juge d'instruction le pouvoir de placement en détention provisoire mais à un juge distinct devant lequel doit s'instaurer un véritable débat contradictoire dans le cadre duquel le mis en examen se voit accorder un délai pour préparer sa défense et offrir une voie de recours en cas de décision défavorable.

Dans la même veine, la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 instaure les procédures d'urgence devant le juge administratif et plus particulièrement le référé libertés qui permet au juge de prendre toute mesure d'urgence pour permettre la sauvegarde d'une liberté lorsqu'il y est porté une atteinte grave et manifestement illégale.

Il ne s'agit là que de quelques exemples significatifs d'une volonté de mise en conformité, mais depuis la jurisprudence européenne n'a eu de cesse d'impulser des réformes et adaptations des voies de recours afin d'assurer une meilleure protection des libertés fondamentales.

Néanmoins la simple mise en place d'une voie de recours ne saurait être considérée comme suffisante pour garantir tant l'applicabilité en droit interne du droit au recours que la garantie des autres libertés qu'il soutent.

Droit fondamental, le droit au recours n'a de tangibilité que s'il est effectif.

B.- L'effectivité du droit au recours

Pour être efficace, un recours doit être effectif. La Cour européenne des droits de l'homme s'est tout particulièrement attachée au contrôle de cette effectivité.

1. Les critères de l'effectivité

En effet, si en vertu du principe de subsidiarité, elle a usé de l'article 13 pour remettre les instances nationales au cœur du contrôle de l'application des droits fondamentaux, la Cour européenne des droits de l'homme n'en a pas moins conservé un droit de regard sur les recours proposé et n'hésite pas à sanctionner les États parties dès lors que ledit recours n'offre pas des garanties suffisantes au justiciable.

Au fur et à mesure de sa jurisprudence, elle a élaboré les critères et les contours de cette effectivité, allant toujours plus au cœur du recours proposé afin de s'assurer de la possibilité de sanction d'une éventuelle violation.

Le premier d'entre eux est le critère *d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié* »[29]. A cet égard la Cour a défini le grief défendable comme celui qui n'est *pas manifestement mal fondé et qu'il nécessite un examen au fond* » [30]

Elle rappelle aussi que si cette effectivité ne dépend pas d'une

---

[26] Conseil Constitutionnel, 9 avril 1996, DC n°96-373

[27] Conseil d'Etat, Assemblée, 17 février 1950, p.367 GAJA, 24e édition n°55

[28] https://www.vie-publique.fr/eclairage/37922-la-loi-sur-la-presomption-dinnocence-du-15-juin-2000

[29] Arrêt Kudla précité

[30] Çelik et İmret c. Turquie, 26 octobre 2004, n°44093/98, § 57,

issue favorable pour le requérant, elle s'attache à contrôler les pouvoirs et garanties procédurales que présente ledit recours. Mais surtout ce recours se doit d'être effectif en pratique comme en droit et ne peut être en aucune façon être totalement dépendant des autorités de l'Etat ou inaccessible à l'intéressé [31]

La Cour juge, en outre, qu'il doit être « *prêté une attention particulière à la rapidité du recours lui-même puisqu'il n'est pas exclu que la durée excessive d'un recours le rende inadéquat*[32].

En réalité les critères sont multiples et dépendent du droit qui doit être protégé par le recours. « *L'exigence d'effectivité est d'autant plus forte que qu'un droit intangible est en cause* »[33].

Il s'agit là de contraindre les Etats à non seulement mettre en place de véritables voies de recours devant lesquelles les violations des libertés puissent être invoquées mais à s'assurer que ces voies fonctionnent et permettent le cas échéant la sanction des violations constatées.

C'est ainsi notamment que sous l'impulsion du juge européen, aussi bien le juge judiciaire français que le juge administratif ont été contraints de revoir leur jurisprudence en matière d'engagement de la responsabilité de l'Etat notamment en cas de délai de procédure déraisonnable et ce pour garantir l'existence d'un recours effectif.

2. L'intégration dans l'ordre interne

En effet, bien qu'existant en droit français les voies de recours en responsabilité de l'état étaient jugées par la Cour comme non constitutive d'une voie de recours à épuiser en raison du caractère très restrictif de leur mise en œuvre, la Cour écartant le plus souvent l'exception d'incompétence soulevée par le Gouvernement pour défaut d'action sur ce fondement[34].

C'est ainsi que la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence de sorte à permettre une appréciation plus extensive du recours en responsabilité de l'Etat définissant désormais la faute lourde engageant l'Etat comme : « *toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* »[35].

De la même façon, le Conseil d'état a été contraint d'abandonner sa jurisprudence Darmont et d'assouplir sa position en ce qui concerne les dysfonctionnements des services de la justice administrative, considérant désormais que : « *lorsque la méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement leur a causé un préjudice, ils peuvent obtenir la réparation du dommage ainsi causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice* »[36].

En matière d'éloignement des étrangers, la Cour conclu dans un arrêt De Souza Ribeiro c/ France à la violation combinée de l'article 13 et de l'article 8 de la Convention au motif que la mise en œuvre d'une procédure « *d'après des modalités rapides, voire expéditives*[37] » n'a pas permis au requérant « *d'obtenir, avant son éloignement, un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates de la légalité de la mesure litigieuse par une instance interne* »[38].

Plus récemment encore, la Cour est venue en matière de détention affiner les critères du recours effectif en sanctionnant la France sur le fondement de l'article 13 et de l'article 3 combinés.

En l'espèce, des détenus se plaignaient de leurs conditions de détention au sein de la prison de Fresnes dont ils estimaient qu'elles entraient en violation avec les garanties de l'article 3 de la Convention. Ils indiquaient, en outre, que les procédures de référés administratif n'auraient pas été constitutives d'un recours préventif au sens de la Convention

Avant de se prononcer sur l'existence ou non de la dire violation, la Cour prend notamment le soin de rappeler le cadre de l'appréciation de l'effectivité du recours en matière détention et d'allégation d'une violation de l'article 3, déjà dégagé dans une jurisprudence antérieure.[39]

Parmi ces garanties dans l'appréciation du droit au recours figurent la nécessité pour le recours de la cessation de la violation de l'article 3, à tout le moins une amélioration des conditions de détention ; de pouvoir mettre fin à la détention, de s'assurer que les autorités concernées assurent un redressement approprié de la situation.

---

[31] Çakıcı c. Turquie, Grande Chambre, n°23657, §112

[32] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Doran c/ Irlande, 31 juillet 2003, n°50389/99, § 57

[33] Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Puf, 14e édition, 2019, janvier, p.678

[34] Cour Européenne des Droits de l'Homme Vernillo c/ France, 20 février 1991, n°11889/85, §27

[35] Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 23 février 2001, n°99-16165

[36] Conseil d'Etat, Assemblée, 28 juin 2002, n°239575

[37] Cour Européenne des Droits de l'Homme, De Souza Ribeiro c/ France, 13 décembre 2012, n°22689/07

[38] *Ibidem*, §96

[39] Cour Européenne des Droits de l'Homme, J.M.B. et autres c/France, 30 janvier 2020, n°9671/15, §§ 220 et 221

A l'aune de ces critères, elle juge ainsi que : « *si le référé-liberté semble offrir un cadre juridique théorique solide pour juger d'atteintes graves aux droits des détenus », il ne peut être considéré comme le recours préventif qu'exige la Cour, pour les raisons qui viennent d'être exposées.* » et souligne qu'« *il n'a pas été démontré que les voies de recours préventives indiquées par le Gouvernement sont effectives en pratique, c'est-à-dire susceptibles d'empêcher la continuation de la violation alléguée et d'assurer aux requérants une amélioration de leurs conditions matérielles de détention* ». Il s'en déduit que le recours ne doit pas rester purement théorique mais doit avoir un impact correctif sur les violations constatées.

Prenant acte des impératifs soulevés par le juge européen, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juillet 2000[40], modifie drastiquement sa jurisprudence sur les voies de recours en matière de détention.

Elle rappelle ainsi aux juges de l'ordre judiciaire qu'à défaut de voie de recours effective en droit administratif c'est au juge judiciaire que revenait « *l'obligation de garantir à la personne placée dans des conditions indignes de détention un recours préventif et effectif permettant d'empêcher la continuation de la violation de l'article 3 de la Convention* ».

Elle souligne en outre qu'« *en tant que gardien de la liberté individuelle, il lui incombe de veiller à ce que la détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans des conditions respectant la dignité des personnes et de s'assurer que cette privation de liberté est exempte de tout traitement inhumain et dégradant* ».

Elle en conclu ainsi que le juge judiciaire ne saurait se retrancher derrière la possibilité dont disposerait le requérant d'assigner l'État en responsabilité pour éluder la question des conditions de détentions mais qu'il lui appartient de s'assurer de l'effectivité de ces conditions et de l'absence de violation pour le requérant de ses droits garantis au sens de l'article 3 de la Convention.

Ce faisant, la Cour de cassation s'inscrit dans la ligne droite de la jurisprudence européenne sur le contrôle du droit au recours. Elle a d'ailleurs réitéré cette position dans un arrêt du 20 octobre 2021[41].

Bien que constatant que son propre contrôle relatif aux conditions de détention devenait obsolète à la suite de l'entrée en vigueur d'un nouveau recours autonome et exclusif en la matière, elle souligne néanmoins que cela « *ne préjuge pas de ce que la Cour de cassation pourrait décider si elle était amenée à contrôler l'effectivité du nouveau recours au regard des exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.* »

Toutefois, il ne faudrait pas croire qu'avec la consécration du droit au recours et de son exigence d'effectivité reconnue en droit interne, celui-ci soit en tout temps rigoureusement assuré. En effet, même dûment consacré, le droit au recours peut être tempéré sur l'autel de la bonne administration de la justice et de la satisfaction de l'intérêt général.

II.- UN DROIT AU RECOURS TEMPÉRÉ

Si le Comité des droits de l'homme a pu affirmer que « *le droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial est un droit absolu qui ne souffre aucune exception*[42] », il n'en alla pas de même pour la Cour de Strasbourg.

Outre que ni l'article 6§1 ni l'article 13 de la convention ne soient mentionnées au titre des droits indérogeables de l'article 15, la Cour de Strasbourg affirme que le droit d'accès au juge n'est pas absolu[43] et peut être limité par les États sous son contrôle pourvu que les limitations n'atteignent pas le seuil de l'atteinte à la substance même du droit[44]. En sus, fidèle à son test, la Cour établit que le but poursuivi par la restriction soit légitime et qu'existe « *un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*[45] ».

Ainsi tant la restriction du droit au recours (A) que son obstruction (B) sont admises sous la vigilance des juges européens et constitutionnels.

A.- La restriction du droit au recours

1. Restriction tolérée

a) Restrictions quant à la temporalité du recours

Tardiveté du recours. L'arrêt Stubbings c. Royaume-Uni[46]

[40] Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 8 juillet 2020, n°20-81739

[41] Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 20 octobre 2021, n°21-84-498

[42] Comité des droits de l'homme, décembre 28 oct. 1992 Miguel Gonzales del Rio c/ Perou, n°263/1987

[43] Cour Européenne des Droits de l'Homme Golder c/ Royaume-Uni du 21 février 1975, série A, n°58

[44] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Phillis c. Grèce du 27 août 1991 série A, n°209

[45] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Ashingdane c. Royaume Uni du 28 mai 1985, série A n°93.

[46] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Stubbings c. Royaume Uni du 22 octobre 1996 n°22083/93

avait admis la possibilité d'entraver le droit au juge par le recours à la prescription de l'action, notamment au nom de la bonne administration de la justice et de la marge d'appréciation des États en la matière. Le critère permettant de départir le bon grain de l'ivraie est alors celui de l'atteinte à la substance même du droit : « *Les États contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière où à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même*[47] ».

La solution est similaire lorsque l'entrave temporelle au recours procède de la jurisprudence sauf en cas de revirement de jurisprudence imprévisible et préjudiciable au requérant. Ainsi dans *l'*arrêt Legros c. France[48], la Cour de Strasbourg était amenée à se prononcer sur la jurisprudence *Czabaj*[49] au moyen de laquelle une limitation temporelle procédurale raisonnable, souvent un an à compter de la décision omettant la mention de la possibilité de recours pouvait entrainer l'irrecevabilité de recours contre une décision administrative individuelle. Cette restriction procédurale peut ainsi avoir pour effet d'empêcher le recours. Pour autant, la Cour de Strasbourg, constate que la substance même du droit au recours n'est pas atteinte car l'État jouit d'une marge d'appréciation quant aux règles d'accès à un tribunal ; la jurisprudence Czabaj sert l'intérêt légitime de bonne administration de la justice ; ménage un rapport raisonnable de proportionnalité entre moyens employés et buts visés ; que le délai ne se déclenche qu'à défaut de mention des voies et délais de recours contre la décision ; et que le délai raisonnable d'un an, en général d'un un peut être ajusté eu égard à la spécificité de l'espèce. En revanche, c'est l'imprévisibilité du revirement de jurisprudence Czabaj qui engendre un constat de violation du droit d'accès au juge, puisque de facto ce droit au profit des requérants fut atteint en sa substance : « *La Cour considère que l'application aux instances en cours de la nouvelle règle de délai de recours contentieux, qui était pour les requérants à la fois imprévisible, dans son principe, et imparable, en pratique, a restreint leur droit d'accès à un tribunal à un point tel que l'essence même de ce droit s'en est trouvée altérée* ».

Aussi, conformément au principe de subsidiarité en droit international, aux termes de l'article 35 de la Convention, la Cour, elle-même, enserre le recours dans des conditions de recevabilité : épuisement des voies de recours interne ; saisine dans les 4 mois à compter de la décision interne définitive depuis l'entrée en vigueur du protocole additionnel n°15.

Précocité du recours : non épuisement des voies de recours, suite à rejet d'une QPC. Dans l'affaire Graner c. France[50], le requérant s'était vu nier la possibilité de consulter toutes les archives relatives au rôle de la France au Rwanda entre 1990 et 1994. Il avait alors formé un recours devant le tribunal administratif et soulevé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) fondée sur la liberté d'expression, de communication et du droit au recours, droits similaires à ceux protégés aux articles 10 et 13 de la Convention de 1950. Il en déduisait que suite au rejet de cette QPC, l'instance de cassation devant le Conseil d'État était vouée à l'échec de sorte que la condition d'épuisement des voies de recours interne était remplie et que, partant, il pouvait porter son recours à Strasbourg sur le fondement avant même l'instance devant le Conseil d'État.

La Cour ne partagea pas ce raisonnement, jugeant *: « le contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel et le contrôle de conventionalité opéré par le juge ordinaire sont distincts. Le premier consiste à vérifier in abstracto si telle disposition légale est conforme à la Constitution. Le second doit permettre de vérifier in concreto si une action ou une omission imputable à un État partie est conforme à la Convention, à défaut de quoi, du reste, il ne constituerait pas un recours dont l'usage est requis au titre de l'épuisement des voies de recours internes* ».

Ainsi, alors même que sur la même question, le recours en constitutionnalité fut rejeté, le recours à Strasbourg tiré de grief d'inconventionnalité n'est pas recevable faute de décision du Conseil d'État. Ainsi, implicitement, la Cour strasbourgeoise laisse entrevoir qu'une absence

---

[47] *Ibidem*.

[48] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Legros c. France du 9 novembre 2023, n°72173/17

[49] Conseil d'État, 13 juillet 2016, assemblée du contentieux n°387763 « Czabaj »

[50] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Graner c. France du 5 mai 2020 n°84536/17

d'inconstitutionnalité puisse s'accommoder d'une inconventionnalité en cassation ; de sorte que le recours pouvait être restreint car la temporalité idoine ne fut pas respectée.

b) Restriction quant à la technique du recours

Compatibilité de l'exigence d'intérêt à agir pour exercer un recours. Dès sa décision, maîtrise de l'immigration de 1993, le Conseil constitutionnel admit que le droit au recours juridictionnel put être réservé aux seules personnes intéressées[51].

De même, dans l'affaire *Verrein KlimaSeniorinnen*[52] considérant l'enjeu systémique du changement climatique et un potentiel flot intarissable de requêtes, la Cour de Strasbourg, sur cette question, déroge à sa jurisprudence sur les victimes potentielles, restreignant ainsi l'ouverture de son prétoire : « *eu égard aux spécificités du changement climatique, à l'exclusion de l'actio popularis dans le cadre de la Convention mais aussi à la nécessité d'assurer une protection effective des droits garantis par la Convention, dans le cadre de griefs liés à un dommage ou un risque de dommage découlant de manquements supposés de l'État dans la lutte contre le changement climatique, un requérant doit démontrer qu'il a été personnellement et directement touché par les manquements qu'il dénonce* ».

Restriction du recours faute de grief. Dans l'affaire Amar c. France[53], le requérant, Magistrat, se plaignait d'une violation de son droit au juge et au recours faute pour le Conseil supérieur de la magistrature d'avoir répondu à des demandes dans le cadre de la saisine disciplinaire du conseil de la magistrature (CSM) le concernant. Toutefois, puisque le CSM n'avait retenu aucune sanction à l'encontre du requérant, la Cour de Strasbourg estima « *que le requérant ne saurait se prétendre victime, au sens de l'article 34 de la Convention, du manque allégué de réponse aux différents moyens soulevés par lui devant le CSM* » et que « *le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant le droit à une décision susceptible de recours en cas d'abandon des poursuites disciplinaires ou de constat, par les autorités compétentes, d'absence de faute disciplinaire* ». Ainsi, alors même que le CSM avait retenu que le requérant avait manqué à ses « *obligations de délicatesse, de respect et de loyauté à l'égard de son supérieur hiérarchique* », en l'absence de toute sanction le grief déclenchant le droit au recours n'était pas constitué.

L'effectivité du recours, particulièrement à mesure de sa complexité dépend de l'assistance ou de la représentation effective. Ainsi, très tôt se posa la question des obligations positives de l'État de fournir un conseil aux justiciables les moins fortunés. Fidèle à sa grille d'analyse, la Cour de Strasbourg, depuis l'arrêt Airey[54] fait dépendre cette obligation des circonstances de l'espèce. Le test effectué par la Cour de Strasbourg s'articule autour de quatre réactifs : la gravité de l'enjeu pour le requérant[55] ; la complexité de la procédure applicable[56] ; la capacité du justiciable à présenter effectivement sa cause seul[57] ; l'existence d'une obligation de représentation légale par avocat[58]. Ainsi, dans l'affaire Gnahoré c. France[59], la Cour valida un refus d'aide juridictionnelle du ministère d'avocat aux conseils car le bureau d'aide juridictionnel composé de spécialistes de la technique de cassation n'avait vu aucun moyen sérieux de cassation ; la décision de non-admission à l'aide juridictionnelle pouvait faire l'objet d'un recours devant le 1er président de la Cour de cassation ; la matière d'assistance éducative voyait sa procédure simplifiée et la représentation par avocat aux conseils non obligatoire. Ces circonstances conduisirent la Cour a décider que l'accès au juge n'avait pas été violé.

Monopole de l'avocat spécialisé. La question du monopole des avocats aux conseils devant les juridictions suprêmes en procédure avec représentation obligatoire posa la question de sa comptabilité avec le droit au recours garanti en droit

[51] Décision 93-325 DC 13 août 1993. Loi relative à la maîtrise de l'immigration.

[52] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz c. Suisse du 9 avril 2024 n°53600

[53] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Amar c. France du 23 mai 2024 n°4028/23

[54] Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, série A n° 32*

[55] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Steel et Morris c. Royaume Uni,

[56] Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Airey c. Irlande, précité*

[57] Cour Européenne des Droits de l'Homme, McVicar C. Royaume Uni ; Cour Européenne des Droits de l'Homme Steel et Morris c. Royaume Uni, précité.

[58] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Gnahoré c. France, du 19 septembre 2000 n° 40031/98

[59] Ibid.

conventionnel. Dans son arrêt Voisine[60], la Cour en admit la validité en ces termes : « *la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation peut justifier de réserver aux seuls avocats spécialisés le monopole de la prise de parole* ».

Concentration des moyens. L'affaire Barras c. France[61], d'un intérêt tout particulier pour la profession d'avocat, posait la question de la conventionnalité de la jurisprudence Césareo, notamment quant au droit au recours garanti par la Convention. La Cour rappelle la légitimité de ladite jurisprudence destinée à servir l'exigence de délai raisonnable par réduction des manœuvres dilatoires en vue d'une bonne administration de la justice. Elle relève également l'inopérance de Césareo si la seconde demande repose sur une modification du droit positif postérieure à l'examen de la première demande. Ce faisant, elle déclare le requérant irrecevable.

Abus du recours. Les amendes sanctionnant les abus du droit d'agir sont acceptées par le droit européen[62] car l'objectif poursuivi est la bonne administration de la justice et l'absence d'engorgement du rôle. Pour autant, le montant de l'amende ne doit être ni disproportionnée, ni automatique.

2. Restriction injustifiée

a) Restriction injustifiée quant à la technicité du recours

Dans l'affaire Reichman c. France[63], la Cour de cassation avait déclaré le pourvoi du requérant irrecevable au motif que le pouvoir donné à son avocat précédait de deux jours l'arrêt d'appel. La Cour de cassation jugeait « *qu'une telle lettre visant une décision de justice non encore prononcée, partant indéterminée, ne saurait constituer un pouvoir spécial au sens de l'article 576 du code de procédure pénale* ». La Cour Strasbourgeoise y vit « *un formalisme excessif ayant porté une atteinte disproportionnée à son droit* » au recours, notamment au vu du délai de cinq jours francs pour former pourvoi et relève, à l'inverse du quai de l'horloge, une volonté non équivoque et circonstanciée de se pourvoir en cassation en cas de condamnation.

b) Restriction injustifiée quant au coût du recours.

Si la constitution d'une sûreté, notamment pour la partie civile déclenchant l'action publique par voie d'action, est une restriction admissible au droit au recours aux fins de bonne administration de la justice, le montant ne peut être disproportionné sauf à atteindre la substance même du droit. Ainsi, dans l'arrêt Aït-Mouhoub[64], la Cour jugea que la consignation fixée à 80.000 francs empêchait le recours concret et effectif exigé par l'arrêt Airey[65] au vu de sa disproportion financière pour une personne sans ressource. La violation des obligations internationales de la France au titre de la Convention était alors consommée.

Il ressort de cette étude qu'outre les critères de légalité, de légitimé, de nécessité et de proportionnalité de la restriction, ce sont les circonstances particulières qui, s'insérant dans ce cadre de travail, guident les juges Strasbourgeois afin de déceler si le droit au recours a été atteint dans sa substance même. Au-delà, la lecture des arrêts de la Cour de Strasbourg semble matérialiser une dichotomie afin d'évaluer la validité de la restriction.

3. Validité de la restriction comme fonction de la gravité de l'atteinte

S'agissant de la plupart des droits protégés par la Convention, ceux pouvant être limités dans le cadre de travail susmentionné à la faveur du §2 de l'article afférent, le standard est celui du recours aussi effectif qu'il peut l'être.

Toutefois, en matière de droits dit indérogeables, ceux mentionnés à l'article 15 de la Convention et qui, même en temps d'urgence ne peuvent être limitée le standard du recours aussi effectif qu'il peut l'être est inadapté.

En effet, dans sa décision Chahal c. Royaume Uni[66], la Cour précise

---

[60] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Voisine c. France du 8 février 2000 n°27362/95)

[61] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Barras c. France du 9 avril 2015 Req. 12686/10

[62] Avis de la Commission du Conseil de l'Europe du 14 juillet 1987, P. c. France req. N°10-412/83 et 2 juill 1991, Rio c. France req. N_13-487/88

[63] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Reichman c. France du 12 juillet 2016 n°50147/11

[64] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Aït-Mouhoub[64] c. France du 28 octobre 1998 n°

[65] Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, série A n° 32*

[66] Cour Européenne des Droits de l'Homme 15 nov. 2006, Chahal c. Royaume-uni[66] série A, n°138

qu'en cas d'atteintes les plus graves au droit de l'homme fondé non sanctionnées, l'article 13 et non l'art 6§1 trouve à s'appliquer en sus de la norme substantielle violée ; et de poursuivre : « *la condition que le recours soit aussi effectif qu'il peut l'être ne convient pas pour un grief selon lequel l'expulsion de l'intéressé l'exposera à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3* ».

Outre, les circonstances de l'espèce, le niveau de test déclenché par la Cour de Strasbourg afin de jauger la validité d'une atteinte au recours varie en fonction du caractère dérogeable ou non du droit invoqué. On pourrait alors penser que les droits substantiels de la Convention, notamment l'article 3 interdisant la torture, norme de jus cogens, ne peuvent s'accommoder d'une limitation du droit au recours vu l'importance de la question. Telle assertion n'est que partiellement exacte mais car dès lors que c'est une immunité de juridiction protégée par le droit international qui fait échec au recours, la Cour interprète les exigences de sa convention en conformité avec le droit international dont elle est partie. Ainsi, la Cour de Strasbourg rappelle la boussole que constitue pour elle le droit international public : « *la Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante, y compris les règles relatives à l'octroi de l'immunité aux États*[67] ».

C'est déjà entrevoir qu'au-delà des possibles restrictions, parfois, l'obstruction au recours peut être admise.

B.- L'obstruction du droit au recours

1. Le principe de l'obstruction tolérée : recours non absolu

a) Jurisprudence du Conseil constitutionnel

Les juges de la Rue de Montpensier n'admettent de limites au droit au juge qu'à condition qu'elles soient justifiées par la satisfaction d'un autre droit fondamental venant en contrepoint à condition que la substance du recours ne soit pas atteinte. Ainsi dans son importante décision Polynésie française[68], le conseil déduisait de l'article 16 de la déclaration de 1789 : « *qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ;*

Le Conseil constitutionnel[69]permet la restriction du droit au juge qu'implique une présomption de culpabilité. La présomption d'innocence déduite de l'article 9 de la déclaration de 1789 et protégeant le recours au juge peut être inversée sous une triple condition de caractère réfragable, de respect des droits de la défense et de vraisemblance de l'imputabilité[70].

b) Jurisprudence de la Cour de Strasbourg

Dans la même lignée, au nom de principe de Subsidiarité en droit international et de son corolaire de marge nationale d'interprétation[71], la Cour de Strasbourg reconnaît le caractère non-absolu du droit accès à un juge[72]. Les limitations se concilient avec le droit au juge qu'à condition de viser un but légitime et de ménager un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé[73].

2. Obstruction tolérée

a) Reduction du champ de l'obstruction tolérée : l'exemple des mesures d'ordre intérieur

En juillet 2003, le Conseil d'État[74] avait opéré un revirement de jurisprudence, jugeant que le mise à l'isolement d'un détenu n'était plus une mesure d'ordre intérieur et pouvait désormais faire l'objet d'un recours.

Toutefois, la Cour de Strasbourg, dans l'affaire Ramirez Sanchez[75] relève que ce revirement « *n'a en tout cas pas d'effet rétroactif et n'a pu avoir d'incidence sur la situation du requérant* » alors que le premier recours du requérant datait de 1996. Le constat de violation de l'article 13 est ainsi prononcé unanimement.

---

[67] Cour Européenne des Droits de l'Homme, GC, 21 nov. 2001, Al-Adsani c/ Royaume-Uni, n° 35763/97

[68] Décision n°96-373 du 9 avril 1996

[69] Décision n°99-411 DC du 16 juin 1999

[70] *Ibidem « en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité »*

[71] Luordo c. Italie §85

[72] Stanev c. Bulgarie GC §230

[73] Fayed c. RU §65 ; Markovic et autres c. Italie GC §99.

[74] Conseil d'État, 30 juillet 200 » n°252712 publié au recueil Lebon.

[75] Cour Européenne des Droits de l'Homme Ramirez Sanchez c. Fra du 4 juillet 2006 n°59450/00

b) Manifestations de l'obstruction tolérée (res judicata)

C'est une autre composante du droit au procès équitable qui permet de faire échec l'introduction d'une nouvelle instance dès lors que la chose revêt l'autorité de chose jugée. Ainsi, le droit au recours s'interprète-t-il à l'aune du principe de prééminence du droit et du principe de sécurité juridique, lesquels impliquent que la solution donnée définitivement à tout litige ne puisse plus être remise en cause[76].

De la même manière, en matière pénale, le principe *ne bis in idem*, protégé à l'article 4 du protocole additionnel n°7, peut-il faire échec à la possibilité d'introduction d'un nouveau recours. Dans son arrêt Mihalache c. Roumanie[77], afin d'établir ce qu'est la matière pénale, la Cour corrobore son interprétation selon laquelle la délimitation du droit national n'est qu'une indication. Ainsi, les deux procédures, l'une par le parquet, l'autre par un tribunal s'agissant des mêmes faits et mêmes accusation impliquaient que le requérant fut jugé deux fois pour la même infraction. Afin de jauger si *ne bis in idem* s'appliquât pour fermer définitivement le recours, la Cour établit une méthode. Elle enseigna que le droit interne devait satisfaire aux exigences de la sécurité juridique impliquant une délimitation temporelle du recours et une clarté dans les modalités d'exercice du recours. Ainsi, la procédure de recours doit-elle permettre clairement de savoir à quel moment la décision devient définitive. En conséquence, une loi conférant un pouvoir illimité à l'une des parties pour l'exercice d'un recours ou qui encadrerait le recours par un déséquilibre important entre les parties contredirait la sécurité juridique.

3. La validité de l'obstruction

Si le droit au recours ne saurait être absolu, il convient à présent d'envisager comment analyser la validité des obstacles à celui-ci au nom d'intérêts antagonistes.

Ne pouvant être exhaustif sur un tel sujet, il convient d'analyser la question d'une obstruction du recours par les lois de validation en droit national et la question des immunités en droit international.

a) En droit national

Les lois de validations dénouent les litiges au profit de l'État, rétroactivement, en modifiant ou restaurant la validité d'une règle de droit ou d'un acte administratif ou de droit privé. En ce sens, elles constituent une entrave au droit au recours mais également une atteinte à la séparation des pouvoirs. Aussi, sont-elles contrôlées par des critères de validité dégagés tant par le Conseil constitutionnel que la Cour de Strasbourg. Trois critères communs sont dégagés par le Conseil constitutionnel et la Cour de Strasbourg : d'abord, la loi de validation ne doit pas porter atteinte à une décision définitive ; ensuite, elle doit reposer sur un motif d'ordre général pour le Conseil constitutionnel et d'impérieux motifs d'intérêt général pour les juges strasbourgeois ; enfin, elle ne saurait être disproportionnée en rapport de l'objectif à atteindre.

Pour autant, dans la tension entre l'accès au juge protégé par l'art 6§1 de la Conv. EDH et l'intérêt général commandant la validation législative, les juges de Strasbourg sont davantage enclins à protéger le recours juridictionnel. Ainsi, dans l'affaire *Zielinski*[78], ils n'hésitèrent pas à déclarer inconventionnelle[79] ladite loi alors même qu'elle fut validée par le Conseil constitutionnel. Le risque financier invoqué par le législateur et la cessation d'une divergence de jurisprudence ne convainquît pas la Cour de Strasbourg de la nécessité d'une ingérence dans le fonctionnement judiciaire tant ce risque était insuffisamment précisé et que la Cour de cassation pouvait harmoniser sans que le législateur ne le fit après introduction des requêtes par amendement parlementaire à la hâte. Il semble ainsi ressortir du droit européen qu'une validation législative après introduction de l'instant non-justifiée par d'impérieux motifs soit perçue comme une atteinte au recours dans sa dimension prise d'égalité des armes.

Le Conseil constitutionnel, suite à l'arrêt Zielinski, renforça son contrôle des lois de validation,

[76] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Agrokompleks c. Ukraine du 25 juillet 2013 n°23465/03

[77] Cour Européenne des Droits de l'Homme, Mihalache c. Roumaine (GC) du 8 juillet 2019 n°54012/10

[78] Cour Européenne des Droits de l'Homme 28 oct. 1999, Zielenski et Pradal c/ France (n°24846/94 et 34165/96 à 34173/96)

[79] Supra §57 « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige* »

notamment dans une décision subséquente de décembre 1999[80]. Cette évolution semble parachevée à la faveur d'une décision de 2014[81]. Cinq conditions en droit constitutionnel conditionnent désormais la possibilité d'une validation législative : un but d'intérêt général suffisant ; un respect de la force jugée afin de ne pas méconnaitre la séparation des pouvoirs ; conformité à la non-rétroactivité des peines et des sanctions ; l'acte validé ne peut méconnaître une règle ni un principe de valeur constitutionnelle sauf à ce que l'intérêt général visé ait cette nature ; la portée de la validation doit être strictement définie.

Dès lors, si les obstacles au recours sont permis, la validité de l'entreprise est elle-même soumises à des critères posées et interprétés par la jurisprudence, veillant ainsi à ne pas heurter frontalement le droit au recours en sa dimension d'égalité des armes ; ou encore à ne pas méconnaître la séparation des pouvoirs en sa dimension d'autorité de chose jugée des décisions juridictionnelles.

b) En droit international et européen

Dans l'affaire de grande chambre Al-Adsani, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme avait relevé qu'il « *faut considérer l'octroi de l'immunité non pas comme un tempérament à un droit matériel, mais comme un obstacle procédural à la compétence des cours et tribunaux nationaux pour statuer sur ce droit* », que « *l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État* », avant d'en conclure qu'on « *ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États* ».

S'agissant de la tension entre le droit au recours, dans son volet accès au juge, la Cour Internationale de justice dans l'arrêt Yerodia[82] puis dans celle des immunités juridictionnelles[83], avait jugé que « *même en admettant que les actions intentées devant les juridictions italiennes mettaient en cause des violations de règles de jus cogens, l'application du droit international coutumier relatif à l'immunité des États ne s'en trouvait pas affectée* »

Le raisonnement était justifié par une différence de nature, motif pris que les règles de *jus cogens* « *n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'État. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite* »

La Cour de cassation, appliquant la jurisprudence internationale juge, même lors d'une instance en exequatur d'une décision américaine ayant levée l'immunité juridictionnelle de l'Iran, que l'immunité ne peut être écartée[84]. Il en résulte que si l'immunité juridictionnelle de l'État et l'immunité personnelle des agents de l'État demeurent une loi d'airain, un corolaire de l'égalité souveraine des États fondant l'immunité et obstruant le recours, tel n'est pas le cas de l'immunité fonctionnelle des anciens chefs d'État, de gouvernement ou ministre des affaires étrangères. Si les affaires Furundzija[85] et Pinochet[86], avaient, respectivement, entrevu et accepté la levée de

---

[80] n° 99-425 DC du 29 décembre 1999

[81] n° 2013-366 QPC du 14 février 2014

[82] Cour Internationale de Justice, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002.

[83] Immunités juridictionnelles de l'État[83], Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant, Cour Internationale de Justice Recueil 2012, p.99

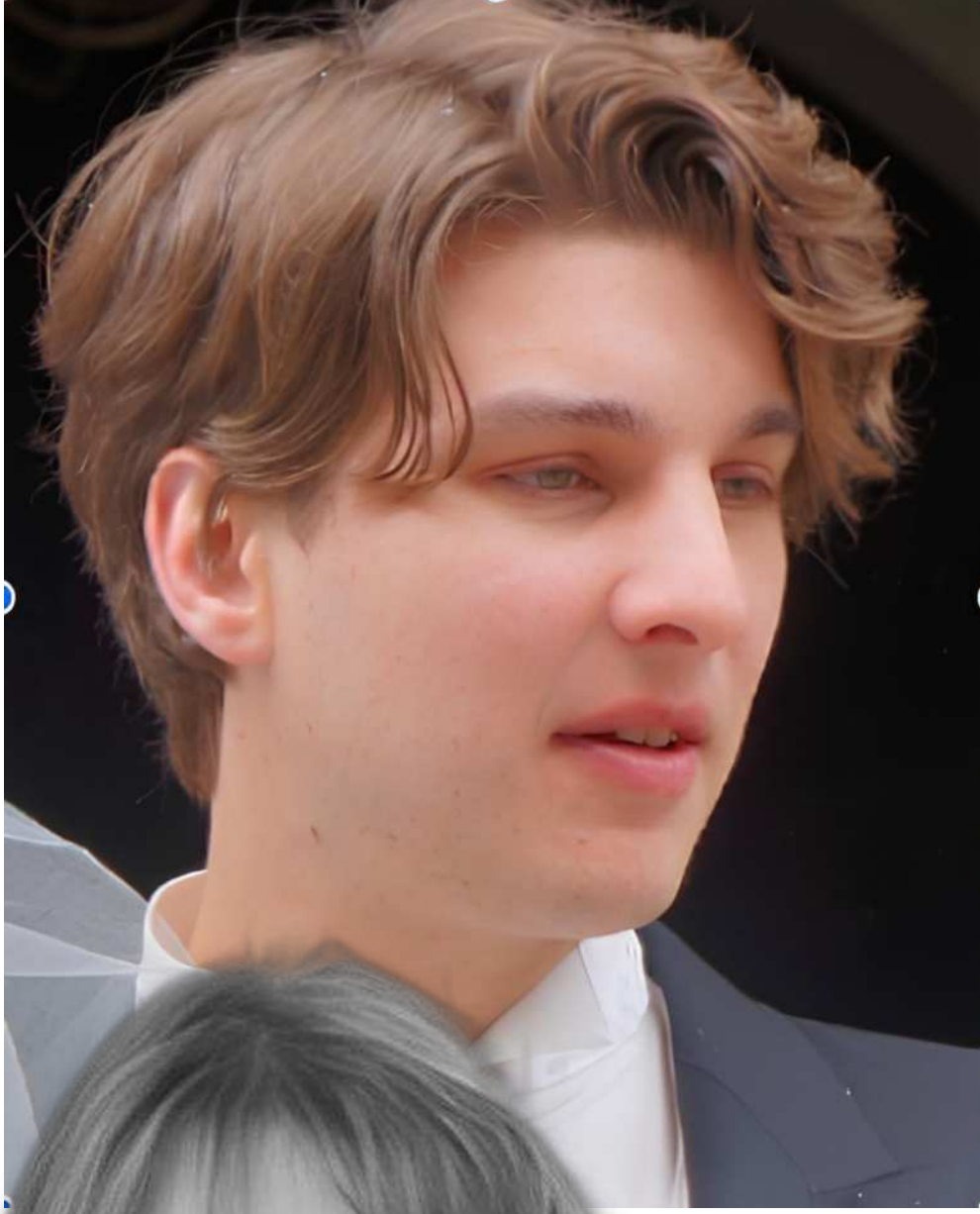
[84] Cour de Cassation, Première Chambre Civile, 28 juin 2023 n°21-19.766 « *Par ailleurs, une cour d'appel retient exactement qu'à supposer même que l'interdiction des actes de terrorisme puisse constituer une norme de jus cogens du droit international de nature à constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, ce qui ne ressort pas de l'état actuel du droit international, il ne peut être fait une exception à l'immunité d'un État, dès lors que la condamnation de celui-ci au paiement des dommages-intérêts prononcée par la juridiction étrangère ne repose pas sur la démonstration de l'implication directe de cet État et de ses agents dans un attentat, mais seulement sur le fondement de la responsabilité civile que celui-ci devrait supporter au titre de l'aide ou des ressources matérielles apportées au groupe ayant revendiqué l'attentat* »

[85] TPIY Furundzija, IT-95-17/1« les tortionnaires exécutants ou bénéficiaires de ces mesures nationales peuvent néanmoins être tenus pour pénalement responsables de la torture que ce soit dans un État étranger ou dans leur propre État sous un régime ultérieur »

[86] UKHL *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 3) :* Si M. Pinochet invoquait jouir d'une immunité *ratione materiae* à l'égard des infractions alléguées, notamment torture, obstruant le recours, la Chambre des lords, en mars 1999, jugea à l'unanimité que le défendeur ne jouissait d'aucune immunité pénale s'agissant des chefs de torture.

l'immunité *ratione materiae* des anciens chefs de l'État pour poursuites pénales nées de torture, la Cour refusa d'écarter l'immunité dans l'affaire Al-adsani car c'est la responsabilité civile du Koweit qui était recherchée pour des actes nées de torture alléguée.
Cette position fut confirmée dans l'affaire Jones, la Cour de Strasbourg approuva la chambre des Lords d'avoir retenu qu'il n'existait en droit international « *aucune exception – en cas d'allégation de faits assimilables à la torture – à la règle de principe de l'immunité ratione materiae pour les agents de l'État en matière civile lorsque l'État jouissait lui-même d'une immunité* ».
Cette question de l'articulation du droit international et du droit au recours est mouvante et aujourd'hui, les travaux de la commission du droit international, s'inspirant de nombre de droits nationaux, traduisent une volonté de lever l'immunité *ratione materiae* des anciens chefs d'État et de gouvernement en cas de suspicion de violation de normes du jus cogens.

Marion VERGNE
& Christophe D. FABRE







IRJS Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne André Tunc

UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON SORBONNE

SERDEAUT

COLLOQUE

LES ASPECTS JURIDIQUES DU SURTOURISME

SOUS LE HAUT PATRONAGE DE L'ONU TOURISME

Lundi 17 juin 2024

Amphithéâtre Bachelard
17 rue de La Sorbonne
75005 PARIS

LIEN INSCRIPTION

LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS
EN FRANCE ET EN PRINCIPAUTÉ DE MONACO
entre idéal, efficacité et réalité

31 MAI 2024

FACULTÉ DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

AVENUE DOYEN LOUIS TROTABAS, NICE

AMPHITHÉÂTRE 202 ET PAR VISIOCONFÉRENCE

1ER JUIN 2024

PALAIS DE JUSTICE DE MONACO

5 RUE COLONEL BELLANDO DE CASTRO



DIRECTION SCIENTIFIQUE

ANNE-SOPHIE SIEW-GUILLEMIN

EN PARTENARIAT AVEC :

L'INSTITUT MONÉGASQUE DE FORMATION AUX PROFESSIONS JUDICIAIRES

L'ASSOCIATION TUTÉLAIRE DES ALPES MÉRIDIONALES (ATIAM)

COLLOQUE HYBRIDE (PRÉSENTIEL OU DISTANCIEL)

PROGRAMME ET INSCRIPTION EN LIGNE

cerdp.univ-cotedazur.fr

La journée du 31 mai sera validée pour 7 heures de formation.
La matinée du 1er juin sera validée pour 3 heures de formation.
Une attestation de présence sera délivrée ultérieurement

Visuel réalisé avec l'aimable contribution de Madame Delphine Lanzara

INSTITUT MONÉGASQUE DE FORMATION AUX PROFESSIONS JUDICIAIRES

Atiam

C.E.R.D.P.

UNIVERSITÉ CÔTE D'AZUR | ÉCOLE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHE FACULTÉ DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE, GARANTIE DE LA LOYAUTE DU DEBAT JUDICIAIRE, ET L'URGENCE DE LA LUTTE CONTRE LES VIOLENCES CONJUGALES

Maître Vinciane JACQUET,

Avocate au barreau de Meaux

Membre d'Avocats Sans Frontières et de l'Alliance des Avocats pour les Droits de l'Homme

Quel justiciable n'a pas rêvé de voir son avocat arriver de manière tonitruante dans la salle d'audience, arrivant juste à temps, avec en main, la dernière preuve qui terrassera l'adversaire, à la manière d'une série américaine ? La preuve miraculeuse et surprise qui mettrait un terme un fois pour toutes, aux mensonges de la partie adverse.

Quel avocat, tout en en rêvant secrètement, n'a pas dû anéantir les espoirs de son client, en lui indiquant que non, le principe du contradictoire l'obligeait à communiquer tous les éléments de preuve à l'autre partie, suffisamment à l'avance, pour qu'elle puisse les contester ou les critiquer.

Car c'est bien cela que recherche le « principe du contradictoire » : le droit de contredire ce qui est dit ou produit dans l'objectif de confondre l'autre devant la justice, et de le voir condamné à notre profit.

Pour contredire, il faut par conséquent, connaître.

Connaître les arguments en droit et en faits qui nous sont opposés.

Contredire, en réfutant l'application de la loi utilisée, ou la véracité des faits rapportés, ou les expliquer.

Le principe du contradictoire illustre donc la recherche de loyauté dans la procédure, le déroulement des débats et la production des preuves, la possibilité pour chaque partie de savoir ce que l'autre lui reproche, et de savoir sur quels éléments elle s'appuie pour convaincre le juge. Car on ne peut se défendre de ce qu'on ignore.

En cela, le principe du contradictoire et la loyauté procédurale des débats font partie intégrante de l'équité du procès, droit fondamental protégé par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme.

Dans le cadre de la lutte contre les violences conjugales, la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, a instauré la procédure d'ordonnance de protection devant le juge aux affaires familiales.

Selon l'article 515-9 du code civil, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence une ordonnance de protection, lorsque sont exercées des violences par le conjoint ou l'ancien conjoint, peu importe la nature de lien (concubinage, mariage, pacs) et la cohabitation entre l'auteur et la victime.

Les effets de l'ordonnance de protection ne sont pas négligeables : attribution et jouissance gratuite du logement au conjoint victime, interdiction de contact avec le conjoint et éventuellement avec les enfants du couple, suspension de l'autorité parentale... Et ce, pendant une durée minimum de 6 mois, puisque la durée pourra être prolongée si le conjoint bénéficiant de la mesure saisit le juge aux affaires familiales, dans ce délai de 6 mois, d'une procédure de divorce (pour les couples mariés) ou d'une procédure visant à fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale (pour les couples non mariés mais avec enfants).

La procédure, qui recherche la plus grande célérité aux fins de mise à l'abri de la victime, impose au juge la prise d'une décision dans les 6 jours suivant sa saisine.

La signification doit être faite au défendeur dans un délai de 2 jours à compter de l'ordonnance fixant la date de l'audience.

Avec les jours fériés et week-end compris dans le délai de 6 jours, jours pendant lesquels les commissaires de justice ne signifient pas d'actes et leurs études ne sont pas ouvertes, le défendeur peut parfois avoir connaissance de la mesure sollicitée par le conjoint... la veille ou le jour-même de l'audience. Ils apprendront ainsi, quelques jours après, qu'une ordonnance de protection a été rendue à leur encontre, sans qu'ils aient été en mesure de se défendre.

Un constat s'impose : face à une procédure d'une telle rapidité, le principe du contradictoire peut-il encore véritablement s'exercer ?

Précisons que l'article 1136-6 du code de procédure civile invite le juge à s'assurer « *qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre la convocation et l'audience pour que le défendeur ait pu préparer sa défense* ».

En pratique, le juge étant tenu par le délai de 6 jours pour rendre sa décision, il n'est pas rare que l'audience se tienne avec un défendeur absent ou n'ayant disposé que de quelques heures pour préparer sa défense.

L'assurance du caractère contradictoire de l'ordonnance de protection par le législateur est noble, mais utopique.
Certes, une voie de recours, via la procédure d'appel, est ouverte. Mais face à l'engorgement des rôles, les délais d'audiencement devant les cours s'allongent un peu plus chaque jour, pour atteindre plusieurs mois.

Crées en 2010, les demandes d'ordonnances de protection ont explosé à partir de 2019, année qui voit l'apparition du mot « féminicide », et certains avocats et magistrats s'inquiètent aujourd'hui de stratégies judiciaires pour fonder un divorce pour faute, ou obtenir la garde exclusive des enfants communs.

L'ordonnance de protection aura en effet un véritable impact sur les décisions de justice futures, qu'elles soient civiles ou pénales. Et le rapport d'activité du Comité national de l'ordonnance de protection 2021 évoque un taux de réponse positive à la demande de 66,7% en 2020.

Or, nombreux sont les défendeurs qui peinent à réunir les arguments et preuves pour se défendre dans ce court laps de temps, trouver un avocat pour les conseiller, voire même, à apprendre existence de l'audience et d'y assister.

Pas encore assez rapide pour le gouvernement. Le 2 juin 2023, suite à la remise du rapport sur la lutte contre les violences intra-familiales, le garde des Sceaux Éric Dupond-Moretti a annoncé de nouvelles mesures adoptées par voie de décret dès septembre 2023, et notamment, une « ordonnance de protection provisoire immédiate », rendue en 24 heures, sans contradictoire.

Il s'agit donc d'une violation assumée du gouvernement du principe du contradictoire et de la loyauté procédurale, qui a alerté le conseil national des barreaux (CNB).

A l'occasion d'une résolution de son assemblée générale du 2 février 2024, le CNB a pu réaffirmer « *son engagement à combattre fermement les violences conjugales et intrafamiliales, à protéger les victimes mais aussi à garantir un nécessaire équilibre entre les droits de la défense et les droits des victimes* », équilibre auquel ne répond pas l'ordonnance provisoire de protection immédiate.

Pour le Conseil d'Etat, « *la sécurité (est) la condition de nos libertés* »
(voir le rapport d'activité 2022).

Droit fondamental ou sécurité ? Le choix est cornélien pour les professionnels du droit, qui sont confrontés à la hantise quotidienne d'un nouveau féminicide.

Si l'ordonnance de protection en 24 heures venait à être adoptée, nul doute que le Conseil constitutionnel serait sollicité pour se prononcer sur la loyauté procédurale d'une telle mesure.

Vinciane JACQUET[87]

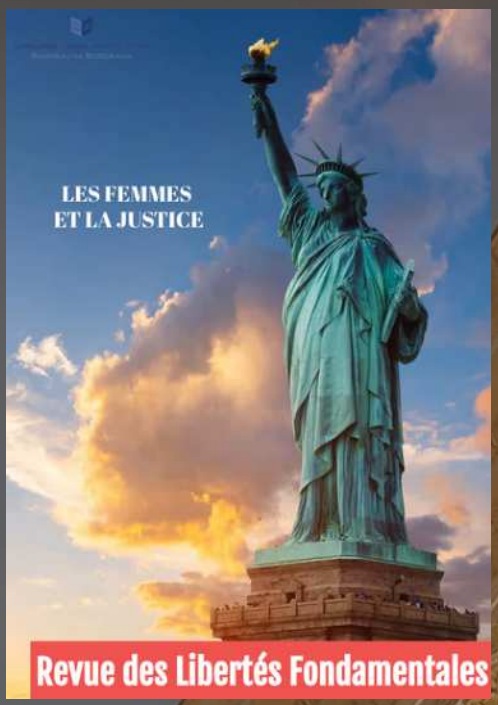


[87] *Crédits : Pierre Morel*













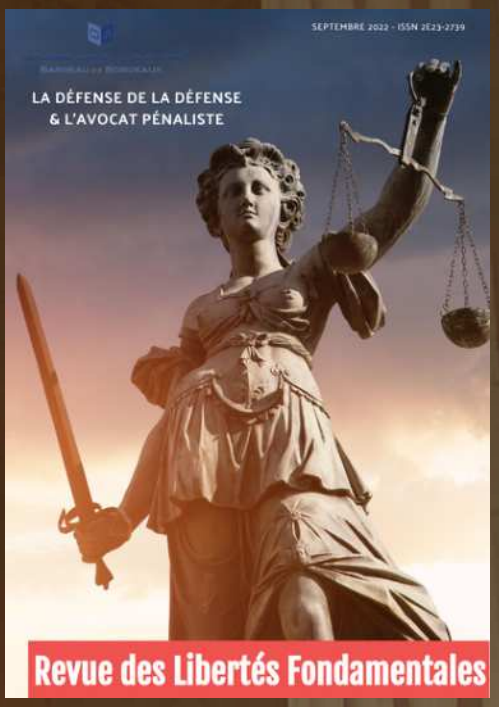


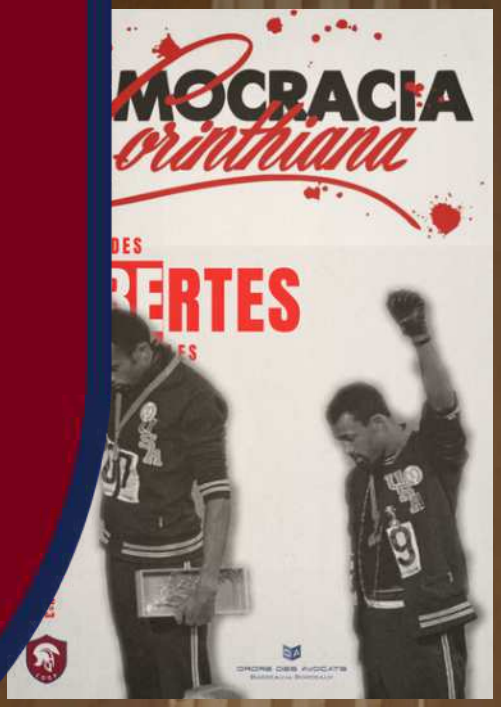


ξεῖν', ἀγγέλλειν Λακ
κείμεθα, τοῖς κείνων









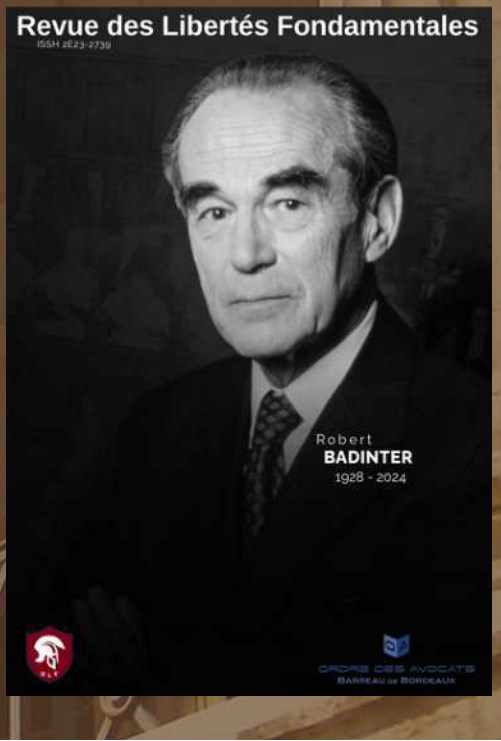




εδαιμονίοις ὅτι τῇδε
ῥήμασι πειθόμενοι.







NULLITES PROCEDURALES : PROTECTION DES DROITS OU DENI DE JUSTICE ?

Paul MORRIS
Greffier stagiaire

Les nullités procédurales consistent en des sanctions prononcées par les juges de la violation des règles procédurales établies dans un souci de bonne administration de la justice et de protection des droits des justiciables. Engendrant la nullité des actes concernés qui ne répondent pas aux exigences de leur validité.

La complexité des procédures et la sanction de ces nullités sont considérées par de nombreux acteurs politiques et institutionnels[88] comme l'une des causes de l'allongement des délais en matière civile, ainsi qu'en son aspect pénal, comme un instrument au service du délinquant. En conséquence, à la suite des Etats généraux de la justice, le garde des Sceaux a dévoilé le 5 janvier 2023 des mesures pour répondre aux nombreuses difficultés rencontrées par la justice[89]. Lesquelles comprennent notamment une simplification de la procédure pénale en raison de sa complexité et de son « illisibilité ».

Pour autant, si l'on ne saurait nier la nécessité de réorganiser le Code de procédure pénale en raison de la multiplicité et de l'éclatement de ces règles au sein du Code, il serait fortement injuste de ne voir en celui-ci qu'un totem d'immunité détenu par les délinquants.

En effet, il convient de rappeler que l'élaboration des règles de procédure pénales résulte justement des évolutions tendant à développer et à protéger les droits des personnes prévenues[90].

« Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté »

Comme le précisait le juriste Jhering[91] « *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* ». En matière pénale, il s'agit d'un contentieux prétorien dont les enjeux sont particulièrement importants en ce que d'une part la potentielle annulation concerne l'irrégularité d'un acte de procédure et les actes qui en découlent[92], et d'autre part, il faut doubler cet acte du principe de légalité ainsi que d'un contentieux qui relève de l'ordre public.

Dès lors, le contentieux de l'annulation n'est pas du tout abordé sous le même angle qu'en procédure civile où on va davantage tenter d'éviter les annulations superflues. En procédure pénale, on est sur des actes attentatoires aux libertés individuelles, l'enjeu est considérable.

Des actes d'enquête et d'instruction seront donc concernés par l'annulation, ces actes vont concerner tous les actes de recherche de la preuve, tous les actes nécessaires à la mise en l'état de l'affaire : garde à vue, PV d'audition d'un témoin etc.

A cet égard, la Cour de cassation a très largement ouvert le champ des actes qui peuvent être annulés il peut d'agir d'actes d'enquête comme d'instruction[93]…

La matière pénale comprend des exigences de nullité textuelles ainsi que des nullités substantielles sur laquelle va s'ajouter une autre distinction qui relève de la gravité de la nullité : les nullités d'ordre privé et d'ordre public.

Les nullités d'ordre privé devront démontrer l'existence d'un grief, ce qui n'est pas le cas pour les nullités d'ordre public où l'exigence de grief disparaît. Les nullités d'ordre privé ne relèvent pas d'une définition particulière, mais du principe : elles seront considérées selon des considérations doctrinales. Les nullités d'ordre privée concernent principalement les règles de compétences et les droits fondamentaux de la défense en procédure pénale.

En matière pénale, il est relativement simple de démontrer

---

[88] Gérald Darmanin prêt à satisfaire les syndicats de police : « *Peut-on calmer une colère en rognant sur l'Etat de droit ?* », Public Sénat 28/07/2023

[89] Loi n°2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027

[90] Commission « Justice pénale et droits de l'homme ». La mise en état des affaires pénales, Doc. Fr, 1991

[91] R. Von Jhering in « L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement » 2e édition, traduit par O de Meulenaere, t. III, Paris, Marescq, 1877, p.158 ; Bologne, Forni, 1969, p.164

[92] Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 octobre 2009, 09-82.505, Publié au bulletin

[93] Article171 et a802 du Code de procédure pénale

le grief, en ce que le simple fait d'avoir pâti de l'établissement de charges, de la mise en cause suffira à démontrer l'existence dudit grief. De plus, il existe un principe de présomption de grief, dès lors la jurisprudence peut décider de soulever le grief, le grief est présumé lorsque la jurisprudence considère que « *le grief a nécessairement porté atteinte aux personnes concernées* »[94]. Il s'agit d'une quasi-forme de présomption irréfragable, à tel point que certains auteurs[95] parlent pour les nullités d'ordre privé de nullités assujetties à des griefs et pour les nullités d'ordre public à des nullités assimilées à griefs.

On tente aujourd'hui de restreindre par certaines conditions la possibilité d'ébranler toute la procédure, la jurisprudence tend à restreindre progressivement ce contentieux des nullités, notamment par le biais de la qualité à agir en nullité. En s'appuyant pour cela sur une formule qui est identique aux *articles 171 et 802 du CPP* qui est que « *la nullité doit avoir eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* »[96]. La Cour de cassation a ainsi démontré dans « la partie à agir » qu'il s'agit de la seule partie qui est concernée par l'acte.

En outre, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel lors de son arrêt de 2021[97] en son 10e considérant que « *eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale, notamment dans les cas énoncés au paragraphe 8, et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, ces dispositions portent une atteinte aux droits de la défense que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 durant leur période d'application. Elles doivent donc être déclarées contraires à la Constitution.* » Il ne saurait donc être contesté qu'en matière pénale l'existence des nullités procédurales est intrinsèquement lié à un objectif de protection des droits des individus.

S'agissant des nullités en matière civile, la Cour de cassation observe une distinction entre la nullité absolue et la nullité relative et les a définies[98] en ce que : « […] *Que la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général, tandis que la nullité est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ; »*

La matière civile étant la chose des parties, celle-ci se distingue de la matière pénale en ce que ses nullités répondent à une finalité précise[99] qui est la bonne information des parties et la sanction des manœuvres déloyales. Les vices relatifs aux nullités des actes concernent principalement les problèmes de notification et de rédaction, *articles 112 et suivants du CPC. L'article 114* précise notamment qu'aucun acte de procédure ne peut tomber sous le coup de la nullité de forme si la nullité n'est pas prévue par la loi[100], il ne peut donc y avoir de nullité sans texte. Sans la mention « à peine de nullité » la mention n'est pas susceptible de nullité textuelle.

Outre cette exigence textuelle, la réussite de l'exception de nullité est conditionnée à la bonne démonstration d'un grief et ce, quelle que soit la nullité invoquée[101], *article 114-2 du CPP*, il faut pouvoir démontrer le grief que cause la nullité et ce même s'il s'agit d'une nullité substantielle ou d'ordre public. Il faut que l'irrégularité de l'acte se combine au grief pour qu'il y ait une cause de nullité, il faut la démonstration d'un grief. L'irrégularité ne doit pas faire vaciller la procédure, seule l'irrégularité qui porte atteinte à un intérêt peut faire vaciller la procédure.

Il faudra démontrer un lien de causalité entre l'irrégularité et le grief, mais aussi en ce que le grief fasse obstacle pour le plaideur à faire valoir un droit ou un moyen de défense, il faut vraiment que le préjudice soit constatable, soit tangible. Cela conduit à une appréciation souveraine de la part des juges.

---

[94] Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 décembre 2017, n°17-87.757 ; Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 décembre 2018, n°18-85.674

[95] Clément, Éloi. « Les présomptions de grief en procédure pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, no. 3, 2020, pp. 557-575.

[96] Cour de cassation, Chambre criminelle, 26 juin 2013, n°13-81.491, Publié au Bulletin

[97] Conseil constitutionnel, décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021

[98] Cour de cassation, Chambre mixte, 24 février 2017, n°15-20.411, publié au Bulletin.

[99] J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI in Droit judiciaire privé LGDJ 2019, La sanction des règles de formation p.184.

[100] Cour de Cassation, Deuxième Chambre Civile, du 3 avril 2003, 00-22.066, Publié au bulletin

[101] Cour de cassation, civile, Deuxième Chambre Civile, 20 octobre 2011, 10-24.109, Publié au bulletin

En conséquence, on va faire comme si l'acte n'existait plus, une nullité a d'abord une conséquence sur l'acte annulé et potentiellement les actes postérieurs qui y sont liés, des actes qui trouveraient leur raison d'être dans l'acte annulé. C'est toujours à celui qui invoque la nullité de la démontrer. Il arrive régulièrement qu'il y ait des irrégularités sans griefs démontrés et donc sans conséquences.

La nullité peut également être réparée, l'acte vicié peut être régularisé, en procédure civile dès lors que le procès est la chose des parties les parties peuvent rattraper la chose procédurale, *article 115 du CPC*. Afin de soulever des éléments de nullité il faut :

- Il faut que la nullité soit demandée
- La nullité doit être demandée immédiatement avant toute autre chose
- La nullité doit être prévue par un texte ou par une jurisprudence
- Le vice de forme doit être grave et établit, il doit porter à conséquence sur la possibilité d'invoquer un droit, un argument pour l'une des parties et il faut que la régularité n'ait pas été régularisée.

A l'aune de ces 4 conditions, on va tenter de sauver les actes, le but n'étant pas de favoriser l'entrave procédurale, mais la mise en l'état. Ainsi, par extension, il devient difficilement opposable en matière civile de considérer la nullité comme une atteinte aux droits des parties.

Le formalisme de la rédaction et de la notification des actes est comminatoire. Cela signifie que l'on a une approche incitative, moralisante, assortie de sanction, mais duquel on souhaite faire découler un comportement procédural vertueux. En dehors de ces conditions la nullité pourra être invoquée « *in limine litis* ». Dès lors, peut agir en nullité toute personne qui y a intérêt. Ici toutefois, il faut être partie à la procédure, étant entendu que la recevabilité de l'intérêt à agir pour la nullité ne doit pas être confondu avec la preuve du grief.

Dès lors, et ce, exception faite des demandes visant à ralentir la procédure, l'aspect hautement protecteur des nullités s'impose et il convient fortement de le rappeler, à l'heure où celles-ci sont pointées du doigt par les politiques comme source de ralentissement de la machine judiciaire.

Paul MORRIS



Colloque

Salle Alex Weill, Faculté de droit
1 Place d'Athènes
67000 Strasbourg



La diversification du droit de la non-discrimination au travail en Europe

25 juin 2024 | 9h00-16h00

Contact : fru6703-contact@unistra.fr

Inscription en ligne : https://europa.unistra.fr

Organisé par

Laboratoire Droit, religion, entreprise et société | DRES de l'Université de Strasbourg et du CNRS

Partenaires

Fabrique de la société européenne | MAKES

Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion

Institut du travail Université de Strasbourg

AFDT Grand Est

Conception : Aurélie Kraft - FRU 6703

LE SECRET DES INVESTIGATIONS ET LES DROITS DE LA DÉFENSE.

Maître Mehdi MOUNIR
Avocat au Barreau de Paris

Les avocats occupent une position centrale en tant que gardiens des droits fondamentaux, jouant un rôle crucial dans la protection des justiciables au sein du système judiciaire. Leur responsabilité clé est de préserver la présomption d'innocence face aux risques de violation du secret de l'enquête, évitant ainsi la stigmatisation publique de leurs clients.

Ils peuvent entreprendre des actions proactives telles que demander l'intervention du procureur ou agir directement par des déclarations et des communiqués de presse, tout en respectant des mesures éthiques. En utilisant le mécanisme de l'article 9-1 du Code civil, les avocats ont la possibilité de saisir le juge pour des mesures d'urgence visant à mettre fin à toute atteinte à la présomption d'innocence.

En agissant de manière éclairée et éthique, les avocats assurent une défense non seulement juridique mais aussi la protection des principes fondamentaux.

Le secret de l'enquête et de l'instruction prévu à l'article 11 du Code de procédure pénale est un principe de plus en plus discuté sans pour autant que les différentes réformes aient remis en cause sa force.

En effet, le secret dans la phase relative aux investigations est une règle traditionnelle qui remonte à l'ordonnance de 1670.

Cependant, on observe depuis le début du XXe siècle que différentes propositions ont été faites : certaines visant à rendre l'enquête et l'instruction plus transparentes, tandis que d'autres, au contraire, cherchent à renforcer le secret. Ces initiatives reflètent un désir de changement de la part du législateur, marqué par une certaine versatilité.

Quoi qu'il en soit, le principe demeure toujours et est prévu à l'article 11 du Code de procédure pénale qui dispose :

« La procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète ».

I. LES VIOLATIONS REPETEES.

Il est crucial de souligner qu'au cours des cinquante dernières années, suite à de multiples affaires judiciaires, la violation du secret de l'enquête et de l'instruction a principalement nui aux droits et à la réputation des personnes poursuivies de manière quasi-exclusive.

Ces événements ont mis en lumière l'importance cruciale de renforcer ce principe fondamental afin d'assurer une justice équitable. Au fil des dernières années, cette préoccupation s'est intensifiée, notamment en raison de la prolifération croissante d'informations secrètes transmises à des journalistes, exposant ainsi les personnes poursuivies à une diffusion non maîtrisée sur les réseaux sociaux.

Cette montée en flèche des violations du secret de l'enquête et de l'instruction a souligné l'urgence de renforcer les mécanismes de préservation de ce principe essentiel pour préserver l'intégrité du processus judiciaire et les droits de la défense.

Il est manifeste qu'aujourd'hui, le secret dans la phase de pré-jugement demeure essentiellement théorique : le procureur de la République n'a nul besoin de requérir la communication du dossier. Comme le soulignait Pierre Chambon, il est mieux informé en lisant les journaux ou en regardant la télévision, l'instruction se déroulant parfois avec la complaisance des chaînes de télévision.

Le législateur, conscient de la nécessité de préserver le secret des investigations dans un impératif d'efficacité, a cherché à résoudre la question de la protection des personnes poursuivies en mettant en avant le rôle du procureur de la République.

II. DES CORRECTIONS INADAPTEES.

Dans un premier temps, il est nécessaire de rappeler que la violation du secret de l'instruction sous couvert d'un droit à l'information supposerait l'existence d'un droit subjectif à l'information. Cependant, comme l'indique le professeur Jacques Leroy, l'existence d'un droit subjectif à l'information est une pétition de principe.

Il souligne également que c'est une tendance contemporaine de voir des droits partout, même là où ils n'existent pas.

Dès lors, la mise en avant répétée, notamment par des journalistes, d'un prétendu « droit fondamental » à l'information ne peut perdurer.

Ce préalable étant rappelé, le législateur a tenté de corriger les violations de plus en plus inquiétantes du secret des investigations au moyen d'un alinéa intégré à l'article 11 du Code de procédure pénale.

L'alinéa 3 de l'article susmentionné dispose que :

« *Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public ou lorsque tout autre impératif d'intérêt public le justifie, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire agissant avec son accord et sous son contrôle, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause* ».

La démarche s'inscrit dans un cadre plus général visant à renforcer le rôle du procureur de la République. Il est à noter que cette disposition a été maintenue par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

Cependant, cela ne saurait pleinement satisfaire les intérêts des personnes poursuivies.

Il ne suffit pas de leur offrir des garanties théoriques, mais il est nécessaire de consacrer une véritable protection contre une « présomption de culpabilité » qui est souvent perçue dans l'opinion publique comme la norme.

Le procureur de la République se révèle être un faux ami en réalité. Il ne joue pas le rôle de juge et ne mène pas l'enquête « à charge et à décharge ». En effet, son objectif affiché est de soutenir activement l'accusation. En aucun cas, il n'a vocation à agir en tant qu'arbitre, et encore moins à assurer la préservation des intérêts de la personne poursuivie.

Il existe deux outils à disposition de l'avocat pour assurer les droits de la défense de son client sans être en violation des articles 11 du Code de procédure pénale et l'article 434-7-2 du Code pénal que sont les Droits de la défense et l'article 9-1 du Code civil.

III. LES OUTILS A DISPOSITIONS DE L'AVOCAT.

A titre de rappel, le secret de l'enquête et de l'instruction est pour l'avocat non seulement une obligation légale est également une obligation déontologique.

C'est pourquoi les avocats, en tant que personnes concourant au secret des investigations sont soumis au secret dans la mesure où il n'est pas porté atteinte aux droits de la défense.

A) Les droits de la défense.

En effet, du point de vue de l'avocat, le secret de l'enquête et de l'instruction, fondé uniquement sur la protection du mis en examen, ne devrait pas porter atteinte aux droits de la défense, comme le précise l'article 2 bis du RIN et l'article 11 du Code de procédure pénale.

La question de la portée d'une telle exception doit être soulevée, car au-delà de la stricte nécessité de la défense permettant à l'avocat de prendre connaissance du dossier avec son client et, sous certaines conditions, de lui remettre une copie de tout ou partie de ses éléments, l'avocat peut être amené à vouloir rendre publics des éléments du dossier.

Cela peut se produire lorsque le client fait l'objet d'articles de presse le présentant de manière déformée et qu'il demande à son avocat de répliquer à ces mêmes articles (droit de réponse). La même

situation se pose lorsque le procureur de la République, par un communiqué à la presse, dresse un bilan incomplet ou erroné.

Ainsi, il est tout à fait possible pour l'avocat de faire des déclarations, de signer des communiqués de presse, dans la mesure seulement où il agit dans l'intérêt de son client. Ces déclarations doivent être mesurées et limitées au strict besoin de la défense, ne devant pas conduire à la publication ou à la diffusion de documents issus du dossier d'instruction.

B) La présomption d'innocence.

L'article 9-1 du Code civil permet d'obtenir que soient prescrites par le juge toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser toute atteinte à la présomption d'innocence.

En effet, l'article susmentionné dispose :

« *Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte* ».

Il ressort de cette disposition non seulement la possibilité de saisir le juge d'une mesure d'urgence, mais également la faculté d'engager, de manière concomitante ou ultérieure, la responsabilité de toute personne ayant porté atteinte au principe fondamental de la présomption d'innocence dans une perspective de réparation du préjudice.

EN CONCLUSION

Il est indéniable que les avocats jouent un rôle central dans la protection des justiciables, en tant que gardiens des droits fondamentaux au sein du système judiciaire. Face aux risques que représente la violation du secret de l'enquête et de l'instruction, ces professionnels du droit sont investis d'une responsabilité cruciale pour préserver la présomption d'innocence et protéger leurs clients d'une éventuelle stigmatisation publique.

Les avocats ont la possibilité d'agir activement en faveur de leurs clients. Ils peuvent solliciter l'intervention du procureur, plaidant pour la diffusion d'éléments objectifs issus de la procédure, dépourvus d'appréciations sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause.

Par ailleurs, ils ont le droit d'entreprendre des actions directes, telles que la rédaction de déclarations ou la signature de communiqués de presse, à condition que ces actions soient guidées par l'intérêt légitime de leur client. Toutefois, il est impératif que ces déclarations demeurent mesurées et limitées au strict nécessaire de la défense, ce qui interdit en toute circonstance la publication ou la diffusion de documents provenant du dossier d'instruction.

Enfin, les avocats disposent du mécanisme prévu par l'article 9-1 du Code civil, qui leur permet de saisir le juge en vue de l'adoption de mesures d'urgence pour faire cesser toute atteinte à la présomption d'innocence. En agissant de manière éclairée et éthique, les avocats sont non seulement les défenseurs juridiques de leurs clients, mais également les gardiens vigilants des principes fondamentaux de la justice et de l'équité.

Mehdi MOUNIR.





PANTHÉON SORBONNE
UNIVERSITÉ PARIS 1

La nature a-t-elle des droits?

Enjeux et concrétisations

COLLOQUE

5 et 6 juin 2024

Sous la direction scientifique de
Catherine Le Bris / Marta Torre-Schaub

Institut des Sciences Juridique & Philosophique - UMR 8103

cnrs

CLIMALEX
CHANGEMENT CLIMATIQUE & DIALOGUE INTERDISCIPLINAIRE

SFDE
Société Française pour le Droit de l'Environnement

AVOCATS BARREAU • PARIS

pantheonsorbonne.fr

LA PROCEDURE PENALE EST-ELLE ACCUSATOIRE OU INQUISITOIRE ?

Rachid BOUMALI
Juriste, Auteur & Président Association de Défense des Droits Humains et de Sauvegarde des Libertés Fondamentales

Ineptie monolithique – inenvisageable sur un mode linéaire – ou dysphagie analytique, le cadre procédural répressif ne peut se concevoir simplement ; il est multipolaire.

La procédure pénale française est-elle accusatoire ou inquisitoire ?

La réflexion ne saurait être posée en des termes si caricaturaux tant il est vrai que, comme le rappelait très justement Phillipe Jestaz, les questionnements juridiques ne paraissent simples qu'à ceux qui ne s'en posent aucun[102].

Secret, écrit et non contradictoire et, en contrepoint, public, oral et accordant une place primordiale à la contradiction, le mode procédural répressif français rayonne par sa complexité qui confine à son esthétisme. Ces vecteurs antithétiques – sans, toutefois, antinomie –, cette parfaite asymétrie conceptuelle, rendent l'objet de la procédure pénale efficient. Toutefois, le cadre procédural répressif n'est qu'une chronologie qui ne saurait être fragmentée, à l'instar des poupées gigognes qui perdraient leur épithète une fois isolées.
Comment mener une enquête effective sans secret le plus absolu ? Comment, dans un État de droit, condamner un agent en catimini, sans contradiction ni oralité des débats ou respect des droits de la défense ? Comment concilier l'efficacité des enquêtes et le respect des libertés individuelles ? Comment allier deux paradigmes, *a priori*, exclusifs l'un de l'autre ?

Les enjeux sont légions et les réponses ne sont pas évidentes.

Initialement, la procédure pénale hexagonale est accusatoire et place les parties privées sur un pied d'égalité. Toutefois, elle était légèrement revêche et certaines pratiques comme l'ordalie pouvaient conduire à une fieffée impunité des auteurs d'infractions pénales. Vers la fin du XII^e^ siècle et au début du XIII^e^ siècle, le mode procédural inquisitoire pur naquit. Avec l'avènement exclusif de ce type de procédure, les pouvoirs publics devinrent les acteurs répressifs de premier plan. Ainsi, la procédure pénale française a expérimenté ces deux paradigmes répressifs avant d'opter, au fil des conquêtes Napoléoniennes et Républicaines, pour un modèle qu'on peut qualifier de contradictoire ou de successif.

Dans la pureté des principes, il faut, d'emblée, souligner que la procédure inquisitoire



[102] Phillipe JESTAZ, *Le droit*, 11^e^ éd., coll. « *Connaissance du droit* », Dalloz, 2021, p. V.

n'est pas une procédure inquisitoriale et que la procédure accusatoire n'est en rien accusatrice. Ces distinctions sont ténues, imperceptibles pour d'aucuns, mais pourtant capitales. En d'autres termes, la procédure répressive française n'a pas, théoriquement, pour objet de désigner un coupable coûte que coûte par l'entremise d'une enquête indiscrète considérée comme arbitraire et vexatoire. Autrement dit encore, la procédure pénale doit être la sœur siamoise de la Liberté, enchâssée au sein des libertés publiques, et non pas l'une des têtes de l'hydre liberticide qui fleurirait sans cesse malgré les efforts des Défenseurs des droits de l'homme.

Les caractères conjugués de notre procédure répressive ne sont, à dire vrai, que les deux versants d'une même pièce, indissociables l'un de l'autre. La procédure pénale n'est pas simplement indispensable au droit pénal, elle est indissociable de son expression, permissive de sa répression, de son exécution.

Dur à comprendre pour l'homme de la rue qui doit faire preuve d'un pragmatisme exacerbé et qui, dans l'écrasante majorité des cas, lorsqu'une poursuite à son endroit se fait jour « n'apparait » et « n'intervient », alors qu'il est celui qui risque la sanction pénale, non pas à l'extrême orée du processus répressif, mais seulement au moment où la partie émergée de l'*iceberg* est visible, en d'autres termes, durant la phase décisoire (le procès à proprement parler). Plus simple à assimiler, en revanche, pour l'homme du bureau, souvent perdu dans le monde des idées, qui comprend plus ou moins les concepts juridiques mais qui, lorsqu'il est confronté à la véhémence de la machine répressive, avec tous les travers qu'elle peut comporter, vacille et tombe inévitablement des nues.

Évoquer la procédure pénale implique, bien entendu, de la définir, de balayer à grands traits ses contours. L'algorithme répressif peut être envisagé comme « l'ensemble [des] règles qui concernent le statut et l'organisation du personnel de justice pénale et son activité depuis le moment où la commission d'une infraction pénale est soupçonnée jusqu'à celui où son auteur, identifié et condamné, commencera à exécuter la sanction prononcée[103] » – même si, par essence, toute définition peut receler un caractère sensiblement réducteur, elle nous semble assez complète. L'accomplissement des actes de procédure pénale n'est que le corollaire du soupçon de la commission d'une infraction et la procédure pénale n'est rien d'autre que le droit pénal en action[104].

« La procédure pénale à la française est un chef-d'œuvre d'hybridation »

Le droit pénal, pur droit naturel, et le seul, impose, par essence même, la préservation de l'ordre public, le maintien du bon fonctionnement de la cité et la procédure répressive n'est que l'armature de ce noble dessein originel. Les deux sont intimement liés, imbriqués.

L'image de l'homme sans colonne vertébrale ou de l'arbre sans racine doit être assez évocatrice : cette aporie ne peut se concevoir. La sauvegarde de l'ordre public ne peut s'entendre sans une procédure pénale opérante. Son importance est donc cardinale et c'est bel et bien la procédure qui confère des droits et des garanties à celui qui a pourtant violé le Droit. Ainsi, il sera de l'élégance des pouvoirs publics, d'une Nation évoluée, que de respecter les garanties de régularités d'un État civilisé à l'endroit de celui qui le méprise profondément et le montre ouvertement par ses agissements répréhensibles. L'État de droit ne saurait égruger ceux qui seraient soupçonnés d'avoir commis une infraction pénale – fussent-ils coupables.

Le droit pénal semble, ainsi, bien plus important que la promesse du porte-fort. Et, le combat pour les libertés, celui pour mettre en scène les garanties procédurales, ni duel au premier sang, ni guerre picrocholine ou travail de Sisyphe, doit préoccuper, lancinер voire alarmer les défenseurs des droits humains.

C'est, d'ailleurs, à ce titre, qu'il faut, *ipso facto*, considérer le droit pénal comme un droit public plutôt que privé puisqu'en effet la commission

[103] Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, 3e édition, Ellipses Édition, 2017 P. 7.

[104] Jean LARGUIER, « Introduction », *La procédure pénale*, Éditions Presses Universitaires de France, 2007, pp. 3-8.

d'une infraction trouble, d'abord et avant toute chose, l'ordre commun, la quiétude publique, plutôt qu'un intérêt particulier, parfois si vil, qui sera ultérieurement réparé sur le plan civil. À ne pas s'y méprendre, le droit pénal – et la procédure qui lui est consubstantielle – est bel et bien chose d'État[106].

« En matière criminelle, ce n'est pas contre un citoyen isolé qu'il faut se défendre : c'est le corps social qui est la véritable partie ; c'est la société tout entière, blessée par l'infraction de la paix et de la sureté publique, qui presse le jugement et la condamnation du coupable[107] »

L'autorité de poursuite est bien le procureur de la République et non pas une partie privée – la mise en mouvement de l'action publique est, certes, offerte à la partie qui se prétend victime mais cet aspect est résiduel pour ne pas dire illusoire. En revanche, l'exercice de l'action publique, les réquisitions à fin d'application de la loi pénale ne sont qu'une attribution étatique exclusive. Ainsi, la mise en mouvement de l'action publique et son exercice ne sauraient faire l'objet d'une inepte confusion.

« Nul besoin de l'étincelle victimaire pour embraser le processus répressif »

En sus, la tenue de la tranquillité publique s'oppose à ce que de simples particuliers transigent avec un agent soupçonné d'avoir commis une infraction pénale. Et, par surcroît, le rôle du juge répressif ne se cantonne aucunement à une passivité infirme dans la recherche de la vérité.

Cela étant précisé, la personne inquiétée pénalement se trouve, inéluctablement, sur une balance instable où le déséquilibre face aux pouvoirs publics ne peut être nié. Elle dispose, toutefois, de nombreuses garanties liées aux droits de la défense et au méta-principe de présomption d'innocence comme par exemple la faculté de se taire, celle de choisir son défenseur, celle d'être informée de la poursuite dont elle fait l'objet ou encore celle de fourbir ses armes sans égard à quelque loyauté que ce soit.

La procédure pénale française, s'éloignant des extrêmes, chef-d'œuvre d'hybridation, se caractérise par une mixité qui est le fruit, non pas du gauchissement du système, mais d'une tentative d'accroissement de la protection à la fois des intérêts particuliers (coupables et victimes d'infractions pénales) et de ceux de la collectivité. Cette alliance, mâtinée et interdépendante, tente de se rapprocher d'une harmonie pourtant dure à atteindre, voire inconnaissable.

Rachid BOUMALI



[106] Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, Procédure pénale, 5e édition Éditions Cujas, 2001, p. 18.

[107] Jean-Baptiste TREILHARD, Exposé des motifs préalables à l'adoption du Code criminel, 7 septembre 1808.



COLLOQUE UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

Journées de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel

LA CONSTITUTION HORS DE L'ETAT : RÉFLEXIONS SUR L'USAGE DU DROIT CONSTITUTIONNEL EN DEHORS DES SPHÈRES ÉTATIQUES

Sous la direction scientifique de **Helle Krunke**, **Julien Bonnet**, **Philippe Blachèr**, **Xavier Philippe**,

19 & 20 JUIN 2024

CONTACT
Alexandra GASMI
edp-lyon@univ-lyon3.fr
04 78 78 70 59

Amphithéâtre de la MILC
Université Jean Moulin Lyon 3
35 Rue Raulin
Lyon 7e

COLLOQUE GRATUIT - **UNIQUEMENT EN PRÉSENTIEL**
INSCRIPTION OBLIGATOIRE SUR LE SITE INTERNET :
HTTPS://EDPL.UNIV-LYON3.FR/

UNIVERSITÉ LYON III JEAN MOULIN · CDC Centre de Droit Constitutionnel · EDPL Équipe de Droit Public de Lyon · UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON SORBONNE · Association française de droit constitutionnel



LA LOI DU 29 JUILLET 1881 : UNE LOI FONDAMENTALE GARANTISSANT LA LIBRE EXPRESSION, RÉGULIÈREMENT MALMENÉE.

Maître Lorraine GAY
Avocate au Barreau de Paris

Vieille dame de plus de 140 ans que d'aucune pourrait juger désuète voire dépassée, la loi du 29 juillet 1881 reste pourtant la pierre angulaire des textes venant régir la liberté d'expression, qu'il s'agisse de l'expression écrite ou orale, quel que soit le support concerné, et y compris sur les réseaux sociaux qui permettent, aujourd'hui, une diffusion amplifiée de la parole.

Cette loi protège en effet un principe à valeur constitutionnelle, celui de la liberté d'expression, laquelle découle de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui appartient au bloc de constitutionnalité et énonce que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* ».

La loi du 29 juillet 1881, injustement dénommée « *loi sur la presse* », est donc cette loi qui vient déterminer « *les abus* » de la liberté d'expression et, ce faisant, qui en assure la garantie et la protection, que ce soit l'expression des journalistes ou celle de tout citoyen, personne physique ou personne morale, de droit privé comme de droit public. Si cette loi protège la presse, en incluant notamment le respect de l'anonymat des sources, elle n'est ainsi pas une loi spécifique aux journalistes mais une loi qui s'applique et qui profite à tous, sans distinction. Elle est notre bien commun et l'un des socles les plus importants de notre démocratie.

Cette loi, et la jurisprudence qui en découle, ont bien évidemment évolué au fil du temps, pour s'adapter aux évolutions des modes de communication et aux changements sociétaux, complétée par des textes ultérieurs[107] ; mais elle reste néanmoins organisée autour de principes fondamentaux, qui en garantissent précisément l'équilibre, un équilibre précaire mais résistant, et c'est la raison pour laquelle il ne faut toucher à cette loi que d'une main tremblante.

Pour protéger l'expression dans un cadre équilibré et respectueux des droits de la défense de chacun, l'architecture de cette loi repose ainsi sur de grands piliers.

Or, force est de constater que depuis plusieurs années, le législateur tente de détricoter ce maillage subtil en adoptant, ou en tentant d'adopter, des lois qui sont autant de coup de boutoirs destinés à faire vaciller cet édifice séculaire.

I. LES PILIERS DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881 : UNE LIBERTÉ PROTÉGÉE DANS LE RESPECT DES DROITS DE TOUS

➢ Des infractions clairement définies

La loi du 29 juillet 1881, qui proclame en son article 1er que « *l'imprimerie et la librairie sont libres* », se posant ainsi comme une loi rejetant la censure *a priori,* définit et réprime un certain nombre d'infractions[108] constituant des abus de la liberté d'expression, infractions dépendant de la catégorie de personnes visées, outre les infractions dites sociétales[109].

Ses dispositions sont particulièrement claires et répondent ainsi aux principes posés par

[107] Notamment la loi 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, la loi 86-897 du 1er août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ou encore la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

[108] Principalement : la diffamation, l'injure, l'outrage, les provocations.

[109] Notamment celles qui présentent un caractère discriminatoire

les articles 7[110] et 8[111] de la DDHC.

En outre, elles répondent tant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité des lois[112], qu'au principe constitutionnel de clarté de la loi[113], la clarté de la règle de droit étant un impératif dont le Conseil constitutionnel assure le respect[114].

Elles répondent en outre à l'exigence de prévisibilité de la loi résultant de la Convention Européenne des Droits de l'Homme[115] et de sa jurisprudence constante, la Cour Européenne des Droits de l'Homme en déduisant que les personnes concernées doivent pouvoir déterminer avec un degré raisonnable de certitude les « *prévisions de la loi* », soit les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé[116].

Ainsi, les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 définissant et réprimant les infractions de presse n'ont jamais été considérées comme contraires à ces différents principes.

- La prescription trimestrielle

Dans son article 65, la loi sur la presse prévoit un délai de prescription dérogatoire du droit commun puisqu'il s'agit d'un délai de trois mois à compter du jour de la publication, quelles que soient les personnes concernées ou le support de publication, étant précisé à cet égard que les infractions de presse[117] sont des délits instantanés, dont l'élément matériel est l'acte de publication qui fait courir le délai de prescription.

Conçue dès l'origine pour protéger la liberté d'information, puisqu'elle permet à la presse de ne pas avoir à répondre indéfiniment d'une responsabilité de son contenu, cette conception demeure d'actualité aujourd'hui, si ce n'est plus, à une époque où une actualité en chasse une autre.

Cette prescription s'applique à tous, quelle que soit la catégorie de personnes visées, n'étant pas une disposition catégorielle. Et si ce délai de trois mois a été exceptionnellement élargi à un an, c'est à raison de la nature des infractions visées, à savoir les infractions heurtant l'ordre public, ce qui a été validé par le Conseil constitutionnel[118].

La prescription de trois mois à compter de la publication des propos ne dépend donc pas de la personne qui agit, pas plus qu'elle ne dépend du type de support, le conseil Constitutionnel ayant d'ailleurs retoqué la LCEN du 21 juin 2004 qui prévoyait de faire courir ce délai à compter de la date à laquelle cesse la publication[119].

C'est donc un principe fondamental et intangible.

- Des garanties procédurales

La loi du 29 juillet 1881 prévoit un formalisme très particulier, notamment aux termes de ses articles 50 et 53, dont il ressort qu'il est impératif que l'acte introductif d'instance précise et qualifie le fait incriminé, qu'il indique le texte de loi applicable à la poursuite et qu'il respecte d'autres formalités, variant selon qu'il s'agit d'une plainte avec constitution de partie civile[120] ou d'une citation directe/une assignation[121].

Ces exigences principales[122], qui sont d'ordre public et imposent ainsi que soient indiqués les propos litigieux, les textes définissant et réprimant l'infraction, mais encore le(s) support(s) de diffusion de ces propos, ont pour objet de permettre aux personnes poursuivies de connaître, sans équivoque, quels sont exactement les faits qui leur sont reprochés et sur quel fondement, et ce aux fins de pouvoir préparer utilement leur défense.

Le non-respect de ces garanties procédurales est sanctionné par la nullité, sans

---

110 « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites…* »

111 « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.* »

112 Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999

113 Décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002

114 Par exemple Décision n°2005-530 DC 29 décembre 2005

115 Article 1er du 1er protocole additionnel

116 Cour Européenne des Droits de l'Homme, 24 novembre 2005, TOURANCHEAU – JULY / FRANCE

117 Diffamation et injure notamment

118 Décision n°2013-302 QPC

119 Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004

120 Exigence d'articulation

121 Exigence d'une élection de domicile

122 Il en existe d'autres

qu'il soit besoin de justifier d'un quelconque grief puisque celui-ci est d'ores et déjà constitué par une violation des droits de la défense.

Et il sera souligné à cet égard que le Conseil Constitutionnel a jugé, le 17 mai 2013, que l'article 53 était conforme à la constitution[123].

Ainsi, et quand bien même elle a ses détracteurs, qui lui reprochent trop de technicité et de formalisme, il apparaît que la loi du 29 juillet 1881 est une loi équilibrée qui constitue la matrice du régime de l'expression publique dans notre société démocratique.

II. LES TENTATIVES RÉCURRENTES DE DETRICOTAGE DE LA LOI DE 1881 : UNE LIBERTÉ MENACÉE

La primauté de la loi sur la presse excluant qu'il soit recouru à d'autres dispositions ou fondements pour poursuivre des abus de la liberté d'expression[124], le législateur, par méconnaissance, peut-être, ou, pire, par volonté d'encadrer et restreindre le débat démocratique, a entrepris un détricotage en règle de cette loi, dont quelques exemples, parmi les plus emblématiques, seront rappelés ici pour illustrer cette volonté.

C'est principalement au prétexte de la diffusion virale des propos *via* les réseaux sociaux, qui leur confèrent ainsi un écho démultiplié, que sont justifiées ces multiples atteintes ou tentatives d'atteintes, quand ce n'est pas pour répondre à des problématiques sociétales conjoncturelles.

- Parmi les premiers actes de démaillage de la loi de 1881, figure l'exfiltration du délit de provocation et d'apologie du terrorisme qui, jusqu'à la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014, était prévu et réprimé par l'article 24 alinéa 6 de la loi sur la presse, les parties bénéficiant ainsi des garanties procédurales de cette loi, le délai de prescription étant en l'occurrence étendu à un an.

Désormais, cette infraction relève du Code pénal[125], qui la punit de cinq ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende, les peines étant aggravées en cas de faits commis par un service de communication au public en ligne. Et si les règles de responsabilité qui s'appliquent sont celles de la loi sur la presse[126], ce qui implique que des médias ou des journalistes puissent être concernés, ce sont bien les seules dispositions de la loi de 1881 qui s'y appliquent puisque, notamment, cette infraction est soumise au délai de prescription de droit commun de 6 ans.

Cette exfiltration a été motivée par le ministre de l'Intérieur de l'époque, Bernard Cazeneuve, par la nécessaire « *lucidité* » face à « *un phénomène récent et gravissime* », à savoir « *la stratégie médiatique* » des groupes djihadistes et le fait qu' « *Internet offre aux thèses les plus extrêmes une caisse de résonance démultipliée* »[127].

Et le Conseil constitutionnel a estimé qu'il n'y avait pas de violation de la liberté d'expression, affirmant que :

« *En instituant le délit d'apologie publique d'actes de terrorisme, le législateur a entendu prévenir la commission de tels actes et éviter la diffusion de propos faisant l'éloge d'actes ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Ce faisant, le législateur a poursuivi l'objectif de valeur*

---

[123] « *En imposant que la citation précise et qualifie le fait incriminé et que l'auteur de la citation élise domicile dans la ville où siège la juridiction saisie, le législateur a entendu que le défendeur soit mis à même de préparer utilement sa défense dès la réception de la citation et, notamment, puisse, s'il est poursuivi pour diffamation, exercer le droit, qui lui est reconnu par l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881, de formuler en défense une offre de preuve dans un délai de dix jours à compter de la citation ; que la conciliation ainsi opérée entre, d'une part, le droit à un recours juridictionnel du demandeur et, d'autre part, la protection constitutionnelle de la liberté d'expression et le respect des droits de la défense ne revêt pas, y compris dans les procédures d'urgence, un caractère déséquilibré* ».

[124] Jurisprudence constante : « *Lorsque le dommage invoqué trouve sa cause dans l'une des infractions définies par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, le demandeur ne peut, notamment pour échapper aux contraintes procédurales de cette loi, se prévaloir pour les mêmes faits de qualifications juridiques distinctes restreignant la liberté protégée par cette loi dans des conditions qu'elle ne prévoit pas* »

Voir notamment : Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 17 mars 2021, 19-20.459 ; Cour de Cassation, Première Chambre Civile, 8 nov. 2017, n°16-23.779 ; Cour de Cassation, Première Chambre Civile 26 septembre 2019, pourvoi n°18-18.938 et 18-18.944.

[125] Article 421-2-5 du Code Pénal

[126] Article 42 Loi 29 juillet 1881 et article 93-2 loi du 29 juillet 1982

[127] Article publié du site lepoint.fr, « *le délit d'apologie de terrorisme déporté vers le Code pénal* », 17-09-2014

constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions, dont participe l'objectif de lutte contre le terrorisme. En second lieu, d'une part, l'apologie publique, par la large diffusion des idées et propos dangereux qu'elle favorise, crée par elle-même un trouble à l'ordre public…
Enfin, si, en raison de son insertion dans le code pénal, le délit contesté n'est pas entouré des garanties procédurales spécifiques aux délits de presse prévues par la loi du 29 juillet 1881 mentionnée ci-dessus, les actes de terrorisme dont l'apologie est réprimée sont des infractions d'une particulière gravité, susceptibles de porter atteinte à la vie ou aux biens. »[128]

Or, la Cour Européenne des Droits de l'Homme, si elle a considéré que cette nouvelle disposition était prévue par la loi et répondait à un but légitime, a néanmoins condamné la France pour violation de l'article 10 de la Convention, aux motifs que la sanction infligée était une peine privative de liberté et qu' « *une peine de prison infligée dans le cadre d'un débat politique ou d'intérêt général n'est pas compatible avec la liberté d'expression* »[129].

➢ Ont succédé à cette première entaille, « *une succession délétère de textes visant à détricoter l'un des principaux textes protecteurs des libertés publiques* »[130], avec, par exemple, la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information qui a introduit un nouveau délit de fausses informations en période électorale, défini à l'article L.163-2 du Code électoral, alors même qu'existe déjà un délit similaire, prévu et réprimé par l'article 27 de la loi du 29 juillet 1881.
De même, la loi 2021-1109 du 24 août 2021, loi dite « séparatisme », a-t-elle créé un délit de mise en danger de la vie d'autrui par révélation et diffusion d'informations[131].
Encore faut-il souligner que cette même loi a introduit dans le code de procédure pénale la possibilité du recours à la comparution immédiate pour des délits sociétaux de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse[132], lorsque ces contenus ne sont pas contrôlés par des directeurs de publication de presse, et toujours au prétexte de sanctionner les abus les plus graves et manifestes à la liberté d'expression favorisés par les réseaux sociaux, distinguant ainsi la presse et les autres citoyens, alors même que la loi de 1881 est la loi de tous. Et cette disposition a été jugée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel[133].

➢ Et ce dévoiement de la loi protégeant la liberté d'expression perdure puisque l'on a pu assister, très récemment, à de nouvelles tentatives de détricotage de la loi, à commencer par la volonté d'adopter, au sein d'une proposition de loi visant à renforcer la protection des élus, et plus précisément des maires, de plus en plus souvent victimes de dégradations et de violences physiques et verbales, en particulier sur les réseaux sociaux, un article faisant passer le délai de prescription de trois mois à un an lorsque la victime est titulaire d'un mandat électif public ou lorsqu'elle est candidate à un tel mandat au moment des faits.

Cette disposition, qui aboutissait à une rupture d'égalité des citoyens devant la loi[134], contrevenait par ailleurs au principe de prévisibilité de la loi dès lors que « *les candidats à un mandat électif* » sont une catégorie floue qui n'existe pas au sein de la loi de 1881 et pouvait *in fine* aboutir à la mort du débat public, a été abandonnée *in extremis*, les associations de journalistes et avocats de presse s'étant mobilisées à cette occasion pour s'y opposer.

Enfin, dernière tentative en date, la loi dite SREN adoptée le 8 avril 2024 qui introduisait un délit inédit « *d'outrage public en ligne* » dans le Code pénal[135], cette infraction consistant à « *diffuser en ligne tout contenu qui, soit porte atteinte à la dignité de la personne, ou présente à son égard un caractère injurieux, dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* ».

Sans aucune cohérence avec la loi de 1881, ce texte recouvrait « *grossièrement plusieurs infractions déjà existantes prévues par la loi sur la presse, et notamment l'injure et la diffamation* », son champ d'application étant par ailleurs « *susceptible de viser quasiment sans limite tout contenu à*

---

[128] Décision n° 2018-706 QPC, 18 mai 2018
[129] Cour Européenne des Droits de l'Homme 5ème sect, 23/09/2022, ROUILLAN c./FRANCE
[130] Communiqué de presse de l'AAPDP du 15 avril 2024
[131] Article 223-1-1 du Code pénal
[132] Provocations publiques à la haine ou à la violence, négationnisme...
[133] Décision n°2024-1088 QPC du 17 mai 2024
[134] Article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.
[135] Article 222-33-1-2

caractère péjoratif, critique ou simplement négatif, sans aucun garde-fou, mettant en péril le débat démocratique. »[136]

Le flou qui entourait cette définition et faisait de ce délit un instrument particulièrement dangereux pour les libertés publiques n'a pas échappé au Conseil constitutionnel :

« *Le Conseil constitutionnel juge que si le législateur a prévu que le délit d'outrage en ligne ne peut s'appliquer dans les cas où les faits sont constitutifs des délits de menaces, d'atteintes sexuelles, de harcèlement moral et d'injures présentant un caractère discriminatoire, les dispositions contestées permettent cependant de réprimer des comportements susceptibles d'entrer dans le champ des autres délits mentionnés dans sa décision et prévus par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ou le code pénal.*

En second lieu, le Conseil considère, d'une part, qu'en incriminant le simple fait de diffuser en ligne tout contenu transmis au moyen d'un service de plateforme en ligne, d'un service de réseaux sociaux en ligne ou d'un service de plateformes de partage de vidéo, au sens des dispositions auxquelles elles renvoient, les dispositions contestées n'exigent pas que le comportement outrageant soit caractérisé par des faits matériels imputables à la personne dont la responsabilité peut être engagée. D'autre part, en prévoyant que le délit est constitué dès lors que le contenu diffusé soit porte atteinte à la dignité de la personne ou présente à son égard un caractère injurieux, dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante, ces dispositions font dépendre la caractérisation de l'infraction de l'appréciation d'éléments subjectifs tenant à la perception de la victime. Elles font ainsi peser une incertitude sur la licéité des comportements réprimés.
Le Conseil constitutionnel déduit de ce qui précède que les dispositions contestées portent une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée. »[137]

Ces quelques exemples démontrent à quel point la loi totémique du 29 juillet 1881, avec toutes les garanties qu'elle prévoit pour protéger notre liberté d'expression, est l'objet de nombreuses tentatives de contournement, qui sont autant de dispositions qui se surajoutent et sèment une confusion radicalement contraire à l'exigence de clarté et de précision de la loi sur la presse.

Plutôt que de créer de nouvelles infractions soumises au droit commun, le législateur devrait se pencher sur la manière de lutter efficacement contre les infractions de presse commises sur les réseaux sociaux.

Car s'il ne fait de doute pour personne que l'arsenal de lutte contre la désinformation et la haine qui se déploient sur les réseaux sociaux et qui sont aujourd'hui au cœur des préoccupations du législateur doit être significativement renforcé, ce n'est pas de cette manière qu'il y parviendra.

Or, et c'est là tout le paradoxe, le Parlement a voté en 2022, la loi 2022-299 du 2 mars 2022[138], qui a introduit l'article 60-1-2 du Code de procédure pénale, lequel rend impossible l'obtention des données d'identification des utilisateurs des réseaux sociaux en matière d'infractions de diffamation et d'injure puisqu'elles sont punies d'amende délictuelle tandis que ce texte ne permet d'obtenir les données que pour les délits punis de plus d'un an d'emprisonnement[139].

Ce faisant les parlementaires ont érigé l'anonymat en totem, au prétexte du respect de la vie privée et des données personnelles, mais au mépris des personnes dont l'honneur et la réputation sont attaqués, méprisés, outragés.

Le résultat concret de cette disposition, c'est donc l'impunité de ceux qui diffament, injurient ou outragent anonymement sur les réseaux ; et qui rendent ainsi inapplicable une loi fondamentale de notre République.

Lorraine GAY

CABINET NOUVELLES

[136] Cf note 17
[137] Décision n°2024-866 DC du 17 mai 2024
[138] Article 12
[139] Article 60-1-2 2° du Code de Procédure Pénale.

COLLOQUE

Institut de Recherche Juridique Interdisciplinaire
François-Rabelais (UR-7496)

Sous la direction de
Flavien Ferrand, Simon Hutin et Tommy Leroux

La Lettre, l'Esprit et le Droit



Faculté de droit, économie
& sciences sociales de Tours
Bâtiment B - Salle du Conseil
50 avenue Jean Portalis
37200 Tours

4 OCTOBRE 2024

Colloque CRDF

Les harcèlements au travail

organisé par Cyrille MARCONI et Lucas BENTO de CARVALHO

21 juin 2024

14h00 à 18h00

Amphithéâtre de la Présidence



Ouvert au public

Inscription obligatoire

Institut du travail | université de BORDEAUX | CRDF | UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR COLLÈGE SSH | IFTJ | EDSM

https://iftj.univ-pau.fr



DROIT À LA PREUVE EN MATIÈRE CIVILE : RECEVABILITÉ D'UNE PREUVE DÉLOYALE.

Maître Frédéric CHHUM
Avocat au Barreau de Paris

Et

Sarah BOUSCHBACHER
Juriste

En principe, les preuves déloyales sont irrecevables en application du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Or, par un arrêt rendu le 22 décembre 2023 (n°20-20.648), l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée sur les conditions de recevabilité d'une preuve obtenue ou produite de manière illicite ou déloyale.

La Cour de cassation admet dorénavant que, dans un litige civil, une partie puisse utiliser, sous certaines conditions strictes, une preuve obtenue de manière déloyale pour faire valoir ses droits.

Il en est ainsi notamment pour un employeur dans un procès en contestation par le salarié d'un licenciement pour faute grave.

I. FAITS ET PROCEDURE

Un salarié a été engagé à compter du 14 octobre 2013 en qualité de responsable commercial « *grands « comptes* » pour une société.

Il a notamment été convenu entre les parties au contrat de travail, que le salarié exercerait son activité depuis son domicile.

Or, le 28 septembre 2016, à la suite d'un entretien informel, le salarié a été mis à pied à titre conservatoire pour ensuite être convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement le 7 octobre 2016 et enfin, être licencié pour faute grave le 16 octobre 2016.

Par un arrêt rendu le 28 juillet 2020, la Cour d'appel d'Orléans dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamne l'employeur à payer diverses sommes afférentes au salarié.

En conséquence, l'employeur se pourvoit en cassation sur le fondement de l'article 9 du Code de procédure civile et de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon lesquels respectivement, « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* » et « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

II. MOYENS

En effet, l'employeur fait grief à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir déclaré irrecevables les éléments de preuve obtenus par lui, au moyen d'enregistrements clandestins.

Selon l'employeur, l'enregistrement audio, même obtenu à l'insu d'un salarié, est recevable et peut être produit et utilisé en justice dès lors qu'il ne porte pas atteinte aux droits du salarié, qu'il est indispensable au droit à la preuve et à la protection des intérêts de l'employeur et qu'il a pu être discuté dans le cadre d'un procès équitable.

À cet égard, l'employeur soutient que la cour d'appel n'aurait pas dû écarter des débats les pièces qu'il avait produites, et qui démontraient précisément que le salarié avait expressément refusé de fournir à son employeur le suivi de son activité commerciale.

III. SOLUTION

Faut-il alors considérer que, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve, dans le cadre d'un procès civil, conduit nécessairement à l'écarter des débats ?

L'assemblée plénière de la Cour de cassation répond par la négative, et casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans, en ce qu'il déclare

irrecevables les éléments de preuve obtenus par l'employeur au moyen d'enregistrements clandestins.

La décision de la Cour de cassation est basée sur une analyse précise de la jurisprudence rendue en matière de droit à la preuve, tant sur le fondement de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 du Code de procédure civile.

En effet, au regard des principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation souligne le fait qu'elle a consacré en matière civile seulement, un droit à la preuve qui permet de déclarer recevable une preuve illicite, lorsque celle-ci est indispensable au succès de la prétention de celui qui s'en prévaut et que l'atteinte portée aux droits est strictement proportionnée au but poursuivi.

Cependant, par de précédentes décisions rendues sur le fondement du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, la Cour de cassation a déjà jugé qu'une preuve est irrecevable lorsqu'elle est déloyale, c'est-à-dire recueillie à l'insu de la personne ou obtenue par une manœuvre ou un stratagème.

Face à cette jurisprudence duale, la Cour de cassation estime que l'application de la dernière jurisprudence exposée ci-dessus sur la preuve déloyale, ne peut cependant pas conduire à priver une partie de tout moyen de faire la preuve de ses droits.

C'est pourquoi la Cour de cassation rejoint la position de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne retient pas par principe l'irrecevabilité des preuves considérées comme déloyales, mais qui opère plutôt un contrôle de proportionnalité entre le droit à la preuve et les autres droits ou libertés fondamentaux avec lesquels il entre en conflit.

Par conséquent, la Cour de cassation considère désormais que, dans le cadre d'un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats, le juge devant, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence.

Par cette décision, l'assemblée plénière de la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence en s'alignant sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme, en matière de droit à la preuve.

Frédéric CHHUM et Sarah BOUSCHBACHER.

Sources :

Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 22 décembre 2023, n° 20-20.648
Communiqué de la Cour de cassation



LA LENTE AGONIE DE L'EXPIATION PENALE DANS LE DROIT FRANCAIS

Bernard BARTHET
Docteur en Sciences des Religions de l'Ecole Pratique des Hautes Études

Qu'est-ce qui permet à un groupe social de décider que certains actes de ses membres appellent un châtiment si ce n'est, comme l'a observé en premier Emile Durkheim en 1893[140] une réprobation sociale « *irrationnelle* » qu'est chargé de traduire le droit pénal ? Dès lors, il incombe aux juristes de définir de façon rationnelle, le mal dans le cadre d'une procédure planifiée en qualifiant l'infraction – crime ou délit – et la peine correspondante, en tant que punition adaptée[141] au titre de réparation/compensation de l'offense faite au groupe social.

Plus précisément, la sanction volontairement infligée au délinquant doit à la fois servir à prévenir d'éventuelles récidives pour maintenir la paix sociale mais encore permettre l'expiation de la faute sur le plan moral. Une nécessité qui va se heurter à la difficulté pour le droit pénal de contrôler dans le temps long le vieux réflexe primitif de la répression familiale vengeresse vis-à-vis de tout comportement déviant. Ce sont les grands traits de l'évolution historique de ce versant moral que vise ce rapide survol.

L'expiation médiévale par le spectacle ritualisé de la souffrance du condamné

Dans le prolongement du legs romain d'une première tentative de rationalité juridique, s'installe, durant le Haut-Moyen Age chrétien[142] avec l'arrivée de peuples germaniques de traditions coutumières, une justice pénale irrationnelle faite d'ordalies et de duels judiciaires à la recherche du jugement divin. Au demeurant, si les peines[143], progressivement infligées par l'autorité publique et non plus par le chef de la famille agressée, sont, en théorie, fixes, elles vont, au-delà, progressivement devenir arbitraires car souverainement déterminées par le juge en fonction de chaque cas. En outre, les aveux sont extorqués par des moyens artificiels comme la torture. Quant à la poursuite du délinquant, elle s'opère jusqu'au XIII[e] siècle selon une conception exclusivement accusatoire reposant sur la dénonciation.

Toutefois, dès le milieu du siècle précédent, la monumentale mise en ordre des sources canoniques effectuée par le moine Gratien vers 1140[144] est curieusement similaire au système logique contemporain de l'enquête, présenté par le *Sic et Non*[145] du dialecticien Abélard : faire ressortir les contradictions[146] des données recueillies pour mieux les concilier. Cette avancée savante, pratiquée dans les juridictions ecclésiastiques, permet de mettre en concurrence dans les tribunaux royaux une investigation rationnelle écrite et inquisitoire avec la traditionnelle procédure accusatoire orale. Pour autant, l'expiation criminelle reste, comme à Rome, fondée sur une complaisance certaine vis-à-vis de la violence d'une sanction criminelle théâtralisée publiquement à travers le supplice mortel imposé au corps du condamné. En réalité, il s'agit d'une souffrance envisagée dans une perspective religieuse dans laquelle le courage montré par le supplicié au cours de l'exécution est censé exprimer devant le groupe le rachat d'une déviance fautive qui l'en a littéralement exclu. De même que, dans la Rome royale archaïque, le meurtrier était déclaré *sacer*[147], soit séparé de la communauté humaine et confié aux dieux, l'auteur du crime[148] est lui aussi ostracisé de la société. En définitive, l'expiation de la faute passe toujours, au Moyen Age, par le sang du supplicié.

L'introduction du principe de légalité des « délits et des peines » et la séduisante solution de l'emprisonnement

140 *De la division du travail social*
141 Exécution capitale, correction afflictive, emprisonnement ou amende
142 VI[e]-X[e] siècle
143 La *poena* est à l'origine une valeur économique de dédommagement
144 *Décret*
145 *Oui et Non*, 1122
146 « Discordances » ou « dissonances »
147 *Sacré* – NdlR : à ce sujet, Gérard WALTER indique dans les notes explicatives du texte de l'*Histoire Romaine* de TITE-LIVE que la personne était « *voué aux dieux infernaux, donc maudite et hors la loi* » - *Historiens Romains, Historiens de la République, Volume I, Tite-Live et Salluste*, Bibliothèque de la Pléiade, 1968, page 895.
148 *Crimen*, tiré de *cernere*, signifiant séparer

L'Ancien Régime hérite au XVIe siècle d'un système pénal dont on peut dire qu'au milieu du XVIIIe siècle il aura sombré dans une procédure quasi-inquisitoriale puisque totalement secrète au point de maintenir l'accusé dans l'incertitude totale, sans aucun accès à son dossier. S'y ajoutent un arbitraire généralisé dans les incriminations et dans la fixation des peines, en même temps qu'une grande cruauté dans les sentences et le recours à la torture systématique[149] durant la procédure.

Autant de disfonctionnements qui sont dus principalement à la liberté d'appréciation excessive du juge au nom d'une délégation de la souveraineté royale. De plus, on constate une inégalité de jugement des délinquants selon leur rang social[150] ou quand le juge décide d'une peine non prévue par les ordonnances criminelles[151]. Et que penser des tragiques erreurs judiciaires, telle l'emblématique affaire Calas[152], dont l'erreur sera officiellement reconnue quatre ans après grâce à l'action courageuse de Voltaire[153].

Au demeurant, dans un royaume où le catholicisme est religion d'Etat, certains religieux commencent à réfléchir à d'autres solutions pénales fondées sur la privation de liberté. Selon le moine Dom Mabillon[154], le crime reste un péché qu'il conviendrait mieux de réparer, à l'exemple des monastères, par la pénitence dans la solitude d'une cellule carcérale. Le religieux fera bientôt des émules parmi des penseurs protestants anglo-saxons favorables à la privation de liberté rédemptrice.

C'est dans ce contexte, que, constatant les abus judiciaires existant dans tout le continent européen, un jeune juriste italien, Cesare Beccaria, propose d'appliquer un principe de réforme simple, en phase avec la philosophie ambiante des Lumières : la légalisation des délits et des peines[155]. Autrement dit, ni infraction ni peine sans loi. Le principe va inspirer plusieurs Etats européens. En France, il est repris par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789[156], puis par le Code des délits et des peines de l'An IV[157] qui atténue la rigueur des sanctions, avant que le Code d'instruction criminelle de 1808 et le Code pénal de 1810 ne le confirment.

Au total, comme a pu le souligner avec éclat Michel Foucault[158], le « cérémonial de la peine » s'efface progressivement : le pilori disparait en 1789 et l'humiliante amende honorable en 1791, mais la Chaîne des bagnards fonctionnera encore jusqu'en 1837. Le supplice du criminel quitte la scène de théâtre populaire, tandis que va bientôt se poser avec acuité la question de l'exécution de la sentence qui échappera à la justice au profit de l'administration pénitentiaire. Au total, si la triade – légalité, indulgence, égalité – s'impose peu à peu, les têtes des guillotinés éclabousseront encore longtemps de leur sang la foule des spectateurs au goût morbide… La question de l'expiation demeure.

Vers un effacement de l'expiation pénale ?

Les idées de Mabillon, reprises et amplifiées au début du XIXe siècle, vont conduire, en France, à l'élaboration par plusieurs chercheurs, dont Tocqueville[159], d'une théorie pénitentiaire en 1836. Durant la Restauration monarchique, le droit pénal est influencé par une doctrine « classique » défendue notamment par le politicien François Guizot[160] fondant le droit de punir sur la morale, ce qui donne une base solide à la responsabilité pénale. La peine permet d'expier le « péché » que constitue toujours le crime. Cette idée s'appuie sur le postulat du libre arbitre, c'est-à-dire de la liberté humaine d'opter ou non pour le mal. S'en suit une législation destinée à atténuer la dureté des sanctions : abolition des châtiments corporels[161], abolition de la peine de mort pour les crimes politiques[162] et apparition d'une échelle des peines propres aux infractions politiques.

Néanmoins, au tournant du XXe du siècle, le contexte social difficile entraîne un effort d'individualisation de la répression sous l'influence d'un courant positiviste[163]. La criminalité y devient le résultat

---

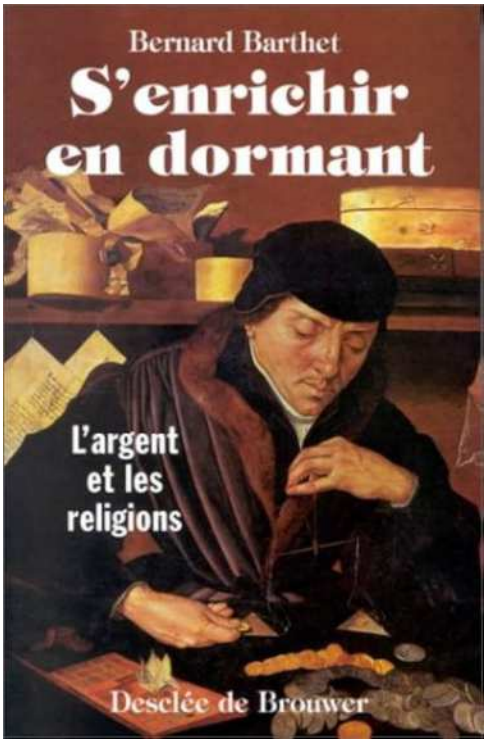
149 Questions préparatoire et préalable
150 Clerc, noble, roturier
151 Affaire du chevalier de La Barre, 1766
152 1761
153 *Traité sur la tolérance*, 1763
154 *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, 1724
155 *Des délits et des peines*, 1764
156 Article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789
157 1795
158 *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, 1975
159 *Du système pénitentiaire aux Etats Unis*, 1833
160 *Traité de la peine de mort en matière criminelle,* 1822
161 1832
162 1848
163 Entre autres, le médecin italien Cesare Lombroso dans *L'homme criminel*, 1887

de facteurs endogènes[164], la responsabilité pénale disparaissant au profit d'une sorte de darwinisme social, par ailleurs en pleine expansion au sein des théories raciales formalisées. Alors que la France cherche à éloigner les récidivistes incorrigibles en les reléguant dans la lointaine Guyane[165] et à protéger les mineurs délinquants[166], elle prend soin d'instaurer le sursis pour éviter la contamination des fautifs occasionnels[167].

Après la Seconde Guerre Mondiale, le droit pénal s'oriente vers un système soucieux d'assurer une « défense sociale » où les institutions entendent se donner les moyens d'agir sur la personnalité du délinquant. On établit un dossier de personnalité, d'abord pour les mineurs[168], puis étendu, en 1958, aux majeurs par le nouveau Code de procédure pénale. Dans le prolongement de la loi d'abrogation de la peine de mort en 1981 et de la prise en compte des attentes des victimes, le contexte d'une évolution sociale très rapide précipite une forte demande citoyenne de protection sécuritaire prenant la forme d'une aspiration à davantage d'emprisonnement à l'encontre des délinquants, notamment les récidivistes. Le code pénal français[169] définit clairement, dans sa mise à jour de 2024, les caractéristiques actuelles de la peine : être utile pour protéger la société, prévenir les récidives et restaurer l'équilibre du corps social. La sanction du délinquant doit favoriser son amendement et sa réinsertion au sein du groupe dans l'intérêt des victimes.

Dans ces conditions, l'antique nécessité d'expier, c'est-à-dire de réparer l'offense faite à la morale collective, a-t-elle encore un sens ? Dans un système qui enferme et qui indemnise principalement pour assurer la sécurité physique et patrimoniale du groupe contre la dangerosité du délinquant, y a-t-il encore une place pour ce que d'aucuns ressentent aujourd'hui comme une intolérable illusion chrétienne ?

Bernard BARTHET





[164] Psychologiques ou somatiques
[165] 1885
[166] 1912
[167] 1891
[168] Ordonnance de 1945
[169] Article 130-1 du Code Pénal

Cour européenne des droits de l'homme / Université de Strasbourg

4e rencontre annuelle *(présentiel et distanciel)*

Dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Doctrine

Colloque | 14 juin 2024 | 13h45-18h00



Institut de **recherche Carré de Malberg** | IRCM
Université de Strasbourg

Contact
fru6703-contact@unistra.fr

Inscription en ligne
https://europa.unistra.fr

Salle Alex Weill
Bâtiment | Faculté de droit
1 place d'Athènes
67000 Strasbourg

en partenariat avec

Faculté de **droit**, de **sciences politiques** et de **gestion**
Université de Strasbourg

NUMEROS PARUS



OCTOBRE 2021

LA VACCINATION OBLIGATOIRE



JANVIER 2023

RETOUR SUR 2022



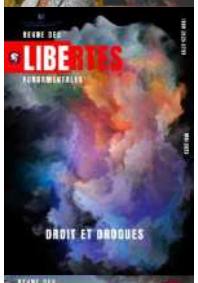
SEPTEMBRE 2022

HORS-SERIE 2 – LA DEFENSE DE LA DEFENSE ET L'AVOCAT PENALISTE



JANVIER 2022

DROIT DU TRAVAIL & DROITS FONDAMENTAUX



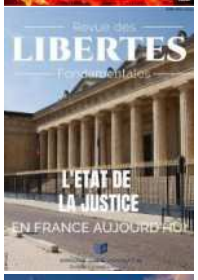
MAI 2023

DROIT ET DROGUES



JANVIER 2023

HORS-SERIE 3 – SPORTIFS ENGAGES



JUIN 2022

L'ETAT DE LA JUSTICE EN FRANCE



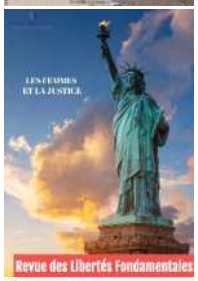
JANVIER 2024

RETOUR SUR 2023



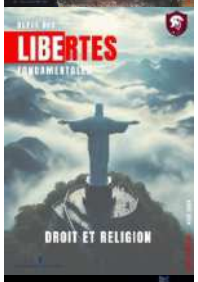
JANVIER 2023

HORS-SERIE 4 – AVOCAT EN TURQUIE



SEPTEMBRE 2022

LES FEMMES ET LA JUSTICE



MARS 2024

DROIT ET RELIGION



MAI 2023

HORS-SERIE 5 – REFORME DES RETRAITES : L'EMBRASEMENT PREVISIBLE ?



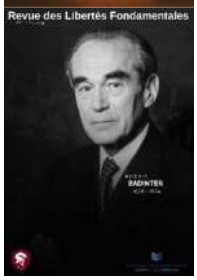
NOVEMBRE 2022

RACISME, ANTISEMITISME ET DISCRIMINATION



MAI 2022

HORS-SERIE 1 – PRESIDENTIELLE 2022



MARS 2024

HORS-SERIE 6 – HOMMAGE A ROBERT BADINTER

NUMEROS A PARAITRE



SEPTEMBRE 2024

PROFESSION D'AVOCAT : QUEL ETAT POUR QUEL AVENIR ?



HORS-SERIE 7 – AVOCATS EN DANGER

COMMANDE D'EXEMPLAIRES DES NUMEROS DE LA REVUE DES LIBERTES FONDAMENTALES.

Maître/Madame/Monsieur : ________________

Avocat au Barreau de : ________________

Adresse : ________________

Mail :

Passe commande des numéros suivants :

Je prends note que le prix d'un numéro est fixé à **20 €** pour une commande de moins de 10 numéros et de **15 €** à partir de 10 numéros commandés.

Nombre total de numéros commandés :

Prix total : ________________

En cas de commande extérieure au Barreau de Bordeaux, les numéros seront adressés par la Poste à l'adresse mentionnée et des frais d'envoi seront sollicités.

Pour toute information, vous pouvez vous adresser à : revue.libertes.fondamentales@gmail.com.

De même pour tout information concernant la Revue des Libertés Fondamentales, vous pouvez vous adresser à :

revue.libertes.fondamentales@gmail.com.

Signature de l'intéressé :


DLF
ξεῖν', ἀγγέλλειν Λακεδαιμονίοις ὅτι τῇδε
κείμεθα, τοῖς κείνων ῥήμασι πειθόμενοι.
ORDRE DES AVOCATS
BARREAU DE BORDEAUX