



HAL
open science

Le non-recours, vu du droit

Isabelle Sayn

► **To cite this version:**

Isabelle Sayn. Le non-recours, vu du droit. Le non-recours au droit et aux services, Mar 2007, France. halshs-00195205

HAL Id: halshs-00195205

<https://shs.hal.science/halshs-00195205>

Submitted on 10 Dec 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE NON-RECOURS, VU DU DROIT

Isabelle SAYN
CERCRID-CNRS
Université de Saint-Etienne

PLAN

I – L'accès au juge, un moyen nécessaire et suffisant d'accéder au droit.....	2
1 ^{ème} idée ; L'accès au juge : un moyen suffisant pour assurer l'accès au droit.....	3
a. Le juge « dit le droit » (de la bouche de la loi aux théories de l'interprétation)	3
b. Une conception implicite du droit comme règles de conduites appliquées spontanément, avec des corrections à la marge par le juge.....	4
2ème idée : L'accès au juge, un moyen nécessaire d'accès au droit, reconnu comme un droit fondamental.	5
a. Des procédures adaptées pour favoriser l'accès au juge	6
d. La reconnaissance d'un « droit au juge »	7
II - De la problématique de l'accès au juge à la problématique de l'accès au droit.....	7
Une remise en cause (limitée) de la conception formelle de l'égalité ?.....	8
1. De l'aide juridictionnelle à l'aide juridique en faveur de l'acteur « démuné »	8
2. Le rôle de l'articulation des jeux d'acteurs dans l'accès au droit	10
a. Inaction subie et inaction stratégique	10
b. Traduction dans le monde de la protection sociale	11
Conclusion : non-recours, aide à l'accès au droit et développement des modes alternatifs de règlement des différends	12
Eléments de bibliographie	13

1. Cet exposé constitue une tentative un peu brouillonne d'exposer comment le droit et les juristes appréhendent la question de non-recours.

Il m'a semblé utile de reprendre certains « fondamentaux », très (trop) succinctement exposés, afin de dérouler le raisonnement juridique sur la question du non-recours. Même s'il ne s'agit certainement pas d'un texte avec une ambition théorique, cela m'a semblé indispensable pour centrer mon propos sur la(les) place(s) de la notion de non-recours dans le droit.

Je partirais de la note d'étape rédigée par Ph. Warin. Il montre que nos discussions renvoient à deux points de vue sur la question du non recours : l'aspect institutionnel et l'aspect individuel

Dans une première approche, il faut constater que le droit adopte le point de vue de « l'institution », au sens large, de la règle et de son fonctionnement. Dans un premier temps, le droit ne se préoccupe pas des caractéristiques individuelles des sujets de droit. Nous verrons cependant les évolutions relativement récentes sur ce point).

2. Le « non recours » en tant qu'objet d'étude et d'analyse est, me semble-t-il, un objet non identifié, inexistant, chez les juristes.

Ils connaissent en revanche les notions d'accès au droit et d'accès au juge : comment s'assurer que chacun puisse accéder au(x) droit(s) qui lui sont reconnus et/ou comment s'assurer que chacun puisse accéder à un juge compétent, institué spécialement pour constater le droit qui lui est contesté ou refusé et en obtenir le respect, si besoin par la force.

C'est donc avant tout par l'organisation d'institutions juridictionnelles (les « tribunaux » au sens large) et par l'élaboration de règles de procédure qui permettent de saisir les juges et d'obtenir une décision consécutive à un débat permettant de confronter les points de vue (le principe du contradictoire) que la question de l'accès au juge se pose au juriste.

3. La question de l'accès au juge est donc centrale dans la réflexion sur l'accès au droit. L'accès au juge est même, me semble-t-il, entendu implicitement comme le moyen à la fois nécessaire et suffisant d'accéder au droit.

Question de vocabulaire : dans cette présentation, l'expression d'accès au juge est synonyme d'accès à la justice, c'est-à-dire d'accès à l'organisation juridictionnelle et à ses juges. Il ne s'agit pas d'accès à un idéal de Justice).

La présentation qui suit sera donc d'abord une présentation des analyses qui me semblent être partagées dans le monde du droit, qui considère l'accès au juge comme le moyen nécessaire et suffisant d'accéder au droit ou, en tout cas, qui s'intéresse essentiellement à cet aspect de la question (I). Je présenterai ensuite une évolution relativement récente de cette réflexion qui opère un passage de l'intérêt pour l'accès au juge à l'intérêt pour l'accès au droit (II). Cette nouvelle problématique élargit la question aux acteurs et à leurs interactions. Elle permet notamment de prolonger la question sur le terrain de l'activité des différentes institutions productrices de décisions individuelles, propres à favoriser ou à limiter à la fois l'accès au droit et l'accès au juge.

I – L'accès au juge, un moyen nécessaire et suffisant d'accéder au droit.

4. Si la notion de « non recours » n'est pas un objet d'étude et d'analyse pour les juristes, la question est posée dans le monde du droit du point de vue des règles : comment mettre en place des règles de droit qui vont assurer l'accès au juge, ce qui va à son tour assurer l'accès au droit.

Cette conception emporte l'idée implicite que l'accès au juge assure, à lui seul, l'accès au droit. C'est ce que je vais essayer de montrer à partir de deux idées complémentaires :

- L'accès au juge est un moyen suffisant pour assurer l'accès au droit, parce que le recours au juge permet d'assurer l'accès au droit (le respect du droit de chacun) dans les hypothèses où il ne serait pas respecté spontanément.

- C'est la raison pour laquelle l'accès au juge est nécessaire à l'accès au droit : il doit être protégé comme un droit fondamental de chacun.

1^{ème} idée ; L'accès au juge : un moyen suffisant pour assurer l'accès au droit

5. L'idée que l'accès au juge constitue une préoccupation suffisante pour assurer l'accès au droit parce qu'il induit implicitement d'accès au droit se nourrit à son tour de deux conceptions implicites du fonctionnement du droit :

- Le juge saisi en cas d'écart à la règle va nécessairement « dire le droit », trouver la solution juridiquement juste et rétablir les droits de chacun. Il est donc la solution la meilleure sinon la seule pour permettra de recouvrer ses droits provisoirement bafoués.

- Les règles de droit sont des règles de conduites supposées appliquées spontanément par les agents auxquels elles sont destinées. Le recours au juge est alors conçu comme devant pour « corriger » les écarts à la règle, qui restent secondaires/minoritaires,

a. Le juge « dit le droit » (de la bouche de la loi aux théories de l'interprétation)

6. Une conception implicite de fonctionnement du droit est que le juge « dit le droit ». Cette conception présuppose qu'il n'y aurait qu'une seule solution juridiquement juste à une situation litigieuse donnée, et que cette solution va être trouvée et énoncée par le juge, conçu comme la « bouche de la loi » (Montesquieu) : le magistrat est en quelque sorte transparent. Son rôle consiste seulement dans le fait de rapprocher une situation litigieuse de la règle correspondante, afin d'en déduire la solution juridiquement juste. C'est le mécanisme du syllogisme judiciaire, que l'on enseigne classiquement comme le modèle de fonctionnement de la décision de justice.

C'est donc par le juge que chacun se verra reconnaître, nécessairement, « son » droit, sans risque d'erreur possible et surtout sans que la décision juridictionnelle puisse être considérée comme ayant opéré un choix entre plusieurs solutions possibles, éventuellement toutes juridiquement admissibles, et en particulier entre deux intérêts divergents.

7. Les juristes ne sont généralement pas dupes du caractère artificiel de ce modèle, mais il reflète le mode de fonctionnement de la discipline.

On peut illustrer la force de ce modèle en même tant que toute l'importance du rôle du juge dans l'activité de juger en reprenant les débats parfois violents qui ont été suscité par l'arrêt de la Cour de cassation dit arrêt Perruche. Dans cette affaire, des parents cherchaient à engager la responsabilité d'un médecin qui, à la suite d'une erreur avérée, n'avait pas décelé les handicaps graves dont souffrirait un enfant à naître, lui reprochant ainsi d'avoir rendu possible la naissance. Ils considéraient que cette erreur ne leur avait pas permis d'opter pour une interruption thérapeutique de grossesse, ce qui rendait le médecin responsable de la naissance d'un enfant gravement handicapé. A l'opposé, on pouvait considérer que le médecin n'était en aucun cas responsable du handicap dont souffrait l'enfant et qu'il n'y avait donc pas lieu de reconnaître sa responsabilité. Il s'agissait techniquement de choisir entre deux conceptions possibles du lien de causalité. En effet, lorsque faute et préjudice sont avérés, encore faut-il que soit établi un lien de causalité entre eux pour imposer à l'auteur de la faute l'obligation d'indemniser la ou les victimes du préjudice. Il est significatif que les débats entre juristes se soient focalisés sur la bonne ou la mauvaise appréciation technique de la Cour de cassation, critiquée ou louée d'avoir retenu en l'espèce une conception extensive du lien de causalité, sans poser la question entre terme de choix nécessaire entre deux solutions opposées (De BECHILLON D., CAYLA O., THOMAS Y. 2001).

8. En parallèle, BOURDIEU (1986) montre comment l'autorité du droit est intimement liée à sa légitimité qui est elle-même indissociable de la préservation de la neutralité apparente du droit : les règles comme les décisions des juges ne seraient pas des choix politiques au sens large mais les conséquences logiques, nécessaires, de règles qui leur sont supérieures, elles-

mêmes fondées sur l'intérêt général. Même si les juristes ne sont pas nécessairement dupes de cet argument de neutralité, l'auteur montre aussi l'importance pour les juristes de se laisser duper par cette conception implicite, sans quoi ils fragilisent l'autorité du droit ainsi établie (BOURDIEU, 1991).

9. Le droit n'est certes pas indifférent. Certaines solutions sont clairement illégales. Mais il n'empêche que plusieurs solutions peuvent simultanément être légales. Les auteurs parlent aussi d'indétermination du droit, indétermination qui conduit à l'impossibilité d'associer un sens « vrai » et unique à un énoncé juridique et donc à l'impossibilité corrélatrice de prévoir avec certitude le résultat de l'application des règles à une situation donnée. Le droit dessinerait ainsi un cadre, un espace de légalité, à l'intérieur duquel une décision plutôt qu'une autre peut être préférée. Selon les différents points de vue théorique, cet espace est plus ou moins grand, l'énoncé du droit laisse une liberté plus ou moins grande au juge, jusqu'à considérer que le droit ne se trouve pas dans les règles générales et abstraites, mais dans les décisions qui sont prises (en son nom) par les juges. Il ne s'agit pas ici de trancher la question de l'étendu de cet « espace de décision », mais simplement de prendre acte de l'existence de cet espace de décision, que l'on retrouve à propos de l'exercice du pouvoir décisionnel des agents administratifs dans la reconnaissance des droits des usagers.

Quoi qu'il en soit, la discipline fonctionne donc avec le modèle d'un droit univoque, modèle auquel s'ajoute la conception implicite du droit comme règles de conduites appliquées spontanément, avec des corrections à la marge par le juge.

b. Une conception implicite du droit comme règles de conduites appliquées spontanément, avec des corrections à la marge par le juge.

10. La conception implicite du droit comme règles de conduites chez les juristes a été expliquée et démontrée par A. JEAMMAUD (1990).

Cette conception du droit conduit sinon à considérer que les règles s'appliqueraient toutes seules, au moins à s'exonérer du détour par l'aspect individuel/volontaire de la mise en œuvre des droits. Elle permet un effacement de la question des agents qui s'exécutent ou qui font exécuter les règles.

Ainsi les règles de droit entendues comme des règles de conduites sont implicitement supposées appliquées spontanément par les agents qu'elles concernent, leur inapplication étant par là même secondaire, accidentelle, voire pathologique (CARBONNIER, 1983) : « Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux –cette pathologie– est infiniment plus petit que le droit », p. 25).

11. Le contentieux (le recours au juge) constitue donc un moyen de corrections à la marge : le juridictionnel constitue un accident (une pathologie) du fonctionnement « normal » du droit.

Ainsi, le droit est généralement appliqué, et s'il ne l'est pas, un recours au juge y pourvoira. Le juge est, par hypothèse, saisi de cet « incident » dans le fonctionnement du droit. Il rétablira la légalité un instant contredite : le juge « dit le droit ».

Ajoutons que si l'inapplication du droit se résout par un recours juridictionnel, alors l'observation des décisions rendues par les juges permet de connaître les difficultés d'application des règles de droit, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper d'observer ailleurs la question de l'application des règles.

Dans ces conditions, la question ne se pose pas, pour les juristes, d'aller d'observer le fonctionnement du droit ailleurs que dans l'analyse des décisions de justice. On peut même relier à cette conception implicite la propension des juristes à se contenter de l'analyse des décisions des juridictions supérieures, dans la même logique : le droit est généralement appliqué (cette fois par le juge), et s'il ne l'est pas, un recours au juge (cette fois d'une juridiction supérieure) y pourvoira. Le conseiller de la cour d'appel, ou le conseiller à la Cour de cassation (pour l'ordre judiciaire), par hypothèse saisi de cet « incident » dans le fonctionnement du droit, rétablira la légalité un moment contredite. Là encore, le raisonnement présume que les décisions qui n'ont pas fait l'objet d'un recours ne l'ont pas fait justement parce qu'elles sont juridiquement justes.

Puisque le juge est celui qui rétablit la légalité, il est fondamental que chacun puisse y accéder pour faire reconnaître « son » droit. L'accès au juge est donc conçu comme un droit fondamental, que ce soit dans les rapports entre particuliers ou dans les rapports entre les particuliers et l'Etat entendu au sens large.

2ème idée : L'accès au juge, un moyen nécessaire d'accès au droit, reconnu comme un droit fondamental.

12. Il est classique de présenter le droit sous deux points de vue : le droit « objectif », c'est-à-dire le droit pris comme objet de connaissance, l'ensemble des règles de droit en ce qu'elles peuvent être étudiées pour elles-mêmes, et le droit « subjectif », c'est-à-dire l'ensemble des prérogatives que ces mêmes règles de droit reconnaissent à chacun d'entre nous, sujet de droit. Constitue alors un droit subjectif une prérogative établie par le droit (objectif) et associée à la capacité pour son titulaire de la réclamer en justice.

Par exemple, le droit reconnaît (ou établit, selon ses conceptions philosophiques) le droit de propriété ; il l'organise, notamment à travers la réglementation du contrat de vente, ou le défend, en limitant très strictement les expropriations. Il constitue par le même un droit subjectif, le droit de propriété permettant aux propriétaires de revendiquer ou de défendre en justice leur droit contre autrui.

13. D'un point de vue procédural, on distingue en outre le droit d'action comme constitutif d'un droit subjectif indépendant. C'est le droit d'agir en justice, indépendamment du bien fondé de la prétention qui sera formulée devant le juge. Il en résulte qu'il est, par principe, possible de saisir le juge d'une prétention sans qu'il soit possible d'opposer *ab initio* le défaut de droit subjectif (le caractère mal fondé de la prétention) ; ce sera au juge et à lui seul d'en décider, muni des précautions procédurales qui entourent son activité décisionnelle.

Ce droit d'action s'oppose en principe à ce que l'on puisse conditionner l'accès au juge à une étude préalable de sa demande, pour s'assurer de son sérieux. Ce serait pré-juger la demande sans s'entourer des précautions procédurales en vigueur devant une juridiction et porter ainsi atteinte au « droit au juge ».

Pour prendre un exemple relevant à la protection sociale. Dans l'hypothèse d'une demande de RMI refusée, il existe un droit d'action du demandeur devant le juge compétent pour faire valoir son point de vue. Il ne doit pas exister une barrière en amont qui interdirait l'accès au juge sous prétexte que la demande est fantaisiste : c'est au juge d'apprécier cette demande. Et s'il devait exister une commission non juridictionnelle pour examiner cette demande, sa décision serait elle-même susceptible d'un recours ultérieur devant un « vrai » juge.

Pour un exemple

Article Marianne

Illustration avec la réforme qui a introduit un premier examen des demandes devant la Cour de cassation, forme d'examen de recevabilité. Critique au nom du droit d'accès à la justice (au juge)

14. En outre, la décision du juge constitue un acte exécutoire, c'est-à-dire qu'il fournit aux parties la possibilité d'exécuter ses « prescriptions » par la contrainte. Elle autorise en particulier le recours à la force publique - pour procéder à une expulsion par exemple -, mais aussi à d'autres formes de contrainte, comme la possibilité de procéder à une saisie sur les comptes bancaires d'un débiteur.

La décision du juge s'impose en principe dans les mêmes termes aux autorités administratives, bien que faire exécuter par une administration une obligation judiciairement constatée est un problème récurrent du droit français. Le juge a disposé pendant longtemps de pouvoirs insuffisants assez récemment renforcés (injonction, astreinte).

Ce détour par le juge et l'acte exécutoire qu'il produit est, pour un particulier, le seul moyen d'accéder à un titre exécutoire (il n'en est pas de même des décisions administratives ; elles sont présumées légales et sont donc, en générales, exécutoires d'emblée, sous réserve d'un droit d'opposition des usagers). Sachant qu'il est interdit de se faire justice à soi-même, le passage par le juge constitue donc un passage obligé pour obtenir d'abord l'établissement incontestable de ses droits (autorité de chose jugée) ensuite l'exécution de la décision de justice ainsi obtenue.

L'accès au juge est donc essentiel tant pour la reconnaissance d'un droit que pour assurer sa réalisation. Il existe donc de façon classique des procédures adaptées pour favoriser l'accès au juge doublée d'une affirmation de plus en plus forte d'un « droit au juge ».

a. Des procédures adaptées pour favoriser l'accès au juge

15. Notre système juridique accorde depuis longtemps de l'importance à la question de l'accès au juge et les procédés tendant à faciliter cet accès sont bien connus. Je les citerais simplement pour mémoire.

Il s'agit en général de confier les « petits litiges », entendus comme des litiges qui portent sur les sommes les plus faibles, à des juridictions faciles d'accès, « de proximité » (même si elles n'en ont pas nécessairement eu le nom), statuant le plus souvent à juge unique – ou avec un seul juge professionnel- et en suivant des règles procédurales qui se veulent plus souples. Il s'agit notamment de la possibilité de saisir le juge sans formalité, sans passer par un huissier de justice par exemple, de conduire son affaire sans avoir l'obligation de recourir à un avocat, ou encore de l'autorisation de présenter ses arguments oralement devant le juge, sans avoir au préalable rédigé un écrit.

A ces facilités, dont on peut se demander si elles constituent toujours des faveurs faites au justiciable, s'ajoute le mécanisme de l'aide juridique. Cette aide a pendant longtemps été rattachée à l'aide sociale et elle reste soumise à une condition de ressources insuffisantes (soit, en 2006, des ressources mensuelles inférieures à 859 euros pour une aide totale et à 1288 euros pour une aide partielle), condition appréciée par un bureau d'aide juridictionnelle qui peut également refuser les demandes lorsque l'action « est manifestement irrecevable ou dénuée de fondement ». Seul ce dernier motif de refus ouvre un recours au demandeur contre la décision du bureau.

Ce mécanisme constitue une dispense de rémunérer l'avocat choisi qui recevra de l'Etat une contribution à la place des honoraires normalement assumés par son client.

L'idée d'un « droit au juge » s'est renforcée dans la dernière période, notamment grâce à la place de plus en plus importante prise par dans notre droit par la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La cour impose en particulier un accès au juge « effectif », rendu possible par les dispositions du droit interne, ce qui implique par exemple la mise en place d'un système d'aide juridictionnelle.

d. La reconnaissance d'un « droit au juge »

16. Parallèlement au développement d'aide à l'accès au juge, les domaines dans lesquels les particuliers n'ont pas de recours au juge ont été réduits. Le Conseil d'Etat a ainsi limité les domaines dans lesquels aucun recours juridictionnel n'était possible et il ne reste plus beaucoup d'hypothèses, dans notre droit positif où, en droit, il n'est pas possible de saisir le juge pour faire valoir son point de vue (ce qui ne préjuge pas de l'utilisation effective de cette possibilité)

Ces restrictions de l'accès au juge concernaient classiquement les relations entre les particuliers et l'Etat, ce qui explique que l'évolution notable se trouve du côté de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ainsi le domaine d'application des « actes de gouvernement », insusceptibles de recours, a été réduit, tandis que le refus de contrôler les décisions prises « en opportunité » par les autorités administratives a été transformé en un contrôle restreint de ces décisions.

Dans le domaine de l'aide sociale (relevant du contentieux administratif, sous l'autorité de Conseil d'Etat), cela signifie que les juges vont pouvoir apprécier l'exercice par les autorités compétentes de leur pouvoir d'appréciation des situations dans l'attribution des prestations d'aide sociale.

Il reste encore un exemple en matière de sécurité sociale de décisions non susceptibles de recours. Ce sont les décisions prises sur les demandes de remise de dette en matière de prestations versées indûment (les « indus »). Certes, il s'agit de relations considérées comme privées (les organismes locaux de sécurité sociale sont des organismes de droit privé) et qui relèvent des juridictions judiciaires. Mais en son temps, la Cour de cassation avait importé les solutions retenues par le Conseil d'Etat, en refusant de contrôler les décisions prises en opportunité par les organismes de sécurité sociale. Et elle maintient cette jurisprudence alors que, dans le même temps, le conseil d'Etat a fait évoluer la sienne.

17. Dans la conception exposée dans cette première partie, le passage par le juge est donc conçu comme un moyen – et implicitement le seul moyen – d'accéder au droit en cas d'opposition, de refus, de contestation, de différend ... et donc d'accéder à la fois à l'établissement incontestable de ses droits et à la possibilité légale de recourir à la force.

Une autre conception s'est développée plus récemment, qui pose une définition plus large de l'accès au droit et imagine de ce fait d'autres moyens que le recours au juge pour y accéder.

II - De la problématique de l'accès au juge à la problématique de l'accès au droit

L'idée générale de cette évolution traduit, me semble-t-il, un double élargissement du point de vue :

- le droit s'intéresse un peu plus aux acteurs qui font fonctionner les règles et plus seulement aux règles (indice ? le développement assez puissant d'une réflexion sur l'« effectivité » du droit) ;

- lorsqu'il s'intéresse aux acteurs qui font fonctionner les règles, le droit ne s'adresse plus exclusivement aux magistrats.

Cette évolution est importante dans la mesure où elle constitue une remise en cause (limitée) de la conception formelle de l'égalité qui est pourtant profondément ancrée dans le système de pensée des juristes.

Une remise en cause (limitée) de la conception formelle de l'égalité ?

18. La conception formelle de l'égalité signifie que Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits (article 1, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »).

Affirmer que le droit fonctionne sur le principe de l'égalité en droit, c'est considérer que chacun est conçu comme ayant les mêmes droits, notamment les mêmes droits d'agir en établissement de ses droits, que tout autre.

Cette égalité n'est en rien une fiction. Notre société vit effectivement sur un système d'égalité en droit, même si cela n'empêche en aucune façon les « discriminations » (par ex. : le RMI ou l'aide juridique réservée aux plus démunis, les zones d'éducation prioritaire réservées à certains habitants, les taux différenciés d'impôts sur le revenu...). La question est avant tout celle de l'admissibilité de ces discriminations (ce qui relativise les débats importants auxquels on a pu assister sur la « discrimination positive »).

Mais cette conception est aussi un moyen de ne pas se préoccuper, dans un premier temps, des inégalités de fait ; cette conception rend a priori indifférents aux capacités cognitives et/ou sociales des titulaires des droits ainsi reconnus à tous.

19. Forte d'une définition plus large de l'accès au droit, qui englobe les activités et/ou les capacités des acteurs, la préoccupation de l'accès au droit prend plus en considération ce qui se passe avant la demande en justice : comment la situation d'action des acteurs influence leur accès au droit, comment les relations entre les protagonistes peuvent favoriser ou limiter le recours au juge, toujours entendu comme garant de l'accès au droit.

L'idée de favoriser l'accès au droit en favorisant l'accès au juge n'a donc pas pour autant disparu, mais la réflexion en termes d'accès au juge englobe ainsi dorénavant une place faite aux acteurs, en amont à l'accès au juge ou parallèlement à l'accès au juge. Le droit se s'intéresse alors ou bien à un acteur, présumé démuné ou bien à l'articulation de l'action des deux acteurs qu'oppose un différend, l'un étant présumé dans une situation de faiblesse par rapport à l'autre.

1. De l'aide juridictionnelle à l'aide juridique en faveur de l'acteur « démuné »

20. Le tournant de cette évolution peut sans doute être fixé avec la loi du 10 juillet 1991 (qui faisait elle-même suite à un rapport du Conseil d'Etat), modifiée ensuite par la loi du 18 décembre 1998 « relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits ».

Avant cette loi, il existait une aide juridique réduite à l'aide juridictionnelle

Dorénavant, l'aide juridique contient à la fois une aide juridictionnelle et une « aide à l'accès au droit ».

1. L'aide juridictionnelle : comme précédemment, elle a pour objet de permettre aux personnes qui disposent de revenus modestes d'accéder au système juridictionnel sans assumer, en tout ou partie, les frais de procédure. Cette aide concerne dorénavant toutes les juridictions

existantes, en matière gracieuse ou en matière gracieuse que le bénéficiaire soit en position de demandeur ou en défendeur.

Elle fait l'objet de critiques récurrentes, spécialement sur les plafonds de ressources retenus et sur la rémunération des avocats qui serait insuffisante pour qu'ils puissent réaliser un travail d'une qualité suffisante sur ces affaires, mais l'approche est maintenue sur le fond.

2.L'aide à l'accès au droit est définie par la loi comme (Art. 53) :

« 1o L'information générale des personnes sur leurs droits et obligations ainsi que leur orientation vers les organismes chargés de la mise en oeuvre de ces droits ;

2o L'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique et l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles ;

3o La consultation en matière juridique ;

4o L'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes juridiques ».

Le même texte précise que « les conditions dans lesquelles s'exerce l'aide à la consultation en matière juridique sont déterminées par le conseil départemental de l'accès au droit », notamment « dans le respect des dispositions du titre II de la loi no 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ».

La loi prévoit ainsi la création de conseils départementaux de l'accès au droit, par conventions entre les différents partenaires intéressés, sous la direction du Président du TGI.

Cette aide à l'accès au droit passe notamment par la création des « Maisons de la Justice et du Droit » (MJD), qui ont vocation « à rendre la Justice plus accessible, plus rapide et plus compréhensible » pour faire face en particulier aux « difficultés d'accès au droit » et à « la méconnaissance des droits ». Outre une coordination de l'intervention judiciaire sur un territoire et l'élaboration d'une réponse à la « petite délinquance » quotidienne (mesures alternatives aux poursuites pénales), elles ont pour rôle de régler les « petits litiges » civils (problèmes de voisinage, problèmes familiaux, de logement..) par la mise en oeuvre de solution à l'amiable et d'accueillir, aider et informer le public, notamment par de conseils gratuits et confidentiels donnés par des avocats ou autres conseillers juridiques.

21. La plus grande place faite aux acteurs du droit présumés faibles a encore été renforcée avec la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions. Indépendamment de ses réalisations effectives, elle déclare garantir un « accès effectif à la justice » parmi d'autres droits déclarés comme fondamentaux (emploi, logement, santé...), prenant ainsi acte du fait que l'accès au juge (et donc au droit) peut rencontrer des difficultés particulières pour les plus démunis.

Cette évolution très rapidement dessinée montre comme s'est développée une préoccupation pour les « capacités sociales » au sens large des demandeurs de droit, en amont de la question de l'entrée dans une procédure juridictionnelle (aide et information sur les droits et les procédures, conseil juridique) ou parallèlement à cette question (alternatives aux poursuites pénales, rédaction d'actes, médiation).

L'évolution en faveur d'une préoccupation pour les demandeurs de droit démunis se trouve également dans une plus grande considération pour ce qui se passe avant la demande en justice, à l'occasion des relations qui se jouent entre les deux protagonistes d'une situation d'action, dont l'un est présumé en situation de faiblesse par rapport à l'autre.

2. Le rôle de l'articulation des jeux d'acteurs dans l'accès au droit

22. Dans la mesure où on admet que la situation d'action des acteurs influence leur accès au droit, que les relations entre les protagonistes peuvent favoriser ou limiter le recours au juge, toujours entendu comme garant de l'accès au droit, alors il y a moyen d'organiser ces relations pour favoriser l'accès au droit.

Cette perspective permet de concilier le point de vue sur « la partie faible » d'une part, celle qui est me semble-t-il visée par les questionnements sur le non recours, et le point de vue sur la « partie forte », la partie « institutionnelle » d'autre part, interlocuteur obligé du bénéficiaire de prestations dans tout le domaine de la protection sociale.

Il s'agit alors, par des règles procédurales, d'organiser les relations entre ces deux acteurs de façon à fournir à la partie faible des moyens d'action, évitant ainsi le renoncement à agir en justice alors même que la prestation demandée est refusée et qu'il reste par hypothèse une incertitude sur le droit.

La sociologie du droit s'est préoccupée de ce type de relations, en proposant les notions d'inaction « subie » et d'inaction « stratégique » associées à la qualité de « joueurs occasionnels » et de « joueurs récurrents ». L'analyse trouve une application intéressante dans le monde de la protection sociale.

a. Inaction subie et inaction stratégique

23. Blankenburg distingue les situations de non recours au juge selon qu'elles constituent des situations d'inaction subie ou des situations d'inaction stratégique, liées à l'existence de dispositifs de gestion des différends organisés en amont du recours juridictionnel.

L'inaction subie concerne des individus confrontés de manière exceptionnelle à un différend et qui, par manque de connaissances et d'initiative pour consulter des personnes compétentes, ne passent pas le palier de la mobilisation du droit.

L'inaction stratégique concerne en revanche des individus ou organisations qui, ayant un différend avec autrui, bénéficient globalement de la situation dans laquelle se situe le différend. Dès lors que la configuration du différend est à leur avantage, leur passivité apparente signifie alors moins un non recours au juge que la conséquence d'une stratégie, résultant du calcul de leur meilleur intérêt, en considération des règles dont la mise en mouvement leur serait préjudiciable.

On peut citer notamment l'hypothèse d'une entreprise qui saurait avoir licencié abusivement un salarié et qui ne réclamerait pas certaines sommes dues par ce dernier, écartant ainsi le risque d'un recours juridictionnel dans lequel pourrait être évoqué, en défense, la question de la légalité du licenciement (Melot, 2005).

Dans le domaine de la protection sociale, on peut citer l'exemple d'un organisme débiteur de prestations sociales qui serait responsable d'une faute de gestion ayant conduit au versement de prestations non dues : l'organisme préférera négocier sur le montant du remboursement des sommes indûment versées, écartant ainsi le risque d'un recours juridictionnel dans lequel pourrait être évoqué, en défense, la question de l'indemnisation du préjudice subi par l'assuré obligé de rembourser.

24. Le non recours à la justice peut donc, suivant les caractéristiques sociales et les connaissances des individus, correspondre tout aussi bien à un non usage du droit qu'à un usage raisonné des règles. L'inaction subie et l'inaction stratégique rentrent ainsi ensemble sous la catégorie générale de l'absence de recours à un règlement juridictionnel : à l'inaction stratégique de l'institution (joueur récurrent) peut alors répondre l'inaction subie de l'usager

(joueur occasionnel) pour conduire à l'absence de saisine du juge. Cette distinction est utile dans le domaine de la protection sociale qui place face à face une personne privée et une organisation qui maîtrise suffisamment les règles pour élaborer une stratégie dans l'usage du droit et de la justice.

b. Traduction dans le monde de la protection sociale

25. Le développement de règles procédurales qui organisent les relations entre l'institution et l'utilisateur tente, me semble-t-il, de répondre à cette problématique en modifiant la situation d'action de la partie faible, en lui apportant des moyens d'action nouveaux.

C'est le cas de la loi du 12 avril 2000 dont l'objet est d'améliorer les « droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ». Cette loi contient des dispositions relatives à l'accès aux règles de droit au sens de l'accès à la connaissance des règles : les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent donc une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller. Et on a assisté ces dernières années à un grand chantier de codification des textes et à la création d'un service public de mise à disposition des textes, concrétisé par la site « légifrance ».

Cette loi contient également des dispositions relatives à l'amélioration des procédures administratives. Elle dispose en particulier que (art. 19) « Toute demande adressée à une autorité administrative fait l'objet d'un accusé de réception », que « Les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications prévues ». Ces indications sont une explication du mécanisme du délai implicite de refus (la demande doit être considérée comme refusée après l'écoulement d'un délai généralement fixé à deux mois) et l'indication des voies et délais de recours (quant, comment et devant quel juge porter son recours).

26. Ce texte peut être analysé comme une tentative d'améliorer la situation d'action de l'utilisateur en interaction avec l'institution, une tentative d'en faire non pas un joueur récurrent, mais au moins un joueur un peu mieux informé des règles du jeu, au moins les règles procédurales (s'agissant de l'information sur le fond, la loi prévoit parallèlement l'obligation de motiver les décisions, en exposant les motifs de droit et de fait du refus).

S'agissant du domaine de la protection sociale, il faut cependant relever que la loi a exclu de son champ d'application toutes les demandes dont on considère *a priori* qu'elles « n'appelle[nt] pas d'autre réponse que le service d'une prestation ou la délivrance d'un document prévus par les lois et les règlements ». Or toutes les prestations de sécurité sociale sont incluses dans cette catégorie, y compris lorsque la demande constitue une réclamation à la suite d'un premier refus.

27. A l'inverse de ce mouvement de neutralisation de l'activité décisionnelle des organismes de sécurité sociale, la loi a renforcé la protection des usagers dans le domaine de l'aide sociale. Non seulement le texte de 2000 y est applicable, mais en outre, la loi du 2 janvier 2002 « rénovant l'action sociale et médico-sociale » va au-delà en abordant une question fondamentale sur les questions d'accès au droit, celle de la représentation des usagers.

Outre l'information des usagers sur les décisions les concernant, cette loi tente de rééquilibrer les relations nécessairement déséquilibrées entre les services et certains bénéficiaires de l'aide sociale en instituant des « personnes qualifiées », destinées à faciliter leurs démarches en vue de les aider à faire valoir leurs droits.

L'article L. 311-5 nouveau du code de l'action sociale et des familles prévoit que : « Toute personne prise en charge par un établissement ou un service social ou médico-social ou son représentant légal peut faire appel, en vue de l'aider à faire valoir ses droits, à une personne qualifiée qu'elle choisit sur une liste établie conjointement par le représentant de l'Etat dans le département et le président du conseil général après avis [d'une] commission départementale consultative [...]. La personne qualifiée rend compte de ses interventions aux autorités chargées du contrôle des établissements ou services concernés, à l'intéressé ou à son représentant légal dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat^a.

Ce texte, qui s'adresse à des situations de particulière vulnérabilité, constitue également une forme de réponse à la question du déséquilibre des forces des parties en présence. Entre les joueurs occasionnels et les joueurs récurrents, elle organise l'intervention d'une troisième acteur venant épauler le joueur occasionnel.

28. Dans cette même perspective, la loi de 2001 sur l'aide à l'accès au droit a prévu que les conseils départementaux de l'accès au droit doivent se préoccuper de « L'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique et l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles ». Notons que la rédaction antérieure de la loi (art. 63 et 64) citait expressément l'assistance dans les démarches en vue d'obtenir le versement d'une prestation, référence qui a disparu en 1998). Il serait tout à fait intéressant de savoir dans quelle mesure ces formes d'assistance fonctionnent effectivement.

29. Prendre au sérieux à la fois la préoccupation de favoriser l'accès au juge comme impliquant l'accès au droit, et les rôles joués par les acteurs du différend dans les relations pré contentieuses en ce qu'ils conditionnent l'accès au juge, constitue une entrée me semble-t-il intéressante pour analyser la question du non recours tertiaire, tel qu'il a été défini dans nos échanges.

La notion de « filière contentieuse » traduit cette problématique. Elle induit une idée de continuum. Elle renvoie à un ensemble d'étapes, de dispositifs, de moments qui participent à la reconnaissance d'un droit et qui se terminera (peut-être) devant un juge. Elle impose un travail longitudinal, de l'usager à l'agent de guichet puis à la structure institutionnelle dans laquelle il s'insère jusqu'au juge et à la possible consolidation d'une jurisprudence même locale susceptible d'avoir un effet en retour sur les usages du droit.

En guise de conclusion, il me semble important de signaler une contradiction au moins apparente entre la volonté d'assurer un meilleur l'accès au droit et au juge et celle de développer des modes dits alternatifs de règlement des différends.

Conclusion : non-recours, aide à l'accès au droit et développement des modes alternatifs de règlement des différends

30. En effet, s'est développé tout un courant de réflexion et d'usages sur le thème de la conciliation et/ou de la médiation, la transaction (largement entendue) ainsi réalisée étant présentée comme un moyen plus efficace, moins onéreux voire plus sûr de parvenir à une solution satisfaisante que le recours au juge. Il s'agirait donc d'éviter le recours contentieux (le recours au juge) en faveur d'une solution dite alternative.

A l'occasion de ce mouvement, les politiques d'évitement du contentieux se sont multipliées en même temps que la mise en place de « médiateurs ». Elles aboutissent à la mise en place

dans les services, de dispositifs propres à répondre aux réclamations en amont du stade juridictionnel.

Le développement de cette conception « conventionnelle » du règlement des différends et des procédures mises en place dans les services pour la développer semble s'opposer nécessairement à une approche en termes d'accès au droit, conception « statutaire » où le juge est par définition institué pour dire le « vrai » droit.

Préférer une solution amiable, acceptée par les deux parties, à une solution imposée n'est-il pas faire peu de cas du déséquilibre de la relation entre joueurs occasionnels et joueurs récurrents, de l'ignorance de ce qu'il serait possible d'obtenir « en droit » ? Que faire de cette opposition ?

Il semble en tout cas que la réflexion en termes de non recours se situe d'emblée sur le terrain de l'accès à un droit statutaire, égalitaire, auquel chacun peut prétendre, que sur le terrain d'un droit négociable, qui laisserait plus de place à la volonté des parties

Eléments de bibliographie

BOURDIEU P. (1986), La force de droit, Eléments pour une sociologie du champ juridique, Actes de la recherche en Sciences sociales, n°64.

BOURDIEU P. (1991), Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective, in Normes juridiques et régulation sociale, Coll. Droit et Société, LGDJ

CARBONNIER J., (1983), L'hypothèse du non-droit, in Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, 5^{ème} éd. LGDJ (1^{ère} éd. 1969)

De BECHILLON D., CAYLA O., THOMAS Y. (2001), L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire, Le Monde , 21 décembre 2001.

JEAMMAUD A. (1990), La règle de droit comme modèle, Dalloz.

MELOT R. (2005), Les transactions lors de ruptures du contrat de travail. *Travail et emploi*, n°104, Octobre-décembre 2005.