

Le procès équitable dans l'espace normatif anglais : l'éclairage du droit public

Matthieu GALEY et Charlotte GIRARD

Avant d'aborder l'analyse des normes du procès équitable dans l'espace juridique anglo-saxon, il est nécessaire de souligner les écarts considérables qu'il peut y avoir d'un espace à l'autre dans la perception des réalités juridiques. « Se limiter à comparer des procédures, note A. Garapon, ne sert pas à grand-chose en soi si l'on ne s'en sert pas comme d'une entrée pour accéder à une culture juridique », c'est-à-dire, à « l'ensemble des présupposés partagés qui orientent le raisonnement, les valeurs, et les perceptions d'un groupe social »⁷⁸. Une étude comparée sur la circulation des normes du procès équitable d'un espace normatif à l'autre, si elle se veut critique, ne peut pas ne pas prendre en compte ces écarts.

Il a déjà été fort bien montré ailleurs combien ceux-ci révèlent l'existence de présupposés très différents concernant la notion de procès, dans la culture juridique romano-germanique, et dans celle de *common law*⁷⁹.

Contentons-nous de rappeler qu'en France, le mot procès s'entend d'un « litige soumis à un tribunal » ou d'une « contestation pendante devant une juridiction ». G. Cornu indique que le terme est parfois synonyme de procédure, ou d'instance, laquelle se définit comme la « procédure engagée devant une juridiction », et plus précisément, « la suite des actes et délais de cette procédure à partir de la demande introductive d'instance jusqu'au jugement ou aux autres modes d'extinction de l'instance (désistement, péremption), y compris instruction et incidents divers (suspension, interruption, et reprise d'instance) »⁸⁰.

Or, en *common law*, la chose ainsi décrite répond au nom de *proceedings*, plutôt qu'à celui de *trial*, que l'on donne pourtant en général comme l'équivalent de procès. Le terme de *trial* se définit quant à lui comme « l'examen et la décision par une cour de droit d'une question de droit ou de fait »⁸¹. Il désigne donc non pas l'action en justice dans son ensemble, mais le moment, l'épreuve de l'audience des parties devant le juge et de sa décision. « Le mot *trial*, note encore A. Garapon, fait partie de ces mots intraduisibles : on ne peut pas le traduire par procès, (...) dans la mesure où il est une voie possible et non la dénomination générique de l'action en justice »⁸². Dans le contexte d'une procédure accusatoire, le *trial* ne représente en effet, en *common law*, qu'une option de procédure. Cependant, cette extrême souplesse dans la conception et surtout la pratique du procès, ne se reflète pas entièrement dans les règles formelles de procédure. « Il existe, note encore J. A. Jolowicz, une distinction très nette dans la procédure civile anglaise entre la phase "avant *trial*" (la préparation du *trial*) et le *trial* lui-même. Or, si la grande majorité des litiges sont terminés avant que le *trial* n'ait lieu, soit par jugement par défaut ou après procédure "sommaire", soit par désistement, acquiescement ou transaction, les prescriptions des *Rules of the Supreme Court* sur les actes de procédure à accomplir pendant la phase avant *trial* ont en général été conçues comme si l'instance ne devait s'éteindre que par l'effet d'un jugement après *trial*. »⁸³

⁷⁸ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, éd. Odile Jacob, 2001, p. 149.

⁷⁹ Pour un exposé systématique de ces écarts perceptifs, v. A. GARAPON, « Procès et *Trial* », Institut des Hautes Etudes sur la Justice, 10 janvier 2002, 20 p., <http://www.ihej.org>.

⁸⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, pp. 635 et 433.

⁸¹ L. RUTHERFORD, S. BONE, *Osborn's Concise Law Dictionary*, Sweet & Maxwell, 8^e éd., p. 330, « Trial. The examination of and decision on a matter of law or fact by a court of law ».

⁸² A. GARAPON, *Bien juger*, op. cit., p. 162.

⁸³ J. A. JOLOWICZ, *Droit anglais*, Paris, Dalloz, 1992, 2^e éd., p. 101.

L'appareil judiciaire anglais se compose :

- des cours dites « inférieures », qui comprennent, hormis les *Magistrate Courts*, les *County Courts* en matière civile, et les *Crown Courts* en matière pénale ;
- de la Cour Suprême, qui réunit la Haute Cour (*High Court*) et la Cour d'Appel (*Court of Appeal*) ;
- la Chambre des Lords, qui représente le degré de juridiction ultime.

Cet appareil judiciaire unique, mis en place en 1875, est en charge de l'administration non seulement des règles de *common law* au sens strict, mais également des règles d'*equity*⁸⁴.

En matière civile, la compétence de première instance revient à concurrence à la Haute Cour, et aux *County Courts*. La première connaît en général les affaires de contenu, importance ou complexité hors du commun, tandis qu'aux secondes reviennent les litiges de moindre montant ou de moindre complexité. La Haute Cour est elle-même composée de trois divisions, à savoir : la *Queen's Bench Division*, la *Chancery Division*, et la *Family Division*. La *Queen's Bench Division*, qui constitue la cour de *common law* la plus importante en droit anglais, est compétente notamment pour exercer la supervision judiciaire de l'action administrative ainsi que des cours inférieures, au moyen du *Writ d'Habeas Corpus* et des ordres de prérogative royale que sont le *certiorari* (équivalant à une annulation), le *mandamus* (injonction de ne pas faire), et la *prohibition* (injonction de faire). La compétence d'appel revient à la *Court of Appeal*.

En matière pénale, la compétence de première instance revient aux *Magistrate Courts* et aux *Crown Courts*, tandis que la Haute Cour et la Cour d'Appel se partagent la compétence d'appel.

La Chambre des Lords représente, dans les deux cas, la juridiction d'appel ultime.

Notons enfin que l'ensemble de l'appareil judiciaire est sous l'autorité du *Lord Chancellor*, qui est à la fois ministre du gouvernement, *speaker* de la Chambre des Lords comme seconde chambre du Parlement, et membre de la Chambre des Lords comme juridiction.

Ce rapport ne traitera, concernant le procès équitable, que des données fournies par le droit constitutionnel et le droit administratif. On ne trouvera donc aucun exposé détaillé de la procédure pénale ou de la procédure civile.

Bien sûr, les expressions de droit constitutionnel, de droit administratif, et même de droit public n'ont pas du tout la même portée qu'en droit français. On ne trouve en droit anglais ni constitution écrite formalisée garantissant une protection spécifique à des droits fondamentaux expressément formulés, ni une séparation formelle des autorités administratives et judiciaires semblable à celle instaurée par la fameuse loi française des 16 et 24 Août 1790, et susceptible de supporter le développement d'un droit administratif formellement distinct du droit privé. De même, s'il est possible de faire de la distinction entre droit privé et droit public un usage descriptif et matériel comme cadre d'exposition – et c'est à ce titre que nous l'utilisons⁸⁵ –, en revanche, il n'est généralement pas nécessaire – du moins, n'était pas, jusqu'à une certaine décision de la Chambre des Lords⁸⁶ dont nous parlerons plus

⁸⁴ L'*equity* est le corps de règles formulées et, jusqu'en 1875, administrées par la *Court of Chancery* pour compléter voire suppléer les règles et procédures de *common law*.

⁸⁵ BRADLEY définit le droit constitutionnel comme « cette partie du droit national qui régit le système de l'administration publique, et les relations entre l'individu et le citoyen », tout en notant qu'il n'y a pas de démarcation précise et rigide entre le droit constitutionnel et les autres branches du droit, et plus particulièrement entre le droit constitutionnel et le droit administratif. « Le droit administratif peut être défini comme cette branche du droit qui détermine l'organisation, les pouvoirs et les devoirs des autorités administratives. Comme le droit constitutionnel, le droit administratif traite de l'exercice et du contrôle du pouvoir gouvernemental ». *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 12^e éd., 1997, p. 10.

⁸⁶ *O'Reilly v. Mackman*, [1983] 2 AC 237.

bas –, pour déterminer les droits et obligations d'une personne quelconque, de décider s'il s'agit d'une question de droit privé ou de droit public.

Mais, précisément, parce que les juges anglais font de la distinction droit privé-droit public un usage plus volontiers explicatif que « dispositif »⁸⁷, l'approche de droit public peut se révéler particulièrement heuristique pour comprendre l'abord qu'a le *common lawyer* de la notion de procès équitable. « Les juridictions royales, a pu écrire René David, ont accru leur compétence [aux dépens de la justice locale et coutumière] en développant l'idée originaire que l'intérêt de la Couronne justifiait leur intervention. D'autres juridictions devaient être saisies si seul l'intérêt de particuliers était en jeu. Cependant, ces autres juridictions se sont étioilées, et avec elles l'idée de droit privé même a disparu en Angleterre. Tous les litiges soumis aux Cours royales anglaises apparaissent de la sorte, en Angleterre, comme étant en quelque sorte des contestations de droit public »⁸⁸. Bien sûr, la proposition est réversible, et il est possible d'affirmer avec Dicey le caractère de « droit privé » du « droit public » en *common law*.

Il n'en reste pas moins qu'il n'est pas possible de comprendre les normes anglaises du procès équitable sans mettre en lumière les enjeux de droit public sous-jacents, dans la mesure où s'y joue dans une large mesure la relation de l'individu à l'Etat.

I. Concepts génériques du procès équitable dans l'espace normatif anglo-saxon : les données du droit public anglais en perspective

A. Identification

Les concepts du procès équitable s'appliquent aussi bien à des décisions prises dans un contexte contentieux, c'est-à-dire dans le cadre de procédures de résolution de litiges intervenant *ex-post facto*, qu'à l'occasion d'une prise de décision initiale par un organe extérieur au système judiciaire⁸⁹. L'intérêt de cette distinction concerne la portée des règles de la procédure contradictoire sur le fond de la décision finale. Dans le contexte contentieux, le juge, qui statue en droit et en fait, est lié dans son raisonnement par les moyens soulevés et les allégations avancées par les parties au cours des débats. Dans le cadre administratif, au contraire, l'autorité investie du pouvoir de décision pourra s'appuyer, pour statuer, sur des éléments non discutés contradictoirement, tels que, par exemple, des directives administratives.

1. Les concepts du procès équitable dans le contexte contentieux

a) Le lexique conceptuel des common lawyers

Mises à part les expressions américaine (*due process of law*) et canadienne (*fundamental justice*), les expressions britanniques, qui aujourd'hui font partie du droit positif, n'apparaissent en principe dans aucun texte de loi. Elles sont issues d'une élaboration à la fois matérielle et formelle des juges dans leur participation à la formation des règles de *common*

⁸⁷ P. CANE, « Public and private law : a Study of the Analysis and Use of a Legal Concept », in *Oxford Essays in Jurisprudence*, 3rd series, J. GEKELAAR & J. BELL (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 62. : « A mon sens, une distinction est utilisée de manière « dispositif » si elle procure le critère immédiat ou le moyen direct pour l'obtention d'un effet juridique particulier ; la distinction est utilisée de manière explicative si elle ou quelque idée qui s'y rapporte soit explique, ou justifie, ou rationalise quelque règle ou critère juridique qui permet à son tour de décider de l'issue d'un litige. ».

⁸⁸ R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 9^e éd. par C. JAUFFRET-SPINOSI, 1988, § 278.

⁸⁹ P. CANE, *op. cit.*, p. 62.

law. C'est ainsi que *natural justice*, tout comme *fair trial*, *fair administration* ou *fair hearing*, ressortent des décisions des juges et non de dispositions législatives venant affirmer l'existence d'un droit au procès équitable. Cette situation est due à la conception particulière du droit anglais selon laquelle le principe de la nécessité d'un procès équitable est acquis de par le droit commun considéré comme déjà là. Ce principe est par conséquent présumé devoir être respecté au bénéfice de la liberté individuelle des sujets ; liberté elle-même présumée. Les lois, elles, interviennent pour éventuellement limiter cette liberté au nom de la nécessité du moment sans que l'on puisse, pour des raisons supralégislatives, éventuellement constitutionnelles, s'y opposer en raison de la souveraineté du Parlement, érigée comme principe fondamental.

Un principe de respect de la liberté individuelle, entendue concrètement comme la protection du corps physique de la personne, est affirmé dans un acte du Parlement anglais, dès le XVII^{ème} siècle, l'*Habeas Corpus Act*, 1679.

En raison des violences et enjeux de pouvoir exacerbés par la guerre civile britannique, l'encadrement légal du pouvoir du Roi se met en place. C'est ainsi que, sans élaborer pour autant une théorie particulière du procès, l'on développe une protection directe de la personne « amenée au procès ». Le Parlement, investi du rôle de protection des libertés des sujets face à un roi auquel il faut désormais opposer une résistance, vote cet acte. Ainsi donc les limites imposées aux autorités royales dans leurs fonctions de police judiciaire représentent autant de garanties pour la personne prévenue ou accusée. Ces garanties s'attachent à la préservation du corps de la personne, c'est-à-dire à sa liberté individuelle au sens de son intégrité physique. Le mécanisme ainsi mis en place presque trente ans après le rétablissement d'une paix fragile en 1651, permet l'émission d'un document écrit (*writ*) contenant les motifs de cette arrestation et imposant surtout à ceux qui ont la garde (*custody*) de l'accusé prisonnier (*prisoner*) l'obligation de « produire son corps » (*habeas corpus*) devant un juge⁹⁰.

Ce que l'*Habeas Corpus Act* garantit est le droit de la personne détenue à être jugée ; c'est, autrement dit, le droit au procès. La mise en accusation est enfermée dans un délai : la personne arrêtée doit être traduite devant un tribunal dans les trois jours de l'arrestation et la charge de la preuve pèse sur le demandeur (*prosecution*). Dès lors, l'obligation pèse plus sur les autorités de détention et d'instruction que sur les autorités de jugement qui ensuite seront astreintes, elles-mêmes, aux garanties spécifiques du procès équitable. Pour autant, il n'est pas possible de séparer – et encore moins d'opposer – les deux phases, si tant est que l'exigence du caractère équitable du procès entre en vigueur dès le premier contact de la personne avec l'autorité publique. La conception du procès est donc ici particulièrement extensive et tend à se confondre avec la procédure elle-même. Une telle compréhension du procès ne peut dès lors qu'inciter à une protection tout aussi extensive, ce qui explique que des garanties procédurales, telles le *writ d'habeas corpus*, s'appliquent dès le commencement du processus judiciaire, dès l'arrestation. La traduction anglaise de cette phase est d'ailleurs *judicial process* ou *proceedings*. Ainsi, les garanties d'un procès équitable s'entendent de celles du caractère équitable de la parole du juge lors du *trial* ; mais, elles dépendent évidemment de l'occurrence du procès. Ce que signifie la notion d'*habeas corpus* est donc que l'on ne peut

⁹⁰ Sect. 2, *Habeas Corpus Act*, 1679 : Lorsqu'une personne sera porteur d'un *habeas corpus* adressé à un shérif, geôlier ou autre officier, en faveur d'une personne soumise à leur garde, et que cet *habeas corpus* sera présenté aux dits officiers ou laissé à la prison à un des sous-officiers, *ceux-ci devront, dans les trois jours* de cette présentation (à moins que l'emprisonnement n'ait eu lieu pour cause de trahison ou de félonie, exprimée dans le *warrant*), sur l'offre faite de payer les frais nécessaires pour emmener le prisonnier, fixés par le juge ou par la Cour d'où émane l'*habeas corpus* (frais qui ne pourront excéder douze deniers par mille), et après sûreté donnée par écrit de payer également les frais nécessaires pour ramener le prisonnier, si le cas échoit, et après garantie que le prisonnier ne s'évadera pas en route, *renvoyer cet ordre ou writ et représenter l'individu devant le lord chancelier ou les juges de la Cour d'où émane le writ, ou devant telle autre personne qui doit en connaître le motif*. D'après la teneur dudit *writ*, l'officier devra de même *déclarer le motif de la détention*.

détenir une personne sans qu'elle soit jugée ; c'est-à-dire sur le seul fondement de soupçons et d'éléments matériels qui n'auraient pas été vérifiés et qualifiés par le juge. Les motifs d'une arrestation ne sont pas la motivation suffisante d'une sanction. En ce sens, la garantie que procure le *writ d'habeas corpus* est purement procédurale puisqu'il permet de contrôler, non pas la culpabilité de la personne, mais la légalité de sa détention. Aussi bien, la détention n'est-elle conforme à la loi (*lawful*) que si un procès suit ; et que si ce procès répond aux exigences du procès équitable telles qu'exprimées dans la *natural justice* de *common law*. Il y aurait dès lors un rapport de continuité et de dépendance *a posteriori* entre une arrestation respectueuse de la liberté individuelle et la survenance d'un procès équitable : le procès n'est équitable que si la personne a été arrêtée légalement et, celle-ci n'ayant été régulièrement détenue que si elle a bénéficié d'un procès équitable.

Ce rapport est confirmé par la reprise de la notion d'*habeas corpus* dans le droit américain⁹¹. Un *writ d'habeas corpus*, lorsqu'il est requis par la personne détenue (*petitioner*), constitue un droit fondamental de la personne, ainsi que la Cour suprême des Etats-Unis l'a précisé quelques années après l'expérience malheureuse de la suspension d'un tel writ par le Président Lincoln⁹². L'*obiter dicta* de cet arrêt de 1866, *Ex parte Milligan*, fait du droit d'*Habeas Corpus* un droit procédural fondamental cohérent avec le principe constitutionnel tout aussi fondamental du *due process of law* contenu dans le XIV^{ème} amendement.

On doit noter que les déclarations de droits américaine et canadienne distinguent entre le principe général d'une procédure équitable qui s'applique à toute prise de décision en rapport avec les droits de la personne considérés comme fondamentaux, et des droits déclinés reconnus à toute personne suspectée d'avoir commis une infraction pénale, où l'infraction pénale est entendue largement⁹³. Ces droits sont plus détaillés et correspondent aux éléments du procès équitable tels qu'on l'entend habituellement. Cette distinction est évidente dans les systèmes américain, canadien et européen (conventionnel) puisqu'il existe des textes.

Cette distinction est plus difficile à identifier au Royaume-Uni. Elle ressort toutefois de l'organisation normative britannique puisque le principe général est contenu dans le *common law*, développé dans la jurisprudence et appliqué à toute procédure. Les lois du Parlement jouent le rôle de limitation de ce principe et en particulier en matière pénale (criminelle). Si l'on se limite à l'examen des normes législatives, c'est à partir des limitations légales au principe libéral que l'on déduit l'existence de ce principe. Ceci dit, le principe, n'étant pas reconnu légalement, il n'en est pas moins affirmé effectivement, c'est-à-dire au cas par cas, au fil d'une jurisprudence constante. La distribution des « rôles » entre le juge et le Parlement permet de conclure à une similitude de conceptions quant à la distinction d'un principe général et d'éléments particuliers ; éléments détaillés en matière criminelle seulement.

⁹¹ Art. I sect. 9 al. 2 US Constitution : "The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases or Rebellion or Invasion the public Safety may require it". Cette disposition constitutionnelle ne consacre pas un régime particulier de l'*habeas corpus* différent du régime hérité de la loi anglaise. Mais elle adapte ce droit au système américain. L'*habeas corpus* a été particulièrement mis en œuvre au moment de la guerre civile américaine. L'interdiction constitutionnelle de le suspendre est due à l'expérience d'une limitation du droit d'*habeas corpus* par LINCOLN en 1861 ; pouvoir qui, contrairement à l'avis du *Chief Justice* TANEY de la Cour Suprême, avait été maintenu avec l'approbation du Congrès.

⁹² « [I]t is the *birthright* of every American citizen when charged with a crime, *to be tried and punished according to law*. The power of punishment is alone through the means which the laws have provided for that purpose, and if they are ineffectual, there is an immunity from punishment, no matter how great the offender the individual may be, or how much his crimes may have shocked the sense of justice of the country, or endangered its safety. By the protection of the law, human rights are secured; withdraw that protection, and they are at the mercy of wicked rulers, or the clamors of an excited people. », *Ex Parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2, 118-19, 18 L.Ed. 281 (1866). (Nous soulignons).

⁹³ Cf. Julie MEUNIER, *infra*.

Mais cette remarque devient obsolète dès lors que l'on prend acte de l'entrée en vigueur de l'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après C.E.D.H. ou Convention). L'obligation de mettre en œuvre la C.E.D.H. et notamment son article 6 revient à considérer que celui-ci s'applique tel quel en droit anglais puisque aucune réserve n'y a été apportée – contrairement à l'article 13 qui n'est tout bonnement pas incorporé. Le premier paragraphe pose un principe général assorti de quelques précisions (délai, indépendance et impartialité du juge). On ne doit pas inférer de la mention de ces précisions, une interprétation restrictive de la notion de procès équitable ou *fair hearing* ; mais, bien au contraire, un point de départ ou une orientation pour de futures interprétations. C'est donc une conception extensive du *fair hearing* qui devrait faire œuvre normative en Grande-Bretagne. Les deux paragraphes suivants concernent exclusivement la procédure criminelle (pénale au sens français), sur le modèle nord-américain. On devra donc faire part non seulement du principe général que nous avons désigné au titre de concept générique, sous des appellations multiples ; mais également de ses déclinaisons en prenant soin de préciser si les éléments cités relèvent seulement de la procédure pénale ou également d'autres procédures : civile ou administrative.

Dès lors, si l'on compare le système nord-américain et le système européen de protection du caractère équitable du procès, on est frappé par une différence au moins formelle, dont il faudra examiner la portée. Dans les déclarations de droits américaine et canadienne, le principe de *due process of law* et de *fundamental justice* respectivement, est conçu comme un principe procédural d'application générale et d'importance fondamentale puisqu'il est censé garantir les personnes contre une atteinte illégale – ou plutôt illicite – à leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité (Can.) ou à la propriété (E.U.). Il est donc sous-entendu qu'une atteinte licite à des droits⁹⁴ par ailleurs consacrés comme fondamentaux, est constitutionnellement possible. Le principe n'est pas agrémenté d'indications interprétatives comme dans la C.E.D.H.. En revanche, l'idée même de procès équitable au sens strict de comparution devant un juge pénal, est présentée dans ces deux textes nord-américains dans des dispositions distinctes par rapport au principe général (article 11 d) de la Charte (Can.) ; amendement VI de la constitution (E.U.). L'expression apparaît dans le texte canadien, mais pas dans le texte américain qui est plus ancien. Pourtant, le sens global des deux dispositions est identique : justice doit être rendue dans tous les sens de l'expression : il doit donc être fait justice également à l'accusé présumé dans une position de faiblesse par rapport à l'accusation. On doit donc comprendre le *fair hearing* comme la fin poursuivie par toute procédure pénale et la rapidité (Can., E.U.), la publicité (Can., E.U.), l'impartialité (Can., E.U.) et l'indépendance (Can.) du juge, comme les moyens d'y parvenir. On retrouve ici l'articulation entre les articles 5 et 6 de la C.E.D.H.

Pour déterminer les éléments constitutifs du procès équitable en droit anglo-saxon, il faut s'en tenir aux sources que nous avons découvertes après avoir énuméré les concepts génériques existants. Celles-ci sont au nombre de quatre.

Au Royaume-Uni, le *common law* en général et la *natural justice* en particulier fondent l'exigence d'un procès équitable et, depuis son adhésion au système de la C.E.D.H., le texte de la convention est lui-même une source de la notion de procès équitable en droit interne. Depuis le 2 octobre 2000⁹⁵, la C.E.D.H. en général et l'article 6 § 1 en particulier, sont une règle de droit interne à l'aune de laquelle, non seulement les juges, mais également le législateur, sont tenus de prendre leurs décisions. Un mécanisme complexe est prévu qui devra faire respecter cette obligation tout en préservant au moins en apparence le principe de

⁹⁴ C'est-à-dire conforme au droit : V. C. GIRARD, « Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs. Réflexion sur la problématique générale », *supra*, p. ***.

⁹⁵ Date de l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*, 1998.

souveraineté du Parlement⁹⁶. Les deux éléments de la *natural justice* sont l'impartialité du juge et le contradictoire du procès. Ce principe est d'application générale ; c'est-à-dire qu'il peut concerner une procédure pénale comme toute procédure juridictionnelle ; mais également toute procédure dans laquelle est impliqué un processus d'adjudication.

Les concepts-souches « découverts » par le juge anglais de *common law*

Fair trial

Le *fair trial* est l'exacte expression du procès équitable. L'expression se retrouve dans toute la jurisprudence anglaise relative au caractère équitable d'une procédure contradictoire, juridictionnalisée et contentieuse.

Fair hearing

C'est l'expression qui apparaît dans la traduction anglaise de l'article 6 de la C.E.D.H. : « [...] everyone is entitled to a fair and public hearing [...] ». La comparaison des versions tend d'ailleurs à montrer que la notion de procès équitable semble plus adaptée à la tradition juridique anglo-saxonne eu égard au synthétisme de l'expression elle-même. Ici le sens de l'expression est conforme à l'interprétation littérale du texte de l'article 6 § 1 informée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le procès équitable s'analyse en un procès aux délais raisonnables, dont les débats sont publics et les juges indépendants et impartiaux.

Les développements constitutionnels américains et canadiens

Aux Etats-Unis, les V^{ème} et XIV^{ème} amendements de la constitution comportent l'expression *due process of law* (procédure conforme au droit), comme condition procédurale incontournable pour assurer la légitimité des décisions susceptibles de porter atteinte à des droits fondamentaux dans ce pays, tels que la préservation de la vie, la liberté individuelle et la propriété. Au Canada, la charte des droits et libertés dans un article 7 se pose comme le produit hybride des deux sources précédentes puisqu'elle élève à un niveau constitutionnel et dans la forme écrite, le principe de justice naturelle du *common law* d'origine britannique et dans une logique purement procédurale, telle que celle qu'adoptent les Etats-Unis. On a donc au Canada, un système de fond de *common law* britannique, formalisé à l'américaine.

Due process of law (E.U.)

C'est la traduction américaine du procès équitable apparente dans les amendements V et XIV de la Constitution américaine et en vertu desquels « nul ne saurait être privé de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans avoir été soumis à un procès conforme au droit. »⁹⁷. La jurisprudence a décrit la notion de *due process of law* en des termes qui la confondent avec celle de procès équitable : *Hurtado v. California*⁹⁸ ; *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*⁹⁹. Le VI^{ème} amendement précise ensuite les conditions nécessaires à un procès pénal respectueux des droits de la personne. Ces conditions sont autant de droits processuels : le droit à un procès rapide, public et dont le jury est impartial ; le droit d'être informé de

⁹⁶ Cf. *Human Rights Act*, 1998.

⁹⁷ Nous traduisons.

⁹⁸ 110 US 516 (1884).

⁹⁹ 341 US 123 (1951).

l'accusation ; le droit à la confrontation de témoins à charge ainsi que le droit de se procurer des témoignages à décharge et enfin le droit à l'assistance d'un avocat. Cette disposition veille donc strictement à ce que la procédure judiciaire en général, pénale en particulier, respecte les formes de la justice. Cela se traduit par une protection importante des droits de la défense, dans un cadre accusatoire rigoureux.

Pour autant, le *due process* américain n'est pas entièrement superposable à la notion de *natural justice* anglaise. En effet, le *due process* se rapporte à deux dimensions du procès équitable : la dimension procédurale (*procedural due process*) et la dimension dite substantielle (*substantial due process*). La *natural justice*, elle, ne contient – ou du moins ne revendique – que la première.. Le *substantial due process* constitue non seulement une garantie du respect des procédures légales, mais également une protection de droits aussi fondamentaux que la vie ou la liberté individuelle. Aujourd'hui, le procès équitable de l'article 6 § 1 de la C.E.D.H.¹⁰⁰ envisage – pour ne pas dire « assume » – également une dimension substantielle en ce qu'il a évolué vers une protection substantielle de la liberté individuelle. Certains ont même démontré le caractère fondamental du droit ainsi protégé¹⁰¹. La nuance est importante, car le procès équitable européen se défend comme droit fondamental, alors que le *due process of law* américain sert à défendre des droits constitutionnels fondamentaux.

Fundamental justice (Can.)

C'est la traduction canadienne de la notion de *natural justice* britannique dans la Charte canadienne des droits et libertés de 1982. Cette déclaration des droits dans sa section 7 reprend l'amendement V de la Constitution américaine en remplaçant *due process of law* par *fundamental justice*. Il est donc reconnu à la personne un « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »¹⁰². Par ailleurs, la nécessité d'un procès équitable en matière pénale est précisée en la section 11 b) et d) en vertu de laquelle, tout inculpé a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable et d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

b) *L'intérêt public, limite des principes du procès équitable à l'occasion du contrôle judiciaire (judicial review) de l'action administrative : les privilèges procéduraux de l'administration britannique*

Le règlement 53 (*Order 53*) issu des règles de la Cour suprême anglaise (*Rules of the Supreme Court*) contient un certain nombre de dispositions dérogatoires au droit commun procédural, visant à préserver l'action administrative et l'exercice des fonctions publiques de recours contentieux trop fréquents, abusifs ou dilatoires. Il s'agit à la fois de garantir l'efficacité de l'action administrative et la sécurité juridique des administrés. Très classiquement dans le cadre d'un contentieux administratif, ces privilèges procéduraux impliquent des délais contentieux limités à 3 mois pour les demandes de contrôle judiciaire (*judicial review*) régies par l'*Order 53* et le filtre de l'intérêt à agir (*locus standi*). De manière plus originale, l'*Order 53* apporte une restriction particulièrement remarquable au droit commun de la procédure accusatoire. En effet, la disponibilité, au bénéfice de l'administré,

¹⁰⁰ V. J. MEUNIER, *ibid.*

¹⁰¹ S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel*, Dalloz, 2001. Ce droit n'est pourtant pas indérogeable. V. C. GIRARD, « Procès équitable et enchevêtrement... », *supra*, p. ***.

¹⁰² Sect. 7 Charte Can.

des mécanismes interlocutoires de collection des preuves et de dévoilement de la vérité, tels que l'interrogatoire, le contre-interrogatoire (*cross-examination*) ou l'investigation de la cause par la communication des pièces (*discovery*)¹⁰³, n'est pas de plein droit. Elle est subordonnée à la délivrance d'une ordonnance par le juge, qui dispose pour ce faire d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Or, cette restriction est susceptible d'introduire une véritable inégalité des armes au détriment de l'administré, et telle que l'on pourrait s'interroger sur la compatibilité de l'*Order 53* avec les prescriptions de l'article 6 § 1 de la Convention.

2. L'application des concepts du procès équitable aux procédures administratives pré- ou quasi-contentieuses

L'élaboration de la décision administrative, comme l'a remarqué Jean Rivero¹⁰⁴, peut s'inspirer de deux modèles opposés : la décision judiciaire, adoptée au terme d'un processus d'élaboration contradictoire, et la décision militaire, résultat de la conférence d'état-major préparée dans le secret par les bureaux appelés à y participer.

La seconde formule est traditionnellement celle du droit français. Le silence de l'administration lors de la préparation de l'acte normateur unilatéral y est la règle, et les formalités préalables, l'exception. Pas plus qu'elle n'est tenue d'obtenir le consentement du destinataire, l'administration n'a pas, en principe, à le consulter, à lui communiquer ses intentions, à lui permettre de s'expliquer ou à le mettre en demeure d'agir. Les garanties dont dispose le justiciable français à l'occasion du contentieux administratif, l'aptitude du juge administratif français à exercer pleinement son contrôle sur l'acte administratif, en dépit du manque de formalisme affectant couramment son *instrumentum*, sont souvent mises en avant par la doctrine française pour justifier la non application à la phase administrative de prescriptions formelles ou procédurales, telles que la maxime *Audi alteram partem*¹⁰⁵.

La position du droit anglais est diamétralement opposée.

Le droit de la décision administrative est fortement imprégné du modèle judiciaire. Il n'y a jamais eu en droit anglais de séparation formelle des autorités administratives et judiciaires comme en droit français. Au contraire, la tradition administrative britannique plonge ses racines dans le gouvernement local des juges de paix sous la tutelle de la Couronne. Cette absence de différenciation institutionnelle formelle et systématique, jointe à l'approche plus souple de la notion de procès, précisée en introduction, explique qu'il n'y ait pas eu en droit anglais d'élaboration systématique d'un concept autonome de l'acte administratif. Par exemple, le régime contentieux devant la Haute Cour des actes pris par des autorités administratives dans l'exercice des compétences qui leur sont assignées par le législateur est assimilé par le droit anglais à celui des décisions prises par les cours inférieures, et pour lesquelles le Parlement n'a pas prévu de mécanisme d'appel.

Par ailleurs, la constante référence aux méthodes du juge dans le cadre des procédures administratives a pour contrepoint l'extrême réserve observée par le juge britannique dans son contrôle de l'action administrative. M. Distell¹⁰⁶ note ainsi que l'imposition aux autorités administratives de formalités préalables inspirées des règles de procédures contentieuses observées par les organes juridictionnels s'est développée parallèlement à l'affirmation d'une auto-limitation du contrôle exercé par le juge sur l'action de l'administration (*judicial self-*

¹⁰³ Mécanisme de découverte, de mise à jour.

¹⁰⁴ J. RIVERO, « Le système français de protection du citoyen contre l'arbitraire à l'épreuve des faits », *Melanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome II, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 813, spéc. p. 819.

¹⁰⁵ Ecoute l'autre partie.

¹⁰⁶ M. DISTELL, *Le droit d'être entendu dans la procédure administrative en Grande-Bretagne*, Thèse, Paris II, 1979.

restraint) – avec toute la portée que cette auto-limitation peut avoir dans le cadre procédural décrit plus haut.

a) *Les limites du recours à la justice naturelle en matière administrative*

L'application jurisprudentielle des règles de justice naturelle aux décisions administratives s'est traduite par des contraintes procédurales de type adjudicatif. Elle a souvent été interprétée – à tort – comme l'effet d'une volonté du pouvoir judiciaire de garder sous son contrôle un appareil administratif en voie d'autonomisation. La question s'est alors posée de savoir si l'application de ces règles ne devait pas s'accompagner d'une juridictionnalisation sur le modèle français des organes administratifs d'adjudication.

Le domaine d'application de la justice naturelle

Dans le contexte du droit administratif anglais, le standard de la justice naturelle représente une « version squelettique des règles plus élaborées de procédure judiciaire que l'on trouvera développées dans leur plénitude dans le règlement de la Cour Suprême (*Rules of the Supreme Court*) »¹⁰⁷. La question la plus difficile à résoudre a été pour les juges de déterminer le champ d'application des règles de justice naturelle, une fois le fait reconnu qu'elles n'étaient pas adaptées à tous les types de décisions administratives¹⁰⁸.

Plusieurs tentatives ont donc été faites de circonscrire le champ d'application des règles de justice naturelle, par référence à la nature judiciaire ou quasi-judiciaire de l'acte pris par l'autorité administrative. Comme cela a déjà été mentionné plus haut, en l'absence d'une séparation formelle des autorités administratives et judiciaires, il n'y a pas eu en droit anglais d'élaboration conceptuelle de la notion de procès. Plutôt qu'un concept de procès étroitement délimité, les anglais recourent plus volontiers à une notion large de fonction juridictionnelle ou adjudicative qu'ils utiliseront indépendamment de considérations organiques ou institutionnelles en fonction des caractéristiques procédurales et matérielles de la compétence exercée. Mais là encore les notions restent floues.

Au XIX^{ème} siècle, les actes des autorités publiques étaient soumis aux règles de la justice naturelle dès lors qu'ils étaient de nature adjudicative, sans que cette dernière notion soit explicitement élaborée. En pratique, étaient concernés tous les actes affectant des droits individuels reconnus par le *common law*. Le critère était en définitive très large, si bien que Lord Loreburn L.C. a pu affirmer dans les premières années du siècle que la maxime *audi alteram partem* s'appliquait à « toute personne décidant quoi que ce soit »¹⁰⁹. C'est pourquoi la première partie du XX^{ème} siècle a été marquée par la tentative de circonscrire plus étroitement le champ d'application des droits procéduraux découlant de la justice naturelle. On a tenté d'ajouter au critère matériel de l'atteinte à un droit, un critère fonctionnel. Ainsi a-t-on essayé, à la suite notamment du rapport du *Committee on Minister's Power* de 1932, d'instaurer une classification conceptuelle des fonctions de l'administration en judiciaire, quasi-judiciaire et administrative *stricto sensu*. Dans un premier temps, les juges ont établi que les règles de la justice naturelle n'étaient pas applicables si l'autorité agissait « administrativement », ce qui n'était pas le cas si la décision du ministère intervenait pour trancher un *lis inter partem*, opposant par exemple une autorité locale et un objecteur¹¹⁰. Puis, de manière plus restrictive encore, l'opinion s'est imposée qu'il fallait que la fonction exercée révélât une obligation d'agir judiciairement (*a duty to act judicially*).

¹⁰⁷ P. CANE, *An introduction to administrative law*, Oxford, Clarendon Press, 2^e éd., 1992, p. 163.

¹⁰⁸ Cf. *supra*.

¹⁰⁹ *Board of Education v. Rice* [1911] AC 179, 182.

¹¹⁰ *Errington v. Minister of Health* [1935] 1 KB 40.

Adopté à partir d'une interprétation erronée du précédent *R v. Electricity Commissioner, ex parte London Electricity Joint Committee Co.*¹¹¹, ce critère a été abandonné à partir de *Ridge v. Baldwin*, en raison notamment du cercle logique qu'il impliquait¹¹². Le critère substitué par le précédent *Ridge v. Baldwin* concerne l'effet de la décision. Il s'agit de savoir si cette décision porte atteinte à un droit, entendu au sens large. Ainsi, les règles de justice naturelle ne seront pas disponibles s'il s'agit seulement de l'octroi ou du retrait d'un « privilège » administratif. Les règles de justice naturelle ne s'appliqueront que si la décision en question porte atteinte à un droit, au sens strict, ou à une attente légitime (*legitimate expectation*).

Après les diverses tentatives pour restreindre les droits procéduraux des particuliers à partir du critère de l'obligation d'agir judiciairement, la décision *Ridge v. Baldwin* marque le début d'une nouvelle période d'expansion de leurs droits procéduraux.

Le cas des *administrative tribunals*

L'abandon du critère de l'obligation d'agir judiciairement dans *Ridge v. Baldwin* signale, sur le terrain de la jurisprudence, la fin de la première époque du développement de l'*administrative law* anglaise. Cette première époque fut marquée par la discussion sur la nature des pouvoirs de l'administration, et la volonté de les rationaliser par le biais d'une juridictionnalisation poussée des organes administratifs d'adjudication, à la fois inspirée du modèle français et des principes de *natural justice*¹¹³.

Cette première époque a culminé avec la publication du rapport du *Committee on Administrative Tribunals and Inquiries* de 1957, appelé également *Frank's Committee*, mis en place à la suite de l'affaire *Crichel Down*¹¹⁴, et dont une part importante des propositions concernait la réforme du système des *administrative tribunals*.

Les *administrative tribunals* sont une manifestation de la tradition des recours administratifs formels caractérisant l'Etat administratif anglais et la centralisation dont il s'est accompagné. Alors que la centralisation française combine intégration verticale et subordination hiérarchique, la centralisation anglaise conjugue autonomie organique et subordination non hiérarchique. L'Etat administratif anglais, en raison de l'absence initiale d'une administration centrale, s'est développé de manière horizontale, en s'appuyant sur les collectivités locales, et en multipliant les bureaux (*boards*), entités administratives directement rattachées à la Couronne, et autonomes à la fois entre elles et vis-à-vis du gouvernement central. Contrairement à l'Etat administratif français construit autour des concepts publicistes de compétence et de hiérarchie, l'Etat administratif anglais a bâti les

¹¹¹ [1924] 1 KB 171, 205. La question posée aux juges dans cette décision était de savoir dans quelle mesure le remède de *certiorari* était disponible à l'égard des décisions d'une autorité administrative. La réponse des juges fut que la décision devait non seulement affecter les droits des individus, mais également concrétiser une obligation d'agir judiciairement, ce qui impliquait que certaines inobservances de la justice naturelle ne pourrait pas trouver de remèdes. Comme le remarque Paul CRAIG, l'interprétation ultérieure de cette décision, comme établissant l'inapplicabilité des règles de la justice naturelle aux décisions ne révélant pas une obligation d'agir judiciairement, reposait donc sur une confusion entre droits et remèdes. Pour toutes ces questions, v. P. CRAIG, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 4^e éd., 1999, p. 403 et s.

¹¹² Divers motifs ont été avancés par les juges pour justifier de l'abandon de la nature judiciaire des fonctions exercées par l'autorité publique. Le principal était que la nature judiciaire de la fonction n'était pas en soi un critère distinct de l'effet de la décision sur la situation juridique du destinataire.

¹¹³ S. FLOGAÏTIS, « Le caractère des droits administratifs anglais et français dans une perspective historique », in *Etat, loi, administration : Mélanges Spiliotopoulos*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 127.

¹¹⁴ Cette affaire causa à l'époque un émoi considérable en Grande-Bretagne. Elle concernait la non rétrocession à un fermier d'un terrain réquisitionné pendant la guerre par la *Royal Air Force*, et revendu ensuite à un tiers par le ministère de l'agriculture. Elle révélait en effet l'étendue des abus dont pouvait s'accompagner les pouvoirs considérables mis à disposition de l'administration.

rapports unissant les agences administratives à la Couronne sur le fondement du concept privatiste d'*agency* et de relation entre *master* et *servant*. Un tel contexte interdisait que puisse s'imposer, à la manière française – nourrie de tradition militaire –, le principe des recours administratifs à titre de règle générale. Et c'est à titre de correctif que le législateur britannique a multiplié les possibilités formelles de recours¹¹⁵. Ainsi, lorsque le gouvernement central est saisi d'un recours administratif prévu par le législateur, il intervient non comme autorité hiérarchique, mais comme tiers arbitre du différend opposant l'administré à la collectivité locale ou à l'agence administrative. Une telle configuration évoque inmanquablement à l'esprit du juriste français la théorie du ministre-juge, au nom duquel un corps d'inspecteurs par exemple, ou un organe *ad hoc*, exercera une justice retenue.

Apparus pour la première fois à la fin du XVIII^{ème} siècle, les *administrative tribunals* ont littéralement proliféré avec la mise en place du *Welfare State*. Les motifs expliquant leur spectaculaire développement ressemblent à ceux qui justifient en France la dualité de juridiction, qu'il s'agisse du souci de mettre en place des mécanismes d'adjudication rapides, peu coûteux, informels, garantissant une véritable expertise, ou de la défiance vis-à-vis du système judiciaire peu disposé, voire incapable, de protéger les droits substantiels établis par les lois à caractère social.

Les propositions du rapport *Frank* consistaient à faire des *administrative tribunals* un système d'adjudication homogène et indépendant, nettement distinct de l'appareil administratif. Le corollaire de leur juridictionnalisation était l'articulation de leur procédure autour de trois axes, à savoir : publicité (*openness*), équité (*fairness*), et impartialité (*impartiality*).

Mais les propositions du *Frank's Committee* n'ont été que partiellement mises en œuvre par le législateur de 1958. Le système des *tribunals* a été rationalisé conformément aux principes énoncés par le rapport *Frank*, et le modèle accusatoire inspirant les principes de *natural justice*, constitue pour une grande part encore la norme du système des *tribunals*. Pour autant, le législateur anglais s'est bien gardé de procéder à la juridictionnalisation préconisée. Chaque *tribunal* est rattaché au ministère dans le champ de compétence duquel il intervient, alors que le rapport *Frank* préconisait un rattachement du système dans son ensemble au *Lord Chancellor* ; les décisions des *tribunals* ne sont ni publiées, ni sources de droit ; ils opèrent sous le contrôle ultime des Cours judiciaires, qui refusent de les reconnaître comme des juridictions à part entière, et ne leur appliquent donc pas le délit de *contempt of court*¹¹⁶.

Il faut dire que les *tribunals*, dans leur ensemble, ne présentent pas l'homogénéité souhaitée par le rapport *Frank*. Certes, beaucoup d'entre eux sont compétents pour prendre des décisions définitives et exécutoires, susceptibles d'appel devant la *High Court* sur un point de droit. Beaucoup d'entre eux sont également indépendants vis-à-vis des services gouvernementaux, garantissent la tenue d'une audience publique de nature judiciaire, disposent d'une expertise et motivent leurs décisions. Mais ce n'est pas le cas de tous, notamment pour ce qui concerne l'indépendance. Là, c'est le pragmatisme qui triomphe, et les principes de *natural justice* ne sont pas mis en œuvre de manière uniforme et rigide, mais au cas par cas, en fonction des diverses situations¹¹⁷.

En définitive, « [t]outes les institutions dénommées *Tribunal* [et rentrant de ce fait dans le champ d'application du *Tribunals and Inquiries Act* de 1992] ne peuvent pas être considérées comme appartenant à un système d'adjudication, ou fournissant un substitut aux cours judiciaires »¹¹⁸. A cet égard, Paul Craig remarque que la seule définition d'ensemble

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 123 et 124.

¹¹⁶ *Attorney General v. Associated Newspaper and Others* [1989] (QB) 1 All ER 604.

¹¹⁷ Concernant le caractère flexible des principes de *natural justice*, qui génèrent des prescriptions différentes selon les situations, voir les remarques de M.C. MEGARRY dans *McInnes v. Onslow-Fane* [1978] 1 *W.L.R.* 1520.

¹¹⁸ P. CRAIG, *op. cit.*, p. 250.

possible des *Tribunals* est formelle. Est ainsi qualifiable tout organe administratif formellement rattaché au *Council on Tribunals*, organe consultatif chargé de faire des recommandations sur l'élaboration des règles régissant les procédures de chacun de ces organes¹¹⁹.

b) Le développement judiciaire timide de notions de substitution

L'extension des droits procéduraux des administrés et la reconnaissance de la flexibilité attachée aux règles de justice naturelle se sont accompagnées d'une remise en cause du modèle adjudicatif et accusatoire de prise de décision, si prégnant dans le monde anglo-saxon. Une intense réflexion doctrinale s'est ainsi développée, pour élaborer des principes de procédure équitable dépris de la référence au procès¹²⁰. Et la question s'est posée de savoir si l'on pouvait discerner en jurisprudence un mouvement équivalent en ce sens.

Fair procedure

La notion de *fair procedure* a été développée par les cours, comme un prolongement jurisprudentiel de la recherche législative de substituts procéduraux au standard de *natural justice*.

Il est apparu en effet que le caractère bipolaire des procédures réglées sur le modèle accusatoire de la *natural justice* n'est pas toujours adapté à la complexité des problèmes devant être traités dans le cadre des procédures administratives. La complexité de ces problèmes peut notamment résulter de leur polycentricité, selon l'expression de Lon Fuller¹²¹. Par polycentricité, Lon Fuller désigne le caractère multicentré de situations conflictuelles impliquant une multitude d'intérêts objectivement interdépendants¹²², et où il n'est pas possible de trancher l'un des litiges sans prendre dans le même temps une décision sur tous les autres. Lon Fuller évoque l'image de la toile d'araignée : toute traction sur l'une des mailles de la toile déclenche une redistribution des tensions à travers celle-ci prise comme un tout¹²³.

Dans la mesure où des obligations procédurales sont imposées par le législateur, les juges précisent leur modalité d'application en s'appuyant sur le standard de *fair procedure*. Cependant, dans le silence de la loi, aucun modèle procédural alternatif aux règles de *natural justice* n'a été développé par les juges.

Fairness

Si les cours n'ont pas explicitement développé de modèle alternatif aux règles de *natural justice*, on observe cependant un usage jurisprudentiel de plus en plus fréquent du terme *fairness*, à tel point qu'il apparaît maintenant plus souvent dans les décisions judiciaires que le terme *natural justice*. La plupart des commentateurs¹²⁴ décèlent à l'analyse de la

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ D. J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 227 et s.

¹²¹ [1978] 92 *Harvard L.R.* p. 353.

¹²² L'opposition soulevée par la réouverture du tunnel du Mont Blanc aux poids lourds fournit, dans l'actualité française récente, une excellente illustration de ce que peut être un conflit polycentrique, aussi bien par la diversité des questions posées (environnementales, sociales, économiques, techniques) que par la multiplicité des acteurs et l'équivocité des intérêts impliqués.

¹²³ *Ibid.*, p. 395.

¹²⁴ P. CRAIG, *op. cit.*, pp. 410-411 ; P. CANE, *op. cit.*, p. 190 ; v. également : M. LOUGHLIN, « Procedural Fairness : A Study in Crisis in Administrative Law Theory » [1978] 28 *U. Tor. L. J.* ; A. McDONALD, « Judicial

discussion par les juges du terme *fairness, duty to act fairly*, dans ces décisions, l'existence d'une obligation jurisprudentielle d'agir équitablement, même si ce n'est pas en conformité avec les règles de *natural justice*¹²⁵. Il s'agirait donc d'un concept plus souple que celui de *natural justice*.

L'apport de ce concept au regard des règles de *natural justice* suscite un débat qui divise la doctrine en deux positions. Les uns considèrent qu'il ne s'agit que d'une version amoindrie des règles de *natural justice*. Le terme *fairness* ne serait à tout prendre qu'une variation linguistique, un synonyme de *natural justice*, auquel on aurait recours pour marquer les assouplissements apportés aux contraintes procédurales. Il indiquerait une moindre intensité dans les contraintes procédurales imposées aux décideurs, mais n'aurait toujours pour destination de ne s'appliquer qu'à des contextes adjudicatifs. Le terme *fairness* renverrait alors essentiellement au résultat d'un bilan coût-avantage mettant en regard les droits procéduraux de l'administré et leur coût administratif et social¹²⁶.

D'autres, au contraire, considèrent que le terme *fairness* recouvre un contenu conceptuel original, dans la mesure où il serait appelé à s'appliquer à des contextes non-adjudicatifs. L'émergence de la référence au terme *fairness* dénoterait alors la recherche d'autres normes procédurales propres à garantir l'intégrité d'un processus de décision autre que le procès, tel que la consultation, la médiation, la négociation, etc. La problématique est alors de savoir si ledit processus de décision peut générer ses propres normes procédurales à partir de lui-même, ou s'il doit se soumettre au carcan de normes adjudicatives qui lui sont hétérogènes. Ainsi, la notion de *fairness* peut impliquer des protections procédurales qui ne sont pas traditionnellement considérées comme des éléments de la justice naturelle, à savoir :

- le droit de recourir à une représentation légale, qui n'est pas nécessairement juridique (association de défense, etc.) ;
- l'obligation de motiver les décisions.

3. La procédure équitable comme outil d'efficacité administrative : *good administration & fair administration*

C'est une opinion très courante outre-Manche que le sentiment des administrés d'avoir été traités équitablement, est un élément crucial de la bonne administration, c'est-à-dire d'une administration efficace, notamment parce qu'il est de nature à faire décroître le volume des recours contentieux. Cette thématique est notamment très importante depuis l'adoption de la charte du citoyen (*citizens' Charter*). Dans cette perspective, on constate le développement d'un corpus de règles procédurales d'origine administrative, qui prennent souvent la forme d'un code de bonnes pratiques procédurales, notamment en matière d'enquête publique et d'*administrative tribunal*. Ces documents administratifs n'ont pas de valeur directement contraignante à l'égard de l'administration. Cependant, les cours sont disposées à leur apporter une sanction, sur le fondement de la doctrine de l'attente légitime.

B. Sanctions

Review and Procedural Fairness in Administrative Law » [1979-1980] 25 *McGill L.J.* 520, [1980-1981] 26 *McGill L.J.* 1.

¹²⁵ Les premières mentions du terme *fairness* apparaissent dans les décisions *Re H.K.* [1967] 2 *QB* 617 ; *Local Government Board v. Arlidge* [1915] *AC* 120 ; *R v. Gaming Board for Great-Britain, ex parte Benaim and Khaida* [1970] 2 *QB* 417.

¹²⁶ P. CRAIG, *op. cit.*, pp. 412 à 421. La réflexion administrativiste britannique, à cet égard, a parfaitement intégré les réflexions de l'analyse économique du droit (v. *infra*).

Il s'agit ici de faire état des conséquences de la transgression d'un droit au procès équitable.

1. Types de conséquences

Prenons garde à bien distinguer le fait de la transgression et le contentieux auquel elle donne lieu. Nous traiterons ici du contentieux engendré par une transgression dans le domaine du procès équitable.

La transgression qui concerne le procès équitable peut être le fait de l'une des parties, le fait d'un tiers ou le fait de l'organe d'adjudication.

Lorsqu'il s'agit du fait d'une partie, ce sont les règles de procédure qui s'appliquent. En cas de violation d'une règle de procédure mettant en jeu le caractère équitable du procès – ce qui est le plus souvent sous-entendu –, l'annulation de la procédure peut être prononcée par le juge lui-même ou l'arbitre. Ce sont par exemple les règles d'une procédure juridictionnelle pénale accusatoire : l'exclusion d'éléments de preuve par le juge qui considérera que l'obtention de la preuve nuit au caractère équitable du procès. C'est ici un contentieux de la validité.

Quant au fait d'un tiers, celui-ci peut porter atteinte au caractère équitable de la procédure dans un cas particulier : l'hypothèse du *contempt of court*. Cette hypothèse est limitée à la procédure juridictionnelle. Dans ce cas, la partie lésée, en principe le défendeur, peut, s'il prouve le risque de préjudice et l'intention de publier, demander réparation et limiter la manifestation du trouble (publication ou manifestation) dommageable, au tiers qui s'en est rendu responsable. C'est un contentieux de la responsabilité spécifique. Ce contentieux peut être initié par une des parties mais le caractère équitable du procès n'est pas mis en cause aussi évidemment que dans le cas de publications médiatiques dommageables aux garanties dues au défendeur.

Lorsque le fait est celui de l'organe d'adjudication, alors c'est la partie lésée qui peut contester la procédure (ou procès) en ce qu'elle ne répond pas aux critères d'équité. Deux catégories de voies de recours sont ouvertes au justiciable. Il s'agit tout d'abord des voies de recours interne. Comme ailleurs, le recours à la Cour européenne des droits de l'homme n'est disponible qu'une fois épuisées toutes les voies de recours internes. Il faut noter que le recours devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies faisant application du PIDCP¹²⁷ n'est pas ouvert aux nationaux britanniques. Il ne pourrait y avoir de recours contre l'Etat britannique pour cause de non-respect de l'article 14 du PIDCP.

a) *Les voies de recours : appel et contrôle judiciaire (judicial review)*

A ce stade, il faut distinguer entre les organes judiciaires, d'une part, et administratifs (au nombre desquels on doit ranger l'ensemble des *Tribunals*), d'autre part. Pour ce qui concerne les organes judiciaires, deux types de recours existent contre les décisions de première instance. La voie ordinaire est celle du recours en appel. A titre extraordinaire, le justiciable peut également recourir à la demande de contrôle judiciaire (*application for judicial review*), assimilable à un recours de droit public, en vue de l'exercice par les tribunaux de la prérogative royale. La distinction entre appel (*appeal*) et contrôle (*review*) est classique. Dans le premier cas, le juge saisi du recours peut substituer sa décision à celle de l'organe de première instance. La procédure d'appel peut être motivée par le non-respect des exigences de *natural justice* par le précédent juge. Dans le second cas, le juge ne peut guère que casser cette décision et la renvoyer devant l'autorité de première instance.

¹²⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

La saisine de la Haute Cour (*High Court*) d'une demande de contrôle judiciaire (*application for judicial review*) peut intervenir à l'encontre d'un tribunal statuant en matière « civile » lorsque par exemple ce dernier a méconnu le principe du contradictoire. La voie du contrôle judiciaire (*judicial review*) n'est cependant pas ouverte à l'encontre des décisions prises en premier ressort par la *High Court* ou la *County Court*, dans l'exercice de leur compétence de droit commun. Seule est ouverte à leur encontre la voie ordinaire de l'appel. Notons à cet égard que le droit anglais continue de refuser d'admettre, en tant que principe général, le droit du plaideur à un double degré de juridiction, hors des cas que prescrit la loi. Cependant, les cas où la *High Court* statue en premier et dernier ressort sont rares, et en général, l'appel à la *Court of Appeal* est de plein droit.

Dans le domaine de la procédure pénale, la demande de contrôle judiciaire (*application for judicial review*) n'est susceptible d'intervenir que dans les hypothèses de procès à procédure sommaire (*summary trials*), sur le fondement, notamment, de l'inobservation par le juge des règles de *natural justice*. En revanche, dans les hypothèses des procédures sur acte d'accusation devant la *Crown Court* (*trials on indictment*), c'est la voie de l'appel qui s'impose. L'un des fondements possibles de ce recours en appel est l'invocation d'irrégularités importantes de procédure, telles que l'admission par un juge de preuves irrégulières. La Cour d'appel a plusieurs possibilités. Elle peut soit infirmer la décision de la *Crown Court*, soit affirmer cette décision si elle la trouve exacte et convaincante. La Cour d'appel peut encore soit renvoyer une affaire devant la *Crown Court*, si l'accusé réussit à faire admettre des preuves supplémentaires, soit casser une décision et ordonner un second procès, appelé un *venire de novo*.

A l'encontre des décisions prises par des organes à caractère administratif, le recours ordinaire est celui de *judicial review*.

b) Les remèdes disponibles dans le cadre du contrôle judiciaire (judicial review)

Deux catégories de remèdes sont disponibles dans le cadre de la révision judiciaire de l'action administrative, aussi bien que des décisions des cours inférieures non susceptibles d'appel : les ordres de prérogative royale, appelés également remèdes de droit public (*certiorari, prohibition, mandamus*), et les remèdes de droit privé comprenant les remèdes accordés en vertu des règles dites d'Équité (*declaration, injunction*).

Les ordres de *certiorari* (prononcé de la nullité d'une décision soit de manière rétroactive, soit seulement pour l'avenir), et de *prohibition* (injonction de ne pas faire ou de ne pas poursuivre), sont disponibles pour sanctionner l'inobservation des règles de justice naturelle par un organe administratif ; peu importe que les fonctions de ce dernier soient classées comme « juridictionnelles » – c'est-à-dire adjudicatives – ou administratives, pourvu qu'elles aient un caractère public, au sens de la décision *O'Reilly v. Mackman*. En revanche, il ne semble pas que l'ordre de *mandamus* (injonction de faire), disponible dans des hypothèses de rupture d'obligation de droit public (*public duty*) vis-à-vis de particuliers, ait vocation à sanctionner une inobservation des règles de *natural justice* ou du standard de *fairness*.

La limite essentielle à l'usage de ces *prerogative remedies* tient à ce qu'ils ne sont pas disponibles à l'encontre de la Couronne, dans la mesure où il s'agit de mesures de coercition judiciaire – le refus d'obtempérer constituant un outrage à la Cour (*contempt of court*). Par ailleurs, la jurisprudence n'est pas clairement fixée quant à la question de savoir si les organes exerçant des compétences à caractère public dont la source est contractuelle, peuvent faire l'objet d'un ordre de prérogative royale. Malgré tout, le champ d'application de ces *prerogative remedies* est très large, puisqu'il couvre les décisions des départements ministériels, des autorités locales, des ministres individuels, des magistrats et des organes publics.

A défaut, ou parfois aussi pour éviter d'avoir à recourir aux remèdes de droit public, il est possible d'actionner les remèdes équitables que sont *declaration* et *injunction*. L'octroi d'un remède en équité répond à une double condition : l'insuffisance du remède de *common law* et l'acceptation du juge. La *declaration* a le même objet que le *certiorari* dans sa fonction « déclarative », à savoir constater la nullité *ab initio* de la décision. Au-delà de cette première fonction (*supervisory function*), la *declaration* peut également fixer les droits du justiciable (*original function*). L'*injunction* est un remède équitable susceptible d'assumer les mêmes fonctions qu'un ordre de *prohibition* ou de *mandamus*, à savoir soit prévenir la commission d'une action illégale par une personne ou un organe, soit imposer l'accomplissement d'une action légale. Les *injunctions* sont très importantes en droit public, notamment pour ce qui concerne le respect des principes de *natural justice*, dans la mesure où elles sont disponibles à l'égard d'organes dont les prérogatives reposent entièrement sur des contrats conclus avec l'autorité publique.

En principe, les cours anglaises n'accordent pas de dommages et intérêts pour la réparation des préjudices de droit public tels que ceux résultant d'une décision prise au terme d'une procédure inéquitable, ou plus étroitement dans l'ignorance des principes de justice naturelle. Le principe est que seuls les préjudices de droit privé (*private law wrongs*) peuvent justifier l'octroi de *damages*, et non les préjudices reconnus par le seul droit public, tels que le non respect des règles de *natural justice*. Plusieurs raisons sont avancées par les auteurs pour expliquer ce principe jurisprudentiel. La plus convaincante est liée à la nature des prérogatives des juges dans le cadre de la *judicial review*. Cantonnés dans un rôle de supervision de l'action administrative, les juges ne peuvent se substituer à l'autorité contrôlée dans l'exercice de ses compétences. Une fois sa décision cassée par le juge, l'autorité administrative est libre de la reprendre à l'identique, sous réserve de la conformer au droit, et notamment aux principes de la justice naturelle. Or, accorder des *damages* pour le préjudice né d'une décision prise dans l'ignorance des règles de la justice naturelle, reviendrait pour le juge à orienter dans un sens ou un autre la décision de l'autorité administrative, et donc à se substituer *de facto* à celle-ci dans l'exercice de ses compétences.

Cela ne veut pas dire que les *damages* soient absolument indisponibles en cas de rupture des règles de justice naturelle. Seulement, pour en obtenir l'octroi, il faut démontrer l'existence d'un dommage reconnu par le droit privé (*private law wrong*). En général, les dommages et intérêts seront octroyés, s'il est possible de démontrer que la rupture des règles de justice naturelle est constitutive de négligence (*negligence*), c'est-à-dire que l'observation des règles de justice naturelle est l'objet d'une obligation de diligence (*duty of care*) au regard du *common law*. Or, les cours anglaises sont extrêmement réticentes à imposer de telles contraintes à l'autorité administrative, surtout dans des domaines sensibles, par peur d'entraver l'action publique ou de générer des effets pervers.

Lorsqu'en matière procédurale, la rupture du droit public équivaut à une rupture de la Convention européenne des droits de l'homme, il est possible d'obtenir des dommages et intérêts ; mais *pas* de la part d'une cour anglaise, seulement du juge de Strasbourg.

2. Portée

En droit anglais, nous avons expliqué que la source du principe de procès équitable se trouve dans le *common law*. Par conséquent, les modifications éventuelles peuvent emprunter deux voies.

Elles consistent, d'une part, dans un travail d'adaptation spécifiquement jurisprudentiel. Les leviers du juge dans ce cas sont donc la redéfinition continue de la notion de *natural justice* en augmentant les garanties du procès équitable, c'est-à-dire en multipliant les exigences tout en maintenant le caractère général du domaine d'application. C'est également

l'élargissement des cas d'ouverture, c'est-à-dire le fait de rendre plus disponibles tous les remèdes envisageables (*increasing availability of remedies*).

Elles ont consisté, d'autre part, dans un travail d'interprétation du droit statutaire (*statute law*). Le travail d'adaptation ici était d'agir sur la signification des règles statutaires intervenant en général pour imposer des contraintes à un principe d'essence libérale contenu dans le *common law*. On pense ici aux lois de réforme de la police et de la justice pénale de l'ère conservatrice et qui coïncidaient avec l'accroissement de la violence en Irlande du Nord. On constate que les lois de 1994 et de 1998 notamment, insistent sur les pouvoirs d'enquête de la police et du juge et donc renforcent l'aspect inquisitoire du procès. Le juge a dû alors faire face à cette dérive antilibérale et s'est posé comme le défenseur des droits et libertés, au moyen d'une interprétation souvent audacieuse des textes à la lumière du *common law*, suppléant ainsi à l'inapplicabilité directe de la C.E.D.H. en droit interne¹²⁸.

II. Origine des concepts dans l'espace et le temps

A. Réception

Plus que la réception de la notion de procès équitable, nous évoquerons dans cette partie les conditions de production et d'émission du concept apparu somme toute relativement tôt par rapport aux autres espaces normatifs analysés.

Le procès équitable ou *fair trial*, sans qu'il apparaisse littéralement dans un texte de loi, est déjà l'une des exigences de la *Magna Carta* de 1215, par laquelle le roi est tenu de ne jamais dénier à quiconque un droit ou la justice qui lui sont dus, de même que les barons feront promettre au roi de ne jamais porter atteinte à un homme libre (dans son corps ou dans ses biens), à moins que ce ne soit en vertu d'un jugement de ses pairs conforme au droit (*lawful judgement of his peers*) ou en vertu de la loi du pays (*by the law of the land*).

L'expression *natural justice*, quant à elle, est tout aussi, voire plus, ancienne encore en droit anglo-saxon. Elle est issue du *common law* et continue de trouver application dans les espèces d'aujourd'hui.

On remarque notamment la coïncidence de cette notion développée par les juridictions de *common law* et son développement quasi-simultané dans la pensée philosophique du début du XVII^{ème} siècle.

Dans son œuvre philosophique politico-théologique, et notamment dans *De Cive* (1642)¹²⁹ préfigurant le *Léviathan* (1651)¹³⁰, Thomas Hobbes (1588-1679) énumère les lois de nature qu'il voit logiquement, rationnellement, découler du droit naturel. Si le droit naturel consiste, par une déduction raisonnée, en la conservation de sa vie propre, la justice naturelle est connue comme l'ensemble des deux règles primaires présidant à un procès : la règle *nemo iudex in causa sua* (nul n'est juge en sa propre cause), correspondant à la 16^{ème} loi de nature selon Hobbes et la règle *audi alteram partem*, correspondant au principe du contradictoire mais qui ne trouve pas de traduction directe dans l'œuvre de Hobbes. Les réflexions de Hobbes que l'on tient pour le père de la philosophie politique n'ont qu'une pertinence limitée en termes de droit positif. Cependant, nous avons souhaité souligner la coïncidence spatiale et temporelle d'une pensée philosophique significative et l'apparition au titre de

¹²⁸ V. en particulier l'arrêt *Brind* [1991] *HL*.

¹²⁹ T. HOBBS, *De Cive*, trad. S. SORBIERE, GF, 1982.

¹³⁰ T. HOBBS, *Léviathan*, trad. F. TRICAUD, Dalloz, rééd. 1999.

« loi fondamentale » des conditions judiciaires d'existence de la justice naturelle¹³¹. Remarquons d'ailleurs qu'à la mort du philosophe sera votée la loi sur l'*habeas corpus*, protection très spécifique de la personne contre la détention arbitraire et entraînant une forme de droit au procès¹³².

B. Gauchissement

Sans véritablement pouvoir parler de gauchissement, nous ferons ici le compte-rendu des voies que le procès équitable a emprunté suite à son émergence dans la jurisprudence des juges anglais. Ainsi plus que le gauchissement de la notion, nous suivrons son processus de perfectionnement au fil du temps.

L'exigence du *nemo iudex* apparaît en effet très tôt et en particulier dans le célèbre arrêt *Bonham* de 1610¹³³, à l'occasion duquel le juge Coke, chantre de l'idée de loi fondamentale en Grande-Bretagne, impose le principe comme faisant échec à la décision d'une sorte de conseil de l'ordre des médecins. On retrouve ensuite une jurisprudence constante dans laquelle ce principe d'impartialité fait échec, dans le contentieux administratif notamment, à des actes importants dans la hiérarchie des normes administratives, *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction canal* (1852)¹³⁴. La raison célèbre donnée par un juge dans une affaire de 1924 donne lieu à la doctrine de l'apparence d'équitabilité du procès comme aussi importante que la réalité de ce caractère équitable, *R v. Sussex Justices ex parte McCarthy, Heward CJ* : « Il est d'une importance fondamentale que la justice ne soit pas seulement faite, mais qu'elle apparaisse manifestement et sans doute possible comme étant faite. »

Quant à l'exigence du *audi alteram*, elle concerne l'obligation qui pèse sur les instances d'adjudication¹³⁵ de permettre à l'autre partie d'être entendue et de plaider sa cause. Cette obligation ne s'analyse pas cependant en un droit au bénéfice de la personne contre qui des griefs sont retenus ou à l'encontre de laquelle une décision administrative négative a été prise, mais en un principe procédural de bonne administration de la justice (*fair trial*) dont d'autres droits et d'autres obligations découlent. Dans le contexte de la doctrine de la *natural justice* (et de son application aux procédures administratives), le standard *audi alteram* peut se traduire par un éventail modulable de prescriptions concrètes, qui toutes révèlent l'empreinte du modèle accusatoire. Ces prescriptions peuvent concerner aussi bien les modalités de notification préalable, le délai adéquat de préparation du mémoire en réponse, l'accès à toutes les informations pertinentes concernant l'affaire en cause, le droit de présenter son cas oralement ou par écrit ou les deux à la fois, le droit à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire des témoins, le droit d'être représenté, le droit de voir l'affaire tranchée sur la base des seuls éléments accessibles aux parties, le droit à une décision motivée prenant un compte approprié des preuves produites et répondant aux diverses allégations.

III. Originalité de l'espace

A. Pourquoi l'espace anglo-saxon est une source

¹³¹ J. W. GOUGH, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, 1955, trad. C. GRILLOU, P.U.F, Coll. Léviathan, 1992, notamment chap. 3.

¹³² Cf. *infra*.

¹³³ (1611) 8 Co. Rep. 114a.

¹³⁴ (1852) 3 HL Cas 759, contre un décret du ministre de la justice.

¹³⁵ Instances d'adjudication juridictionnelles, V. *Murray v. UK* [1996] ECHR ; ou non juridictionnelles, V. *Ridge v. Baldwin* [1964] AC 40 ; *Crompton v. General Medical Council* [1982] 1 All ER 3.

En dépit de sa formulation latine, l'adage *audi alteram partem* n'est pas d'origine romaine. La hiérarchie existant sur le continent européen entre règles de fond et procédure s'est établie de toute antiquité, à Rome. Et c'est sur le terreau de ce droit de procéduriers et de praticiens qu'est le *common law*, que les principes du procès équitable ont reçu leur première consécration institutionnelle.

L'importance proverbiale de la procédure en droit anglais est liée à la profonde ambivalence qui a marqué pendant longtemps le statut des cours royales. Si la compétence de droit commun d'un système judiciaire royal centralisé s'est affirmée de manière très précoce – dès le XV^{ème} siècle – en Angleterre, les cours royales sont demeurées, formellement, jusqu'à la moitié du XIX^{ème} siècle, des juridictions d'exception. Il faut dire que cette affirmation de la justice royale ne s'est pas faite sans heurt. Ainsi, le statut initial de juridiction d'exception a-t-il été imposé par le second statut de Westminster adopté en 1215, immédiatement après la Grande Charte proclamant les privilèges seigneuriaux face au pouvoir royal. Fruit de la lutte entre le roi d'Angleterre et ses barons pour l'exercice de la prérogative de justice, le compromis de Westminster avait pour objet de limiter les cas de saisine des cours royales, ainsi que le nombre d'actions pouvant être intentées devant elles, chaque action ayant sa physionomie et obéissant à ses règles propres¹³⁶. Le statut de 1215 disposait notamment une interdiction absolue de connaître des litiges autres que ceux pour lesquels leur compétence avait déjà été reconnue, ne leur concédant que la faculté de statuer sur les affaires rigoureusement identiques ou simplement analogues aux cas déjà résolus. C'est sur la technique de l'analogie que les cours royales de *common law* se sont appuyées pour élargir leur compétence au cas par cas, portées par la supériorité de leur procédure sur celle des autres juridictions et le renforcement de l'autorité royale. Et s'il fallait d'abord faire admettre aux cours royales leur compétence avant de pouvoir leur soumettre le fond du litige, réciproquement, les cours royales, pour rendre leur jugement acceptable, devaient toujours justifier leur décision avant de se déclarer compétentes, par l'argument d'une analogie « entre la situation nouvelle à elles soumises et une situation ancienne, parfois en fait tout à fait différente »¹³⁷. Au cœur de l'argumentaire judiciaire de *common law* se trouve donc toujours le souci d'appuyer sur la persuasion l'exercice de la prérogative royale de justice. Inversement, pour les justiciables, les garanties procédurales représentaient la seule source de sécurité juridique : le fait que l'action précède le droit (*remedies precedes rights*) entraînaient en effet l'impossibilité de développer un corps de règles de fond objectivement identifiables indépendamment du droit de l'action en justice.

Dans un pareil contexte contentieux, marqué par une concurrence politique pour l'exercice de la prérogative de justice et les fortes contraintes procédurales, les règles du procès équitable se sont imposées comme un élément stratégique du dispositif de persuasion des cours royales. Il n'est pas suffisant que justice soit faite, affirme le juge anglais. L'on doit « voir » que justice est faite (*justice must be seen to be done*)¹³⁸. Un second catalyseur des règles du procès équitable a été l'institution du *jury*, supprimée au siècle dernier. Pour permettre à des jurés ignorants et facilement émotifs de rendre des verdicts raisonnables, des règles de preuve très strictes se sont révélées nécessaires. Enfin, le procès est apparu en lui-même comme droit ou garantie de la personne contre les abus du pouvoir de l'Etat : c'est le principe qu'institue l'*Habeas Corpus*. En effet – et c'est la logique – le procès équitable ne peut émerger en tant que « droit à » que lorsque le procès lui-même peut être garanti, et ce, contre une tendance étatique à l'évitement du procès par des instances en principe indépendantes et impartiales.

¹³⁶ R. DAVID, *Traité de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1950, p. 287.

¹³⁷ R. DAVID, *op. cit.*, p. 289.

¹³⁸ Cf. *supra*.

« Historiquement, rappelle Gérard Timsit, le système de *common law* apparaît plutôt que comme une création du souverain, une réaction contre lui. Il est à l'origine une réaction du corps social à l'encontre du pouvoir de l'Etat, et en cela s'oppose à un système de droit stato-centrique qui reste au contraire une expression de la volonté de l'Etat »¹³⁹. Les règles du procès équitable sont le fruit caractéristique d'un tel droit.

B. Comment l'espace anglo-saxon est récepteur

Nous nous limiterons à décrire les influences du droit de la C.E.D.H. sur le droit interne britannique en matière de procès équitable. Le droit anglais étant identifiable comme « droit-source », il n'est qu'une évolution que nous puissions saisir : celle qui a consisté à modifier la notion de départ ou, du moins, la notion telle qu'elle était avant d'entrer en contact avec le droit européen « renationalisé », c'est-à-dire retourné au droit interne. Autrement dit, nous tenterons d'analyser l'impact de l'incorporation officieuse – avant l'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998* – ou officielle – après l'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998*, le 2 octobre 2000 – de la Convention au droit anglais.

En Grande-Bretagne, on recherchera le raffinement de la notion de *fair trial* à partir notamment du processus d'incorporation de la C.E.D.H.. Il s'agit bien d'un phénomène progressif entamé avec la ratification précoce de la C.E.D.H. par le Royaume-Uni, renforcé par l'ouverture du recours individuel aux ressortissants britanniques et confirmé par l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*. La Grande-Bretagne qui s'était toujours considérée comme la source d'autres traditions pouvait difficilement concevoir d'être la cible d'une volonté d'unification exogène. Pourtant, dans le domaine de protection européenne des droits et libertés, des effets se sont produits sur le droit interne britannique en matière de procès équitable. Le premier signe tangible de cette évolution réside dans la modification du droit du *contempt of court* à la suite de l'affaire *Sunday Times*¹⁴⁰. Par ailleurs, on peut considérer qu'un enrichissement du concept de *natural justice* a eu lieu en ce que sa force normative s'est accrue du fait de sa récupération à un niveau hiérarchique supranational. En dépit de l'approche dualiste traditionnelle des relations entre droit international et droit interne encore en vigueur au Royaume-Uni, des infiltrations se produisent qui font penser que les normes européennes, dont l'article 6 § 1 tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, s'imposent au droit national.

1. Le droit du *contempt of court*

Il est régi par une loi de 1981 édictée à la suite de l'affaire *Sunday Times* de 1979. Le cœur de cette matière n'est pas à première vue le procès équitable mais la liberté d'expression des médias à propos d'une affaire judiciaire qu'elle soit civile ou pénale. La problématique est la suivante : afin de préserver le caractère équitable (*fair*) du procès, il peut être nécessaire de limiter la liberté d'expression. Comme la *natural justice*, le *contempt of court* est une matière élaborée par le *common law*. Ils sont donc consubstantiels dans la mesure où c'est pour préserver les exigences de la *natural justice*, et en particulier les chances de l'accusé (en termes d'égalité des armes), qu'une responsabilité pour outrage à la cour – la traduction n'est pas satisfaisante – s'est développée. Les éléments constitutifs du *contempt* sont les suivants : un risque réel de préjudice causé au déroulement des actes de procédure ; une intention de publier. La sensibilité de la mise en œuvre de cette responsabilité a été réduite à la suite de

¹³⁹ G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, 1987, p. 169.

¹⁴⁰ C.E.D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, Série A n°30, Aff., 4/1977/22/35.

l'affaire précitée en raison d'une atteinte à la liberté d'expression selon les critères de l'article 10 de la C.E.D.H..

2. *Natural justice et fair trial*

Le procès équitable ou *fair trial* entendu par la Cour européenne des droits de l'homme, a pesé sur la *natural justice* que l'on continue d'utiliser comme concept opératoire. Le caractère ouvert de la définition des expressions a permis cette fertilisation croisée. En effet, s'il est incontestable que le concept de *natural justice* a inspiré avant tout celui de procès équitable, il est non moins réel que le procès équitable façonné au cours des cas par la Cour européenne des droits de l'homme a enrichi en retour le concept-source. La jurisprudence du droit au silence en est un exemple, puisque le droit au silence n'existait pas en vertu des textes inclus dans la notion de procès équitable, mais figurait au nombre des exigences détaillées de la présomption d'innocence dans une procédure pénale. Aujourd'hui les affaires successives impliquant la France et le Royaume-Uni, de *Funke c. France*¹⁴¹ à *Murray c. R.-U.*¹⁴² et *Saunders c. R.-U.*¹⁴³, ont fait dériver un droit au silence du principe du caractère équitable du procès, c'est-à-dire de l'article 6 § 1 de la C.E.D.H.. Le droit au silence est donc applicable dans toute procédure civile ou pénale.

Le concept de *natural justice* s'est par ailleurs étoffé si l'on prend en compte la présentation de certains auteurs aujourd'hui. Pour Philip S. James dans son introduction au droit anglais, la *natural justice* est *l'ensemble des règles que tout homme raisonnable considérerait comme équitables*. L'auteur donne ensuite une liste d'éléments constitutifs – outre les deux éléments initiaux et qu'il mentionne à titre d'exemples – sous-entendant que cette liste ne saurait être exhaustive. Les attentes légitimes ainsi que l'obligation de motiver une décision feraient ainsi partie des règles subsumées sous la notion de *natural justice*. L'auteur ne fait qu'appliquer la logique de *common law* que l'on pourrait qualifier de « texture ouverte » ; ainsi que le théorise H.L.A. Hart¹⁴⁴. Cette théorie veut mettre en évidence le mécanisme de développement potentiellement illimité de la teneur du droit, mécanisme indispensable à une adaptation progressive de concepts considérés comme fondamentaux. La nécessité d'adaptation est liée à l'incontournable indétermination du futur. Mais l'intangibilité terminologique des concepts génériques sert en Grande-Bretagne à préserver la cohérence de l'ensemble.

3. Le rôle judiciaire du *Lord Chancellor*

La capacité du *Lord Chancellor* à siéger dans les formations de jugement de la Chambres des Lords est traditionnellement justifiée au regard de son rôle dans la nomination des juges. L'argument est qu'il est essentiel pour lui de maintenir des contacts personnels avec le *bench*, de manière à ce qu'il puisse procéder aux meilleures nominations possibles. La justification apparaît en vérité assez mince au regard des problèmes d'impartialité de l'organe judiciaire que soulève sa participation à la Chambre des Lords. Des limites ont bien été posées à sa capacité à siéger. Ainsi, cela lui est-il interdit dans tous les cas où le gouvernement ou un ministre sont parties au procès, de même que dans tous les cas où des questions politiques ou constitutionnelles sont en jeu. Cependant, l'application de ce principe soulève des problèmes d'appréciation très délicats, lorsque l'intérêt du gouvernement n'est qu'indirect. En tout état de cause, la doctrine anglaise est d'avis que l'incorporation au droit anglais des règles de la

¹⁴¹ C.E.D.H., 25 février 1993, *Funke c. France*, Série A n°256-A, Aff. 82/1991/334/407.

¹⁴² C.E.D.H., 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, Série A n°300-A, Aff. 13/1993/408/487.

¹⁴³ C.E.D.H., 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, Recueil 1996-VI, Aff. 43/1994/490/572.

¹⁴⁴ H. L. A. HART, *The concept of Law*, Clarendon Law Series, O.U.P., 1961, p. 124 et s.

Convention européenne des droits de l'homme crée la nécessité d'une séparation plus stricte de l'exécutif et du judiciaire¹⁴⁵.

Quant aux concepts en vigueur en Amérique du Nord, ils apparaissent comme les produits dérivés et adaptés du droit d'origine britannique, avec les nuances que nous avons mentionnées dans le I.

IV. Effets seconds du procès équitable

Existe-t-il une pathologie liée aux exigences du procès équitable ? C'est ce que nous tenterons ici de détailler sans toutefois être convaincus que le terme « pathologie », qui signifie l'existence d'un dysfonctionnement, s'adapte réellement à la situation du droit positif anglo-saxon. Tout au plus distinguons-nous des limites à la possibilité de garantir le caractère équitable du procès. Mais il n'est pas question d'apercevoir la manifestation de dysfonctionnements de nature juridique en la matière. La reconnaissance de quelques insuffisances a d'ailleurs fait l'objet d'une analyse théorique de la part d'un auteur américain qui envisage même le retournement de ce défaut en une nécessité pratique. Il s'agit du thème de la justice procédurale imparfaite développé par John Rawls¹⁴⁶. En revanche, si des dysfonctionnements ont pu être notés à plusieurs reprises, ils n'ont été causés que par des décisions de nature politique. Nous avons ici à l'esprit la série de dénonciations d'abus au détriment d'accusés, mais dont justement l'application des règles du procès équitable à un niveau interne ou européen a permis la condamnation. Il s'agissait d'abus commis dans le contexte politiquement très sensible de l'Irlande du Nord ; contexte dans lequel le droit processuel anglais est très mouvant. Ce type d'attentats circonstanciels aux garanties procédurales dues à la personne détenue puis jugée, se commet dans tous les Etats qu'une situation de tension particulière pousse à réagir. Ils étendent alors de façon draconienne les limitations à ces droits protégés en période dite normale. C'est ainsi qu'une série d'exemples américains et britanniques se trouvent liés à la lutte anti-terroriste de la fin de l'année 2001.

Alors même qu'il apparaît difficile de diagnostiquer une réelle insuffisance des garanties du procès équitable, il apparaît encore plus douteux d'affirmer que des effets pervers résulteraient de l'application de ces exigences ; un effet pervers s'entendant de l'obtention d'une conséquence exactement contraire au résultat escompté.

A. Les limites des garanties liées au caractère équitable du procès

1. Le procès équitable à l'épreuve des faits politiques

On a coutume de prendre le Royaume-Uni, berceau du modèle accusatoire, comme exemple d'un système garantissant brillamment le caractère équitable du procès. Mais comme tout Etat, le Royaume-Uni est gouverné par des revendications et enclin à des « arrangements » de nature politique ; le politique précédant le juridique, à plus forte raison dans un Etat disant appliquer le principe de souveraineté parlementaire. Tout ceci signifie qu'à l'image des systèmes démocratiques modernes, la volonté du Parlement est souveraine et s'impose en dernier recours, et ce, d'autant plus que les actes du Parlement ne sont pas subordonnés à un corpus constitutionnel identifié comme supralégalatif. Si d'aucuns pensent que c'est affaire de mots et qu'une supralégalité existe néanmoins en Grande-Bretagne, les

¹⁴⁵ V. sur l'ensemble de ces points l'étude détaillée de D. WOODHOUSE, « The Office of Lord Chancellor : Time to Abandon the Judicial Role – The Rest Will Follow », [2002] *Legal Studies* 128.

¹⁴⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1972, O.U.P., Revised Edition, 1999, pp. 74-76.

Britanniques, eux, tiennent à cette théorie selon laquelle rien ne saurait primer sur la volonté du Parlement qui, en tout état de cause, ne peut faire l'impossible et ne fera que le raisonnable. Ainsi est-on assuré que la loi ne nécessite aucun contrôle de constitutionnalité, son interprétation par les juges faisant en sorte que son sens et donc sa mise en œuvre soit conforme à des règles non écrites telles que la *natural justice* dont le contenu a été fourbi au fil des siècles. Pourtant, la volonté du législateur parlementaire n'est pas toujours « interprétable » de façon à correspondre à ces impératifs coutumiers, de sorte qu'il est arrivé qu'ils soient mis de côté temporairement ou définitivement. Dans ces conditions, la volonté du Parlement, c'est-à-dire la volonté politique, fait bien obstacle à l'application de règles juridiques dont on pensait qu'elles devaient s'appliquer en toutes circonstances tant elles étaient « fondamentales », quoique procédurales.

Ce type de confrontation opposant un Parlement à la volonté nettement affirmée, aux tentatives judiciaires qualifiées d'activisme, a eu lieu notamment lors du gouvernement Thatcher au début des années 80 et dans le contexte du conflit nord irlandais. Le terrorisme dénoncé et combattu par le gouvernement, et donc par la majorité parlementaire de l'époque, a constitué un prétexte favorable à la mise en œuvre de règles d'origines législative et réglementaire particulièrement attentatoires aux principes du procès équitable. Elles ont notamment donné lieu à une série de recours auprès des institutions juridictionnelles de la C.E.D.H., précipitant ainsi la Grande-Bretagne dans l'engrenage de l'incorporation de ce texte au droit interne¹⁴⁷.

Ce genre de pratique étatique d'aggravation des pouvoirs d'arrestation, d'investigation et de jugement revient en force en Grande-Bretagne comme aux Etats-Unis à la suite de la menace terroriste réalisée après les attentats commis à l'automne 2001 sur le territoire des Etats-Unis. En Grande-Bretagne, le *Terrorism Act* de 2000 a été amendé pour renforcer encore les mesures sécuritaires¹⁴⁸. Le risque réside dans la tendance à l'extension de ces mesures en principe exceptionnelles à toutes procédures pénales, ce qui avait été le cas dans le contexte nord irlandais. L'Europe n'est pas en reste, puisque la Commission de l'Union Européenne, sur avis favorable du Parlement européen le 29 novembre 2001, est sur le point d'adopter une décision-cadre de lutte contre le terrorisme¹⁴⁹. Il en est de même aux Etats-Unis où une récente ordonnance présidentielle dite « *Bush Order* », permet à des tribunaux militaires de juger les personnes soupçonnées d'actes terroristes¹⁵⁰. Cette mesure présidentielle a entraîné des protestations notamment sur le fondement de la défense du droit de se prévaloir du *writ d'habeas corpus*. Le précédent jurisprudentiel de l'arrestation et de l'exécution de saboteurs allemands pendant la Seconde Guerre Mondiale a été rappelé à cette

¹⁴⁷ K. EWING and C. GEARTY, *Freedom under Thatcher : Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford : Clarendon Press, 2nd ed., 1990 ; C. MCCUDDEN and G. CHAMBERS (eds.), *Individual Rights and the Law in Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1994 ; C. GEARTY, « The Costs of Human Rights : English Judges and the Northern Irish Troubles », *Current Legal Problems*, vol. 47 (II), 1994, pp. 19-40 ; C. GEARTY, « After Gibraltar », *LRB*, vol.17, n° 22, 16th November 1995, pp. 9-11.

¹⁴⁸ *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, 2001. Pour une illustration des effets de telles mesures en matière de discrimination et en matière processuelle, v. le récent arrêt du 25 octobre 2002 de la Cour d'Appel de Londres qui approuve la mise en échec de la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'incorporée par le *Human Rights Act* 1998, dans le cadre de mesures anti-terroristes induites par l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* 2001, *A, X and Y, and Others v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] *EWCA Civ* 1502.

¹⁴⁹ Proposition de décision-cadre du 19 septembre 2001 relative à la lutte contre le terrorisme 2001-0217 (CNS).

¹⁵⁰ *Military Order* (Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism), du 13 novembre 2001, reposant sur les fondements ainsi formulés : « By the authority vested in me as President and as Commander in Chief of the Armed Forces of the United States by the Constitution and the laws of the United States of America, including the Authorization for Use of Military Force Joint Resolution (*Public Law* 107-40, 115 Stat. 224) and sections 821 and 836 of title 10, United States Code, it is hereby ordered as follows [...] »

occasion¹⁵¹. L'argumentation des demandeurs devant la Cour suprême était la suivante. Le fait d'avoir été jugés par des juridictions militaires constituait une privation de leur droit constitutionnel d'*habeas corpus*, interprété comme le droit d'être présenté devant un juge dans un délai raisonnable. La Cour suprême avait à l'époque refusé d'accéder à cette demande au motif que les juridictions militaires en question étaient compétentes en l'espèce¹⁵². Une telle requête pourrait bien à nouveau être présentée par des accusés n'intervenant pas dans le cadre d'un conflit armé au sens des conventions de Genève. C'est en effet le cas de plusieurs personnes soupçonnées d'avoir participé aux attentats new-yorkais du 11 septembre 2001 et aujourd'hui détenues à Guantanamo, base militaire américaine. Le *Bush Order* réserve justement à ces cas un traitement d'exception, écartant la protection d'un *writ d'habeas corpus* qui aurait pour conséquence de faire juger les accusés devant des tribunaux de droit commun. Poursuivant un objectif identique, le Congrès a voté le *USA Patriot Act* le 25 octobre 2001¹⁵³.

Ceci étant dit, une réflexion sur la Justice peut être menée et permettre d'admettre un certain nombre de limites.

2. La nécessaire imperfection procédurale de la justice

Il existe deux approches possibles des règles du procès équitable. La première est instrumentale, et considère ce corpus de prescriptions comme le moyen d'accomplir une justice effective sur le fond. La seconde est de considérer « l'équitabilité » du procès comme un élément de la dignité humaine, de la dignité du justiciable, et donc, comme une fin en soi. L'approche instrumentale des règles de procédure équitable a fait l'objet d'une problématisation très élaborée dans les pays de *common law*. Le point de départ de cette réflexion est l'idée que les règles de procédure élaborées pour réaliser un objectif donné sont le résultat d'un processus de sélection et d'approximation empirique. Dans cette perspective, l'affirmation par John Rawls d'une nécessaire imperfection de la justice procédurale renvoie à l'idée que même la règle de procédure sélectionnée le plus prudemment ne peut garantir infailliblement l'obtention d'un résultat correct. L'analyse économique du droit a fait fonds de ces prémisses pour affirmer la nécessité d'un bilan coût-avantage des procédures consistant à comparer le coût de la procédure augmentant la rationalité du résultat et celui de l'acceptation d'une certaine marge d'erreur et d'une rationalité réduite¹⁵⁴.

Au regard d'un tel calcul de l'efficacité marginale de la procédure, l'adoption d'un standard du procès équitable générant des prescriptions inconditionnées semble plutôt s'inscrire dans la seconde approche de la procédure, en termes de dignité du justiciable. Par ailleurs, il ne faut pas donner à ce calcul plus de portée qu'il n'a. En effet, et contrairement à ce qui fut dans un premier temps la position de Posner, il n'est pas possible de reconnaître au

¹⁵¹ *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

¹⁵² « The Court holds: (1) That the charges preferred against petitioners on which they are being tried by military commission appointed by the order of the President of July 2, 1942, allege an offense or offenses which the President is authorized to order tried before a military commission. (2) That the military commission was lawfully constituted. (3) That petitioners are held in lawful custody, for trial before the military commission, and have not shown cause for being discharged by writ of habeas corpus. The motions for leave to file petitions for writs of habeas corpus are denied. The orders of the District Court are affirmed. The mandates are directed to issue forthwith. » *Ex parte Quirin*, *ibid.*

¹⁵³ USA Patriot Act as Passed by Congress Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (Oct. 25, 2001). Ronald DWORKIN, dans un récent article en dénonce les effets sur la protection des droits fondamentaux constitutionnellement garantis et en particulier les droits liés à la « *due process clause* » : R. DWORKIN, « The Threat to Patriotism », *NYRB*, 28 feb. 2002 (<http://www.nybooks.com/articles/15145>).

¹⁵⁴ R. POSNER, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », [1973-72] *Journal of Legal Studies* 399.

principe de l'efficacité économique une portée normative. C'est que la question de l'efficacité reste indéterminable aussi longtemps que des droits n'ont pas été attribués : « pour rendre déterminable la notion d'efficacité, il faut d'abord au moins fixer certains droits fondamentaux »¹⁵⁵. Outil d'analyse de l'impact des règles juridiques sur les comportements, l'analyse économique du droit est une théorie de l'action, et non une théorie du droit. Son apport est de contribuer à permettre d'envisager le droit, non comme un système de contraintes, mais comme « un système de potentialités », « un ensemble de ressources », à partir duquel se déploient « des stratégies spécifiques de mobilisation des règles »¹⁵⁶. Ainsi des règles du procès équitable.

B. Quelques effets seconds non-pervers générés par les règles du procès équitable

On a souligné, en France et devant les T.P.I. notamment, l'allongement de la durée des procès. Il semble qu'en Grande-Bretagne, les conséquences de l'affirmation et de l'enrichissement du principe du procès équitable n'aient pas eu cet effet.

1. Effets quantitatifs

L'un des effets constatés et à venir est sans doute *l'augmentation du nombre de recours* dû notamment au « rapprochement » de la C.E.D.H..

Ce rapprochement symbolique est dû à plusieurs facteurs qui se sont accumulés au cours du temps :

- l'ouverture du droit de recours individuel ;
- l'invocation de dispositions de la C.E.D.H. par les parties obligeant progressivement les juridictions nationales à l'intégrer dans leurs argumentations ;
- l'incorporation de la Convention faisant des droits conventionnels (hormis l'article 13 et les protocoles autres que le premier) des droits invocables devant le juge interne dans la seule hypothèse où l'atteinte est commise par une personne publique. On peut donc imaginer qu'une personne qui estime que l'article 6 § 1 est violé, et qui a intérêt à agir, pourra s'en plaindre auprès d'une juridiction du pays. C'est donc bien ici la procédure qui est mise en cause et qui peut donner lieu à un recours. Cette voie de recours nouvelle entre en concurrence avec la *judicial review* qui se rapproche le plus de ce que le *Human Rights Act* permet aujourd'hui.

2. Effets qualitatifs

Outre le risque d'inflation des recours, la mise en œuvre de la convention en droit interne et notamment l'obligation d'observer les conditions du procès équitable en tant que *droit à* un procès équitable posent un problème de conflit entre un droit existant et un droit nouveau, mais plus largement, un conflit de cultures juridiques. En effet, la C.E.D.H. emporte avec elle un système de liste de « droits à » que les tribunaux sont chargés de faire respecter à la demande de leurs titulaires. Si le principe du procès équitable est plutôt conforme à l'esprit anglo-saxon des droits processuels, ces derniers pris dans le système qui les dépasse de constitutionnalisation de droits listés, impliquent des bouleversements dans la conception même du droit. Ces bouleversements sont d'ordre institutionnel puisqu'ils retentissent sur le principe fondateur de la souveraineté du Parlement en imposant une norme supralégislative.

¹⁵⁵ A. STROWEL, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit : autour de Bentham et Posner », *Arch. Phil. Dr.*, 1992, p. 171.

¹⁵⁶ P. LASCOUMES, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », *L'année sociologique*, vol. 40, 1990, p. 50.

Bien que les juges britanniques préparent cette révolution annoncée depuis près de vingt ans, ils inaugurent un pouvoir qui rompt avec leur soumission de principe à la volonté parlementaire. Une autorité supranationale s'impose à eux. Leurs décisions pourraient alors elles-mêmes se voir réformées à la suite d'un recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. C'en serait fini de la suprématie de la Chambre des Lords.

La distinction droit public-droit privé en droit anglais est en effet directement liée à des questions de procédure.

La distinction s'est imposée à la suite de l'arrêt *O'Reilly v. Mackman*¹⁵⁷, qui a défini la règle de l'exclusivité procédurale de l'*Application for judicial review* régie par l'*Order 53* des règles de la Cour suprême, lorsque le recours contentieux met en cause uniquement des droits ou intérêts individuels reconnus seulement par le droit public. Cette décision fait suite aux réformes de 1978 et 1981 dont l'objet était de rationaliser et de simplifier la procédure contentieuse administrative en regroupant les anciens *writs* en une seule *application for judicial review* valable pour l'ensemble des remèdes de droit public. La procédure contentieuse organisée par l'*Order 53* est, comme on l'a vu précédemment protectrice des autorités administratives et déroge au droit commun, en ce sens que certains mécanismes de procédures accusatoires telles que la communication des pièces (*discovery*) ne sont plus disponibles de plein droit au bénéfice du demandeur, mais seulement sur autorisation du juge.

On comprend dès lors la tentation de certains justiciables de contourner les contraintes de l'*Order 53*, en recherchant l'octroi de remèdes équitables tels que la déclaration ou l'injonction dans le cadre des voies de recours du droit commun (procédure par *writs* ou *original summons*). Cependant, de telles diversions contentieuses ne sont plus possibles depuis la décision de la Chambre des Lords *O'Reilly v Mackman* de 1983. La Chambre des Lords s'est en effet prononcée en faveur du principe de l'application exclusive du régime procédural de l'*Order 53*, que le remède recherché soit un ordre de prérogative (*certiorari, prohibition, mandamus*) ou un remède de droit privé, équitable (*declaration, injunction*) ou de *common law* (*damages*), dès lors que le recours tend à redresser l'atteinte à un droit protégé par le droit public.

De nombreux commentateurs ont remarqué que le partage ainsi opéré entre droit privé et droit public, tant qu'il restait situé sur le terrain de la procédure, fonctionnait unilatéralement au profit de l'administration, et appelait, en complément, le développement d'un droit public substantiel. C'est dans cette perspective que peut se comprendre la transposition en droit anglais interne des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme avec l'adoption du *Human Rights Act* de 1998. En effet, le champ d'application de cette loi est limité, sur le plan formel du moins, aux relations verticales entre les administrés et les organes publics ou exerçant des fonctions publiques.

Pour autant, la question du sens, de la portée, voire de la pertinence, de la distinction droit public-droit privé en droit anglais reste âprement discutée. D'ailleurs, la tendance jurisprudentielle est plutôt à multiplier les exceptions à la règle de l'exclusivité posée par *O'Reilly v. Mackman*.

Bibliographie

- J. BELL, « English Law and French Law – Not so Different ? », *Current Legal Problems*, n° 48, 1995, p. 63.
P. CANE, *An introduction to administrative law*, Oxford, Clarendon Press, 2^e ed., 1992.

¹⁵⁷ *Préc.*, [1983] 2 AC 237.

- P. CANE, « Public and private law : a Study of the Analysis and Use of a Legal Concept », in *Oxford Essays in Jurisprudence*, 3rd series, J. GEKELAAR & J.BELL (ed.), Oxford, Clarendon Press 1987.
- R. CROSS and J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Clarendon Law Series, 4th ed., 1991.
- R. DAVID, *Traité de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, LGDJ, 1950.
- M. DISTELL, *Le droit d'être entendu dans la procédure administrative en Grande-Bretagne*, Thèse, Paris II, 1979.
- R. DWORKIN., *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986.
- K. EWING. and C. GEARTY, *Freedom under Thatcher : Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford, Clarendon Press, 2nd ed., 1990.
- D. FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- H. FENWICK, *Civil Liberties*, Londres, Cavendish Publishing Ltd, 2nd ed., 1998.
- D. J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedure, a Study of Administrative Procedure*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 537 p.
- C. GEARTY, « The Costs of Human Rights : English Judges and the Northern Irish Troubles », *Current Legal Problems*, vol. 47 (II), 1994, pp. 19-40.
- C. GEARTY, « After Gibraltar », *LRB*, vol. 17, No.22, 16th November 1995, pp. 9-11.
- J. W. GOUGH, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, 1955, trad. C. GRILLOU, Paris, P.U.F, Coll. Léviathan, 1992, notamment chap. 3.
- D. J. HARRIS, M. O'BOYLE and C. WAKRBRIC, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 1995.
- H. L. A. HART, *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Law Series, O.U.P., 1961.
- T. HOBBS, *De Cive*, trad. S. SORBIERE, GF, 1982.
- T. HOBBS, *Léviathan*, trad. F. TRICAUD, Paris, Dalloz, rééd. 1999.
- R. POSNER, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », *Journal of Legal Studies*, 1973-72, p. 399.
- J. RAWLS, *A Theory of Justice*, A Revised Edition, Oxford, O.U.P., 1999.
- C. MCCRUDDEN and G. CHAMBERS (ed.), *Individual Rights and the Law in Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, P.U.F, 1987.