

## Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs (Réflexions sur la problématique générale)

Charlotte GIRARD

Travailler sur la notion de procès équitable dans une perspective comparatiste implique deux angles d'attaque.

Le comparatisme n'a été pendant longtemps qu'un instrument, une méthode pour la connaissance des droits. Il est devenu une méthode pour la connaissance du droit. Il permet aujourd'hui, dans le cadre de cette recherche sur le procès équitable, de révéler l'existence de normes juridiques. Il en indique enfin, dans une certaine mesure, les mouvements.

De la méthode au fond, telle sera la trajectoire du voyage.

### *A. Le procès équitable, objet de recherche en droit comparé : questions de méthode*

#### **1. Les objectifs complexes de la recherche**

Avant même d'entamer la recherche, encore a-t-il fallu s'accorder sur son objet. Nous avons choisi une notion qui devait être fédératrice. Et pourtant, « [...] si l'on s'est accordé sur la nécessité de garantir le droit au procès équitable, aucun texte n'en donne une définition précise. Or, chaque système juridique pourrait refléter une conception du procès équitable, au regard de laquelle sont élaborées les règles de procédure, de sorte qu'il semble encore impossible d'unifier les modalités de mise en œuvre des garanties. Comme l'a écrit un auteur, « la procédure est une des matières les plus nationalistes du droit. [...] ». »<sup>7</sup>

La tâche comparatiste et l'ambition d'un droit commun du procès équitable s'annoncent donc respectivement particulièrement difficiles et amples... En dépit de ces prévisions redoutables, nous avons convenu de l'existence d'une notion de procès équitable et de la possibilité d'une recherche sur les mouvements de la notion.

Cette recherche s'inscrit dans le vaste programme de l'Unité Mixte de Recherche (UMR) qui examine l'articulation du droit comparé et du droit commun. Celle-ci s'oriente vers la recherche d'un droit commun. Dans le cadre plus resserré du thème du procès équitable, l'articulation droit commun – droit comparé s'illustre de façon privilégiée<sup>8</sup> dans une réflexion de droit international privé. Le droit international privé, en ce qu'il assure la reconnaissance de jugements étrangers fait apparaître des distinctions quant aux conceptions de la justice. Il révèle le phénomène de récupération des normes internationales par les Etats. Ici le comparatiste est le juge.

C'est en effet à la faveur d'un questionnement paradoxal sur les incidences de normes d'origine internationale sur des ordres internes – et notamment sur les solutions des juges

---

<sup>7</sup> Laurence SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux. Recherche sur le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme en droit international privé*, Thèse dactyl., Paris I, 2000 ; citant, F. K. JUENGER, « La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale, Réflexions d'un américain », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, p. 37, spéc. p. 38.

<sup>8</sup> Rappelons, à titre de précaution, une remarque de Rodolfo SACCO à propos de la fonction du droit comparé : « La comparaison est une science ; elle est une science pourvu qu'elle rassemble des données théoriques, indépendamment de toute utilisation pratique de ces données. En même temps, elle reste science lorsqu'on a recours à elle en vue d'une possible imitation de modèles. » R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1991, p. 8.

nationaux – que se déploient certaines dimensions – mais sans doute pas toutes et pas toujours de façon limpide – d’une réflexion sur le procès équitable<sup>9</sup>.

Afin de préciser l’objet de la recherche tenant aux mouvements du procès équitable, encore faut-il clarifier les « lieux » desquels et vers lesquels se déplace la notion. Nous avons qualifié ces « lieux » d’espaces normatifs.

## 2. La notion d’espace normatif

La notion d’espace normatif ou espace juridique que nous utilisons doit ici être définie de façon à couper court à d’éventuels malentendus. Cette notion se veut la plus appropriée pour exprimer l’idée d’une sphère de déploiement de normes coordonnées entre elles. La notion d’espace normatif est moins rigide que celle d’ordre juridique ou de système juridique. Comme les notions d’ordre ou de système juridique, celle d’espace normatif mobilise le critère de la cohérence évoquant une certaine clôture. Pour autant l’espace normatif n’évoque pas une fermeture hermétique, puisqu’il inclut les ordres juridiques inachevés ou incomplets<sup>10</sup>.

Le recours à l’espace normatif ainsi défini nous permettrait d’anticiper l’ouverture et de poser l’hypothèse de communication entre les espaces ; alors que les notions connues d’ordre juridique, voire de système juridique, pouvaient apparaître antinomiques avec une telle hypothèse.

L’ordre juridique interne est *a fortiori* un espace normatif. Mais sur le plan international, l’idée d’ordre juridique ne trouve pas à s’appliquer dans tous les cas. Le droit international constitue un système de normes, comprenant des sous-systèmes de normes, tel le droit de l’O.M.C. Ces sous-systèmes sont des espaces normatifs qu’on ne saurait réduire à des systèmes de normes. Les espaces normatifs comprennent également les institutions qui produisent et/ou appliquent les normes. Ainsi, la notion d’espace normatif permet de rendre compte d’une réalité normative et institutionnelle que les notions d’ordre ou de système juridiques risquaient d’occulter.

Par ailleurs la notion d’espace normatif n’est pas un terme conventionnel – comme le sont l’ordre ou le système – renvoyant à une théorie qui limiterait peut-être le champ des possibles de cette recherche. L’espace normatif permet d’inviter dans le champ de la comparaison, le droit administratif français, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice ou le droit anglais ; mais également les solutions du système de règlement des différends de l’O.M.C.<sup>11</sup>, des T.P.I. ou le droit russe.

L’espace normatif ainsi défini n’est donc pas un système clos<sup>12</sup>. En définitive, la notion d’espace normatif permet l’ouverture, qualité recherchée en principe par les comparatistes. Il préfigure l’hypothèse de communication entre les espaces. Tout le problème étant de savoir ce qui fera l’objet de la comparaison et donc de savoir si cette communication, lorsqu’elle est constatée, est le fruit d’une coïncidence ou d’un processus volontaire. Autrement dit, lorsque l’on détecte un mouvement, à quelle logique répond-il ?

---

<sup>9</sup> C’est l’objet de la thèse de Laurence SINOPOLI ainsi que de l’ouvrage de Serge GUINCHARD et al., *Droit processuel. Droit commun du procès*, Précis Dalloz, 2001.

<sup>10</sup> La Convention européenne des droits de l’homme par exemple renvoie à un espace dans lequel les normes qu’elle contient se déploient de façon organisée et notamment par l’intermédiaire d’un juge : la Cour européenne des droits de l’homme.

<sup>11</sup> Relevons à ce titre une proposition d’appellation des spécialistes de l’O.M.C., Payam SHAHRJERDI et Vincent TOMKIEWICZ : la notion d’espace juridictionnel. Il s’agit d’insister sur l’existence ou non d’un mécanisme juridictionnalisé de règlement des conflits. V. *infra*.

<sup>12</sup> Une théorie du droit fournit dans cette perspective un appui appréciable : la théorie du jeu du droit, telle que développée par F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1992.

### 3. Les moyens complexes de la recherche

Nous avons commencé par évoquer des objectifs de recherche complexes. C'est ce qui explique que les moyens mis en œuvre revêtent un caractère plutôt inhabituel. Ils allient l'effort continu de description fidèle d'un seul système avec celui d'un travail en commun. Ils réalisent donc une réflexion faite d'échanges permanents, permettant de réconcilier l'un et le multiple.

Le principe de l'atelier correspond, dans cette optique, à la mise en relation de juristes, chacun spécialiste d'un espace normatif.

### 4. Une notion de départ commune

Il y avait au départ un seul point commun : une notion, qui n'était même qu'une simple expression. Elle ne pouvait alors être qualifiée *a priori*, ni de norme, ni de standard. Les chercheurs ont pris en charge certains espaces normatifs nationaux : le droit public anglais<sup>13</sup>, la procédure pénale française<sup>14</sup>, le droit administratif français<sup>15</sup>, le droit international privé français<sup>16</sup>, le droit russe<sup>17</sup> ; et certains espaces internationaux : la Cour internationale de Justice<sup>18</sup>, les Tribunaux pénaux internationaux<sup>19</sup>, l'Organisation mondiale du commerce et son système de règlement des différends<sup>20</sup>, la Convention européenne des droits de l'homme et ses organes de jugement<sup>21</sup>.

### 5. Une méthode nécessaire : le réseau

Nous avons éprouvé la nécessité de nous en remettre régulièrement au groupe afin d'éviter l'enfermement dans un espace normatif. Nous risquions effectivement de ne plus pouvoir communiquer les données relatives à nos espaces respectifs. Il fallait inversement éviter de commettre des erreurs d'appréciation d'un espace étranger par déplacement de point de vue. La vigilance du groupe a donc servi de tour de contrôle permanente pour conserver la mesure d'un commentaire fidèle (sans préjugé) à propos de l'espace normatif choisi.

Matériellement, l'atelier a fonctionné sous forme de réunions périodiques au centre Malher ; mais également sous la forme d'échanges de documents et de réflexions par courriers électroniques, conçus sous la forme d'une liste de discussion. Un réseau est donc né avec cet atelier. Il est caractérisé par sa polycentricité<sup>22</sup> (plusieurs centres à la fois émetteurs et récepteurs), notion idoine utilisée également pour comprendre la circulation des modèles procéduraux. Car les échanges qui existent entre les espaces se font sur un mode polycentrique, c'est-à-dire sur le mode du réseau.

---

<sup>13</sup> Matthieu GALEY et Charlotte GIRARD.

<sup>14</sup> Paul MATHONNET.

<sup>15</sup> Xavier LAUREOTE.

<sup>16</sup> Laurence SINOPOLI.

<sup>17</sup> Nadine MARIE-SCHWARTZENBERG.

<sup>18</sup> Catherine COLARD-FABREGOULE, Anne MUXART et Sonia PARAYRE.

<sup>19</sup> Roland ADJOVI et Gabriele DELLA MORTE.

<sup>20</sup> Payam SHAHRJERDI et Vincent TOMKIEWICZ.

<sup>21</sup> Julie MEUNIER.

<sup>22</sup> Le terme est emprunté notamment à la théorie de l'adjudication de Lon FULLER, « The forms and limits of adjudication », *Harvard Law Review* (92) 353 [1978], dans laquelle il estime que la résolution de problèmes polycentriques impose au système de l'adjudication de s'assouplir en admettant une dose de négociation ou de contractualisation.

Nous ne croyons d'ailleurs pas à une coïncidence. Il semble que l'atelier se soit naturellement composé de manière à reproduire en quelque sorte les mécanismes que nous étudions. A observer rétrospectivement l'évolution de l'atelier, on conclurait à un mimétisme dans lequel l'objet serait devenu sujet et inversement.

Le réseau créé devenait, quoi qu'il en soit, la forme la plus appropriée pour tenter de saisir un peu des phénomènes de transmission que nous nous étions donné d'observer.

## 6. Une grammaire commune : les grilles de lecture

Comme notre réseau, les espaces juridiques étudiés apparemment indépendants, en tous cas identifiés séparément, témoignent d'un langage commun, plus exactement, d'une grammaire<sup>23</sup> commune.

Traduisant cette réalité autant que cette nécessité en termes méthodologiques, nous avons mis au point un « lieu commun de réflexion », non seulement physique, mais aussi intellectuel. Ce fut l'objet des premières rencontres au terme desquelles nous avons dégagé *une grille de lecture du procès équitable*. Chaque espace devait pouvoir être décodé au travers d'une matrice commune.

Cette matrice ou grille de lecture comporte 4 parties appelées blocs :

**Bloc 1** : Présence de concepts concernant le procès équitable obligeant le chercheur dans un premier temps, à identifier les concepts génériques nommés dans l'espace normatif de référence ; puis, dans un deuxième temps, à détailler les éléments constitutifs de chaque concept relevé.

**Bloc 2** : Origine des concepts dans l'espace et le temps imposant de rechercher les migrations et mutations de contenu et de terminologie, les phénomènes dynamiques tels d'éventuels gauchissements (emprunts avec adaptations) des concepts génériques.

**Bloc 3** : Les conséquences de la transgression ou de la violation d'un droit au procès équitable, si droit ou règles composant le procès équitable, il y a. Il fallait d'une part s'intéresser aux types de conséquences directes, contentieuses, d'une telle transgression. A-t-on affaire à un contentieux de la validité ou à un contentieux de la responsabilité ? Il fallait d'autre part déterminer la portée de la transgression. A-t-elle donné lieu à la mise en place de techniques de cantonnement des vices telles que des réformes (de la procédure), ou à une évolution de la fonction de juge ou de la configuration du procès ?

**Bloc 4** : Un bloc consacré aux limites de la notion de procès équitable. Que se passe-t-il lorsque la procédure devient l'objet du procès ? Bref les chercheurs ont ici tenté de repérer les effets pervers et vices causés par la mise en œuvre d'un procès du procès.

Ces grilles ainsi organisées en quatre blocs ont servi de matière première à l'élaboration d'une réflexion plus avancée dans les textes du présent ouvrage. Notons leur réaménagement en quatre parties dont

- le I. (Concepts génériques et leurs sanctions) correspond aux blocs 1 et 3 ;
- le II. (Origine des concepts dans l'espace et dans le temps) correspond au bloc 2 ;
- le III. (Originalité de l'espace) et le IV. (Effets seconds) correspondent au bloc 4.

Ainsi, dans une perspective statique, le but recherché était de pouvoir plus nettement repérer les espaces normatifs les uns par rapport aux autres et mesurer les distances des uns par rapport aux autres en matière de procès équitable : y a-t-il une traduction normative ou juridique du procès équitable ? Quelles sont les normes ? Quel(s) nom(s) portent-elles ? Quelle est leur force normative ? C'est la perspective de base du comparatisme. Eu égard à

---

<sup>23</sup> Grammaire commune ou structure commune, à savoir l'ensemble des réalités qui ne varient pas ou peu. Des « grandes permanences ou semi-permanences », des « fondements » auxquels l'historien Fernand BRAUDEL préfère le terme « structures » comme « traits distinctifs et originaux », *Grammaire des civilisations*, 1963, Flammarion, coll. Champs, 1993, p. 60.

notre problématique particulière, il fallait l'accompagner d'une autre perspective : la perspective dynamique qui constituait l'essentiel de grilles centrées sur les mouvements de la notion de procès équitable.

Il s'agissait alors, dans un second temps, de demander aux chercheurs eux-mêmes leur point de vue sur les phénomènes d'évolution – phénomènes d'hybridation souvent – subis par leur espace normatif de recherche. Leur point de vue devient alors un point de vue interne à l'espace : ceux-là nous renseignent sur la trajectoire des dispositions juridiques liées au procès équitable : d'où viennent ces dispositions ? Où vont-elles ? Autrement dit, *quid* des migrations de normes en matière de procès équitable ? D'où vient le procès équitable ?

Enfin, pour donner consistance à ces questionnements, nous avons demandé aux chercheurs de procéder eux-mêmes à des croisements de grilles. Ils ont dû lire les grilles des autres chercheurs et les retourner au groupe après y avoir inséré leurs propres commentaires. Ces commentaires consistaient en un choix binaire : Est-ce que je retrouve cet élément dans mon système ? 1°) Oui, mais sous quelle forme ? 2°) Non, pourquoi ?

L'objectif général consiste donc bien à opérer un état des lieux de l'enchevêtrement des espaces normatifs.

Dans une perspective synthétique, cette masse de données doit permettre de déterminer les implications du procès équitable. D'un niveau de description et de classification ou d'identification, il faut passer à un niveau d'explication.

### ***B. Le procès équitable, objet de recherche en droit comparé : questions de fond ?***

Les questions de fond que pose la notion de procès équitable telle qu'elle a été abordée au cours de cette expérience de recherche sont liées aux difficultés qu'ont rencontrées les chercheurs lorsqu'ils ont entrepris chacun de remplir la grille de lecture commune.

Ces difficultés se rattachent à la spécialisation des chercheurs et convergent vers un choix théorique déterminant.

#### **1. Substantialisation vs Procéduralisation ?**

Les difficultés sont apparues dès le remplissage des grilles car il n'était pas toujours possible d'adapter les rubriques à la réalité de l'espace normatif étudié. Elles se sont ensuite répercutées lors des lectures croisées des travaux. Elles conduisent notamment à ces questions. Peut-on comprendre la procédure d'un espace normatif sans être « spécialiste » de l'espace en question ? Par exemple, est-ce qu'un processualiste français peut comprendre la procédure imposée à des Etats devant la Cour internationale de Justice ? Ou encore est-ce que le « spécialiste » d'un espace peut aborder les questions de procédure sans être spécialiste de procédure ? Autrement dit, faut-il être « spécialiste d'un espace normatif » ou « spécialiste de la procédure d'un espace normatif » pour remplir la grille de lecture sur le procès équitable ? Et suffit-il d'être « spécialiste » de l'un ou de l'autre pour remplir cette grille ?

Au-delà de ces interrogations relatives aux qualifications des chercheurs en droit, se posent des questions plus fondamentales. Elles ont trait d'une part à la procédure comme spécialité au sein d'un espace normatif, et, d'autre part à la procédure comme matière transversale du droit, indépendamment de l'espace normatif dans lequel elle est analysée.

Conscients de ne pouvoir résoudre ces questions ici et maintenant, nous pouvons néanmoins affirmer que la nature procédurale des questionnements a imposé de cibler un corpus de règles apparemment isolé. Ceci obligeait à distinguer entre les règles dites de fond et les règles de procédure.

Au fil des recherches, cette distinction est apparue d'une manipulation difficile. Doit-on en déduire que cette frontière est contingente voire nuisible à la rationalisation du droit et de la recherche sur le droit ? Faut-il abolir cette distinction entre procédure et substance ?

La théorie abolitionniste peut se comprendre de deux façons. D'une part, la procédure absorbe le fond tout en le transcendant. Il en ressort qu'en tant que corpus transversal, la procédure est la raison d'être du fond. Ce dernier s'épuiserait alors dans la procédure. D'autre part, la procédure absorbe le fond au point de le dénaturer. C'est le sens de plusieurs slogans tels que « tout n'est que procédure » ou « le XXI<sup>ème</sup> siècle sera procédural ou ne sera pas ».

Ces slogans combinés avec l'idée d'un « véritable droit substantiel à un procès équitable »<sup>24</sup>, lui conférant le caractère de droit « fondamental », nous ont chacun séduit. Pour autant s'agit-il d'une réalité et dans l'affirmative, quelle signification peut-on attribuer au double phénomène de *substantialisation* du procès équitable et partant, de celui de *procéduralisation* du droit ?

En définitive, il semble que la véritable portée de cette transformation du procès équitable en droit fondamental, réside dans le prestige que confère cette analyse aux juges nationaux et supranationaux qui mettent en œuvre le procès équitable.

Ce constat explique alors l'exercice auquel se livrent les juges eux-mêmes lorsqu'ils se lancent dans la lutte de pouvoir pour la mainmise sur le procès équitable, ainsi que l'observation et la comparaison des différents espaces normatifs le démontrent. En effet, le « procès équitable substantiel » est composite. Le qualificatif 'substantiel' traduit les principes constitutifs de la notion de procès équitable et que l'on recense dans chaque espace. Tous ces principes ont ce point commun : ils ont été créés par le juge.

## 2. Le test du *Substantive Due Process*

Ce phénomène est comparable à la théorie du *substantive due process* américain.

Cette théorie retient que la clause dite de *Due Process* contenue notamment depuis 1868 dans l'amendement XIV de la Constitution ne protège pas seulement un « *due process* », à savoir des droits procéduraux fondamentaux (*basic procedural rights*), mais également des droits substantiels fondamentaux (*basic substantive rights*). Ces droits dits substantiels sont ces droits d'application large qui préservent le pouvoir de l'individu de posséder ou de faire certaines choses. C'est la conception des droits selon John Stuart Mill pour qui une sphère individuelle d'exercice de libertés (plus que de droits) doit être préservée des atteintes du pouvoir étatique. Ces droits sont notamment la liberté d'expression ou de culte. En revanche, les droits dits procéduraux sont spécifiques en ce qu'ils dictent à l'Etat la manière dont il peut légalement limiter ou supprimer la liberté, la propriété ou même la vie d'une personne. Le XIV<sup>ème</sup> amendement dispose donc clairement que l'Etat peut légalement priver une personne de sa liberté, de sa propriété ou de sa vie pourvu que les procédures prévues par la loi soient suffisamment justes et équitables. C'est pourquoi avant qu'une personne soit exécutée, emprisonnée ou punie d'une peine d'amende, elle doit avoir été soumise à un procès équitable fondé sur des preuves légitimes, en présence d'un jury, etc. Ce sont ici des droits procéduraux ou processuels (*process rights*).

Au travers de la notion de *Substantive Due Process*, la Cour suprême a développé une interprétation plus large de la clause de *Due Process*. L'interprétation de la clause protège à la fois les droits substantiels fondamentaux, mais également le droit au procès. Le *Substantive Due Process* revient à affirmer que les clauses de *Due Process* des V<sup>ème</sup> et XIV<sup>ème</sup> amendements ne se limitent pas à garantir la mise en œuvre de procédures appropriées et justes dès lors que l'Etat punit une personne ou lui retire sa vie, sa liberté ou sa propriété.

---

<sup>24</sup> Serge GUINCHARD, « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, n° spécial, sept. 2001, p. 92.

Ces clauses garantissent également que ces actes d'Etat ne peuvent avoir lieu sans une justification appropriée, quelles que soient les procédures utilisées pour y parvenir<sup>25</sup>. Cela suppose que la procédure en soi n'est pas une justification suffisante. D'une certaine façon, cela fait de la clause de *Due Process*, une clause de *Due Substance*. C'est une idée extrêmement importante car elle est à l'origine d'une expansion considérable du pouvoir de *judicial review* (contrôle juridictionnel des actes administratifs) appartenant aux juridictions fédérales (*federal courts*).

En premier lieu, les juridictions fédérales bénéficient ainsi d'une réelle discrétion pour décider des droits substantiels à protéger en vertu de la *Due Process Clause* et de l'étendue de cette protection. Soit le juge décide d'incorporer des dispositions de la déclaration des droits et les impose aux Etats par le biais du *Due Process*. C'est la technique de l'*incorporation substantielle* (*Substantive Incorporation*). Soit le juge décide de qualifier un droit de substantiel seulement parce qu'il tient ce droit pour tellement fondamental et naturel qu'il doit recevoir une protection même sans référence explicite à une disposition du texte constitutionnel. Bien plus, on dit que la Cour enracine ces garanties directement dans le mot même de « Liberté » tel qu'il apparaît dans la *Due Process Clause* du XIV<sup>ème</sup> amendement.

En second lieu, une fois que les juridictions fédérales ont décidé des droits substantiels qui devront recevoir la protection du *Substantive Due Process*, elles peuvent se servir de leur pouvoir de contrôle des actes imputables à l'Etat (pouvoir de *judicial review*) afin de faire respecter ces droits. Elles le feront en prenant ces nouveaux droits substantiels comme référence de leur contrôle. Et ce contrôle pourra s'appliquer à toute la législation de l'Etat.

Ce détour par le droit américain permet de découvrir l'enjeu principal de la distinction entre procédure et substance et, en particulier, de comprendre le recours à la notion de substance dans le champ de la procédure. On saisit alors l'importance des règles de procédure pour la structure du système et non seulement pour le bénéfice d'une des parties au procès. Substance et procédure apparaissent donc entremêlées et indissociables.

Ainsi la notion de procès équitable, parce qu'elle est floue, peut devenir objet d'appropriation. Cette appropriation est tour à tour le fait des différents acteurs du procès : demandeur, défendeur, juge. Mais les divers espaces normatifs se rejoignent sur la constante suivante : l'organe d'adjudication, s'il en est d'abord le comptable, apparaît dans tous les cas de figure comme l'un des bénéficiaires du procès équitable en termes de conquête d'un pouvoir.

Dans l'hypothèse d'un juge bénéficiaire du procès équitable, il est question de l'exercice d'un pouvoir normatif. Aussi bien pouvons-nous avancer à titre d'hypothèse, que dans ce cas, le procès équitable est une norme. Il nous appartiendra de détailler les conditions d'exercice du pouvoir de manier la norme du procès équitable. Mais alors précisons que les techniques utilisées par le juge en vue de s'approprier cette norme – c'est-à-dire en vue de la définir et de l'appliquer aux cas – varient en fonction des espaces. Ces variations sont dues à des facteurs dépendant de la nature du contentieux et de son contexte institutionnel, c'est-à-

---

<sup>25</sup> Nous sommes ici très proches du principe de proportionnalité tel qu'il est invoqué et mis en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion de l'application des §§ 2 de certains articles de la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, Julie MEUNIER rappelle la nécessité de bien distinguer le droit d'accès à un tribunal et le procès équitable en lui-même. Elle cite l'arrêt *Golder, préc. in Julie MEUNIER, infra*, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme dit que le droit d'accès – et non le droit au procès équitable – peut faire l'objet de ce qu'elle appelle des « limitations implicites ». Selon l'interprétation de cet auteur, le procès équitable européen est un ensemble de droits et de principes, dont certains peuvent faire l'objet de limitations, explicites, telles la publicité des débats, dont les limites sont prévues dans le texte de l'art. 6 ; ou implicites, telles la publicité du prononcé des décisions de justice ou l'accès à la justice. Pour Julie MEUNIER, il est donc important de bien garder en tête que ce sont les éléments du procès équitable qui peuvent parfois – car ce n'est pas valable pour tous les éléments (cf. impartialité ou indépendance) – connaître des limitations, pas le droit à un procès équitable lui-même.

dire par conséquent, de la qualité des parties ainsi que de la composition corrélatrice de la juridiction.

Avant donc de déduire des diverses études (espace par espace) une confirmation de l'hypothèse du procès équitable comme norme et de détailler les conséquences d'une telle caractérisation du procès équitable, il faut noter que les attitudes variables des juges conduisent à douter de l'existence d'une notion juridique uniforme de procès équitable.

Bien loin de manier une norme déterminée à l'identique, les juges n'utilisent qu'une idée commune qui bien souvent n'a ni la même forme, ni le même contenu. Un procès équitable au singulier est donc assurément un mythe.

Pour autant, le procès équitable est une notion mobile aux effets juridiques divers mais néanmoins réels et identifiables. Et c'est l'objectif des travaux eux-mêmes que de repérer les migrations. Est-ce une gageure ? Au moins l'étude confirme-t-elle la difficulté d'une telle entreprise et qu'en toute hypothèse, il faut tenir le résultat pour empirique. Il ne pouvait en aller autrement car en tout état de cause, trop d'éléments échappent à l'investigation. En effet dans bien des cas et pour que l'analyse soit complète, il faudrait pouvoir élucider les non-dits, si tant est qu'il y en ait.

Partant, toute la difficulté d'une synthèse des travaux réside dans l'analyse de la signification des migrations du procès équitable. Est-ce que le procès équitable *passé* effectivement d'un espace à un autre ? Quelles transformations subit-il lors de ce passage ? Les transformations du procès équitable sont-elles dues à des facteurs endogènes (la spécificité de l'espace normatif d'accueil) ou exogènes (la spécificité de l'espace normatif de provenance lorsqu'il est identifiable) ? Trop d'incertitudes et peu de moyens propres à obtenir l'expression authentique des acteurs des espaces normatifs concernés ont limité la possibilité de tirer des conclusions définitives et systématiques sur les migrations du procès équitable. Néanmoins, au cœur de cette déception globale, l'on met à jour des éléments et des pistes d'analyse justifiant l'intérêt de cette expérimentation de la recherche juridique.

Le procès équitable ainsi observé, en action, montre qu'il résiste très vite à l'enfermement du singulier. S'il apparaît au cours de ses migrations comme une forme globale de référence, l'unité de son contenu n'est sans doute qu'un mythe. Et l'on confirmera la seule pertinence d'une forme de procès équitable par la description d'une réalité plurielle *des* procès équitables, et notamment par le biais des enjeux qui accompagnent les emplois de la notion.

## **I. Le mythe d'un procès équitable**

Pour montrer l'aspect mythique d'un procès équitable uniforme à la « traçabilité » non équivoque, il suffira d'expliquer ce que fut la recherche des constantes du procès équitable au sein de l'atelier de recherche.

### ***A. Le parti pris d'une grille d'analyse commune***

L'apport spontané de l'expérience de l'atelier de recherche est qu'il est possible pour des chercheurs spécialistes de divers espaces normatifs de travailler sur le procès équitable. Il existe une unité minimale qu'on ne trouve pourtant pas dans l'objet de la recherche, à savoir la notion elle-même, mais plutôt dans des éléments de la structure, à savoir l'existence d'une procédure, la figure d'un juge et la référence à la vague idée de la Justice comme justification ultime de la décision.



La preuve en est que l'on est parvenu à élaborer une grille. Un langage commun a donc pu voir le jour. Mais le caractère opérationnel des grilles a rapidement montré des limites. La grille présente un caractère essentiellement artificiel et purement méthodologique.

Il existe un décalage entre la pratique de la recherche juridique et la réalité du terrain juridique, quand bien même les deux sont affaire de langage. C'est un apport général de ce travail d'équipe. Il a montré, en le faisant, que la pratique du droit, essentiellement procédurale, s'habille de la légitimité d'un discours axiologique sur le droit.

Il semble que le décalage existant entre le protocole de la recherche (la grille) et l'étude des matériaux juridiques (décisions et textes juridiques) est du même ordre que celui qui existe entre la procédure équitable affichée par la norme ou le standard du procès équitable (l'idéal de la Justice) et la réalité des intérêts en jeu lorsque se jouent la procédure ou le procès (la réalité du Pouvoir).

Quoi qu'il en soit de cette analogie, les études permettent d'affirmer que l'unité du procès équitable n'est qu'artificielle, nonobstant le parti pris d'une grille d'analyse commune.

Rappelons que la recherche de cet atelier n'a jamais prétendu à l'exhaustivité quant à la notion de procès équitable. La problématique adoptée est celle des migrations du procès équitable. Cet objectif de recherche a impliqué une notion de départ *suffisamment* commune. Nous nous demanderons donc pour commencer en quoi cette nécessité méthodologique liée à la technique de la comparaison est aussi le fruit de la prise en compte de quelques idées reçues sur le thème de recherche.

## **1. La contrainte de la comparaison**

Même si le but de l'atelier de recherche n'était pas de comparer le procès équitable en tant que tel dans chaque espace normatif, l'objectif d'observation des migrations d'une notion emporte la même contrainte méthodologique que la comparaison des espaces entre eux. Il a bien fallu utiliser la technique de la comparaison qui implique de recourir à une unité de base. Cette unité devait se trouver dans la notion dont on observait les migrations.

Une telle contrainte s'explique par le travail en atelier et la nécessité d'un langage commun. Le point commun est donc ici l'expression de « procès équitable » dont on a recherché l'existence, les rapprochements, les mimétismes, les résistances, les distanciations ; autrement dit, les mouvements.

Ainsi décrite la démarche de l'atelier paraît mettre en avant un principe de souplesse allant de pair avec la maniabilité d'une notion unique. Mais c'est sans compter avec les difficultés rencontrées par les chercheurs pour retrouver effectivement le procès équitable – si ce n'est un équivalent de procès équitable – dans chaque système. Il n'est qu'à se reporter aux premières parties (I. Les concepts génériques) de chaque analyse dans lesquelles l'expression « procès équitable » apparaît relativement peu souvent, problème de traduction compris – *fair trial* étant l'expression de référence en anglais. On ne trouve l'expression « exacte » que dans les espaces de la C.E.D.H., des T.P.I. et du droit anglais.

On ne pouvait pourtant pas exclure de l'étude des espaces sous le prétexte rigide et purement formel de l'absence de l'appellation mot pour mot. C'était ne pas tenir compte de la dimension évocatrice de l'expression « procès équitable », comme nous le constaterons plus tard. Et c'était donc risquer le contresens<sup>26</sup>. Ainsi l'effort de ramassage sous l'appellation « procès équitable » d'autres appellations tient à un choix notamment méthodologique et pratique de l'atelier. Cette démarche correspond à un parti pris. Nous verrons ensuite que ce parti pris comporte des risques.

---

<sup>26</sup> Cf. I. B. 2.

Mais avant, il faut reconnaître que le recours à une notion apparemment unique correspond également à la prise en compte d'idées reçues à propos de l'équité ou de la justice.

## 2. La prise en compte des idées reçues

Qui dit procès équitable, dit équité. Qui dit équité dit justice. Le procès équitable est celui qui rend justice. Le procès équitable est celui qui rend une justice juste. Cette succession d'aphorismes renvoie à l'idée que la justice peut être instinctive. Cette remarque est inspirée de l'ouvrage collectif consacré à *La Justice* et dirigé par W. Baranès et M. Frison-Roche<sup>27</sup>. La première des trois parties, *De la justice qui vient à l'esprit*, est consacrée à l'explicitation de la notion et organise les études autour d'une problématique psychanalytique partageant la justice et l'injustice entre le conscient et l'inconscient. Quoi qu'il en soit, l'on comprend bien que la justice est d'abord un sentiment que l'on qualifie consciemment de vertu par opposition à son sentiment contraire : l'injustice<sup>28</sup>. Par-delà les tentatives de rationalisation philosophique ou psychologique ou les essais de domestication politique de la vertu, on en vient à juridiciser une notion qui n'a d'autre origine que sentimentale. L'ouvrage en témoigne puisqu'il clôt ses débats sur *La façon de faire*, où la façon de faire est tout simplement la procédure<sup>29</sup>. La logique même de l'ouvrage recouvre celle du couple justice – procès équitable et traduit l'intimité de leur relation. Elle permet en tous cas d'apercevoir que le moyen juridique de saisir l'idée reçue de la justice se concentre dans le procès équitable par l'effet d'une sorte d'automatisme de la pensée. L'apriorisme de la justice tient lieu de point de départ et conduit à la convergence des impressions sur le procès équitable. Le procès équitable a bien alors au moins les apparences de l'unité.

La lecture des travaux de notre atelier confirme cette analyse. Il ressort tout au long des études une référence à un certain « classicisme » en matière de procès équitable. On évoque dans l'espace O.M.C., la « logique classique » des espaces dans lesquels une juridiction est à l'œuvre<sup>30</sup>. Cette référence à une logique classique à propos de la charge de la preuve sert à démontrer que l'Organe d'Appel tend lui aussi à la mise en œuvre d'un procès équitable. De même pour la Cour internationale de Justice au sein de laquelle on voit poindre une procédure juridictionnelle dite classique<sup>31</sup>. Aboutissant au même effet, on repère dans le texte relatif aux T.P.I., une référence constante à la justice comme objectif à atteindre<sup>32</sup> ou comme idéal à préserver<sup>33</sup>, selon les cas. C'est bien ainsi qu'est conçu l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont le procès équitable vise à la bonne administration de la justice et littéralement « les intérêts de la justice »<sup>34</sup>. Le jeu de référence automatique opère un va-et-vient entre justice et procès équitable, si bien que l'on finit par associer

---

<sup>27</sup> W. BARANÈS et M. FRISON-ROCHE (dir.), *La Justice. L'obligation impossible*, Séries Morales, n°16, Ed. Autrement, 1994.

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 15 et s.

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 143 et s.

<sup>30</sup> « Les règles générales retenues par l'Organe d'appel répondent à la logique classique des systèmes juridictionnels », P. SHAHRJERDI et V. TOMKIEWICZ, *ibid.*, p. \*\*\* et n. 44 qui renvoie d'ailleurs en miroir à l'espace Cour internationale de Justice.

<sup>31</sup> « Certes, la motivation est le fruit d'une procédure juridictionnelle classique », C. COLARD-FABREGOULE, A. MUXART et S. PARAYRE, *ibid.*, p. \*\*\*.

<sup>32</sup> « Il faut toutefois procéder à une réflexion de fond sur les T.P.I., afin de résoudre tout conflit entre des exigences en l'espèce contradictoires, de paix et de justice, notamment au regard de l'important pouvoir discrétionnaire dont dispose le Procureur international dans la définition et la conduite de sa politique inquisitoire, et de l'inscription des deux T.P.I. dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. » R. ADJOVI et G. DELLA MORTE, *ibid.*, p. \*\*\*.

<sup>33</sup> Se reporter aux expressions répétées de « l'intérêt de la justice » ou de « la bonne administration de la justice », *ibid.*

<sup>34</sup> Art. 6 C.E.D.H.

systématiquement les deux termes. Le terme « justice », intervenant comme un réflexe, n'appelle pas de définition juridique qui ne soit tautologique. La notion de justice joue de ce fait le seul rôle possible dans ces conditions : celui de référence unique. On ne peut manquer, par cette association entre procès équitable et justice, de concevoir le procès équitable comme une notion unique *a priori*.

### ***B. Le délicat pari de l'unité minimale du procès équitable***

Le caractère artificiel de l'unité du procès équitable tient au fait que nous avons commencé par rechercher de l'unité là où il n'y en avait pas. En conséquence, nous encourons deux types de risques tous deux liés au placage *a priori* d'une construction théorique sur les cas concrets de la réalité. En matière de comparaison, les deux risques principaux sont d'une part, le risque idéologique de l'hégémonie d'un modèle, et, d'autre part, le risque scientifique de l'erreur.

#### **1. Le risque idéologique de l'unité artificielle : l'impérialisme**

Que recouvre la notion d'impérialisme rapprochée du problème de l'application des règles du procès équitable ? Qu'implique l'impérialisme du procès équitable ? En se tenant à une conception étroite, on peut dire que l'impérialisme du procès équitable s'entend de l'extension des règles induites par le procès équitable au-delà des limites d'un espace normatif, considérant que ces limites dépendent du champ de compétence des juges qui les appliquent. Cette vision suppose que l'on considère le procès équitable en vigueur non seulement en vertu du texte éventuel qui en impose le respect, mais également – et surtout – en vertu du juge qui en commande l'application. L'espace normatif est donc bien, conformément à la définition de l'introduction, le champ d'application effective de la norme.

En vertu de cette définition, on constate que nombre de conventions régionales reprennent purement et simplement la notion même de procès équitable<sup>35</sup>. C'est en général par le biais de cet argument quantitatif que l'on fait pression en faveur d'un procès équitable généralisé à l'ensemble des espaces normatifs. Mais alors, l'analyse espace par espace permet de nuancer cet automatisme. Car précisément, la diversité des contenus permet d'affirmer que si l'expression « procès équitable » s'exporte bien, en revanche elle ne garantit pas l'authenticité d'un contenu déterminé<sup>36</sup>. Par analogie, le procès équitable se comporterait comme une marque détachable du produit qu'elle désigne. Dans un autre registre, le procès équitable serait le nom détachable de la chose qu'il désigne. Cette dernière analogie reprend le principe nominaliste selon lequel le signe n'a pas partie liée avec le sens. On peut dès lors concevoir que l'appellation « procès équitable » soit utilisée dans plusieurs espaces normatifs,

---

<sup>35</sup> La Charte africaine des droits de l'homme, la Convention interaméricaine des droits de l'homme, etc. On a pu théoriser à propos de l'espace américain, l'idée de « prestige » comme facteur de circulation de ce modèle : H. MUIR-WATT, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *Arch. phil. droit*, 45, 2001, pp. 29-36. Pierre LEGENDRE, lui, conteste l'existence et l'effet de modèles juridiques en évoquant un principe de *colonisation*, c'est-à-dire des « rapports de représentation avec des systèmes conquérants ». Les systèmes juridiques s'accommodent les uns des autres plus qu'ils ne s'imposent les uns aux autres. P. LEGENDRE, *Le désir politique de dieu. Etude sur les montages de l'Etat et du Droit*, Fayard, 1988, p. 339.

<sup>36</sup> A propos de la catégorie plus large des droits fondamentaux, la préservation du pluralisme comme limite à l'unification des systèmes, est un élément de l'analyse de B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », in *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Ed. de la Société de législation comparée, 2001, p. 51-71. V. également M. HUNTER, « Droit comparé et droit international privé : droits fondamentaux et conflits de civilisation », *L'Astrée* n°15, 2001.

mais sans qu'un procès équitable unifié et déterminé soit pour autant protégé : il n'y aurait pas de contrôle possible de l'appellation d'origine.

Dans cette perspective, le principe d'un impérialisme, quelles que soient les bonnes intentions qui le sous-tendent, est contredit par le principe juridique de souveraineté. Pour démontrer cette affirmation, conservons l'analogie nominaliste. Si, conformément au principe nominaliste, le procès équitable est ce que le juge d'un espace dit qu'il est à partir d'un texte et/ou d'un cas donné, alors aucun procès équitable ne s'impose à un juge. La souveraineté s'entend du pouvoir d'appeler « procès équitable », une règle ou un ensemble de règles que le juge décide d'appliquer à une espèce. Si ce pouvoir existe, alors le juge peut choisir de se laisser imposer le procès équitable, ou pas. Autrement dit, l'impérialisme normatif s'entend du point de vue de l'émetteur de la norme, comme le pouvoir de la faire appliquer dans un autre espace normatif (dont elle était initialement absente). Cette forme d'impérialisme est empêchée par la liberté et le pouvoir – c'est-à-dire la souveraineté – des autorités de l'autre espace d'accepter ou de rejeter la norme. Dans ces conditions, tout argument d'impérialisme en matière juridique apparaît extrêmement fragile et quitte rapidement le terrain purement juridique du pouvoir (hypothèse d'école), pour le terrain politique de la force. C'est pourquoi la jurisprudence qui impose que les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme contrôlent le caractère équitable des procès faits à l'étranger<sup>37</sup> par le biais de l'exequatur<sup>38</sup>, peut révéler une intention impérialiste, pour des raisons louables au point de vue moral et éventuellement politique. L'intention impérialiste n'est toutefois que celle de l'espace émetteur et se heurte à l'intention protectionniste ou contre-impérialiste, suivant les cas, de l'espace-cible. Qu'on se souvienne de la jurisprudence *Soering*<sup>39</sup> impliquant les Etats-Unis : la violation de l'article 6 § 1 C.E.D.H. n'a pas été retenue pour faire obstacle à l'extradition du ressortissant allemand vers les Etats-Unis, la Cour européenne des droits de l'homme ayant donné droit à l'allégation du traitement inhumain et dégradant causé par l'exposition du requérant au « syndrome du couloir de la mort ». De même l'affaire *LaGrand*<sup>40</sup> dans laquelle, sur le fondement de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, la Cour internationale de Justice s'interroge notamment sur la violation par les Etats-Unis de certains droits de la défense de ressortissants allemands. Si ces affaires n'illustrent pas exactement le problème du procès équitable comme il se pose devant la Cour européenne des droits de l'homme, elles permettent néanmoins de relativiser la portée de l'argument impérialiste tant sur le plan éthique que pratique. Car en définitive, dans tous ces cas, bien que l'intention des parties demandresses (Etats ou personnes physiques) ait été de faire appliquer des règles de procès équitable dans un espace normatif différent de celui dont elles sont directement issues, l'effectivité de ces règles n'est jamais garantie ; soit pour une cause de droit d'incompétence du juge (*Soering*) ou de la règle (*LaGrand*)<sup>41</sup> ; soit pour une cause de fait d'insoumission de la partie sanctionnée lorsque celle-ci est un Etat (*Pellegrini*, d'une part ; *Soering* ou *LaGrand*, d'autre part, si la règle avait été déclarée applicable)<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> C.E.D.H., 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, non publié, req. n°00030882/96.

<sup>38</sup> L. SINOPOLI, *infra*, p. \*\*\* ; du même auteur, « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome (A propos de l'arrêt *Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001) », *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, pp. 2-12.

<sup>39</sup> C.E.D.H., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, Série A n°161 ; Aff. 1/1989/161/217.

<sup>40</sup> C.I.J., Affaire *LaGrand* du 27 juin 2001, *Allemagne c. Etats-Unis*, 2001 *I.C.J.* 104. Dans cet arrêt la Cour internationale de Justice n'explique pas en quoi la procédure devrait être modifiée à l'avenir. Elle dit même que les Etats ont une obligation de résultat et donc le libre choix des moyens. La Cour impose en définitive le respect de la souveraineté des Etats.

<sup>41</sup> Bien que ce ne soit pas vraiment analysé dans l'arrêt puisque la question a été évitée au motif que la C.I.J. n'est pas une cour d'appel en matière pénale.

<sup>42</sup> V. l'approche nuancée des auteurs du texte relatif à la Cour internationale de justice, pour qui, en dehors des affaires relatives à l'édition de mesures conservatoires, les Etats respectent globalement les décisions judiciaires internationales. Pour un constat de l'insoumission des Etats, V. les réflexions des auteurs du texte relatif à

En dehors du relativisme induit par l'argument de la nature non interne des procès, et en particulier, du caractère étatique de la partie à laquelle on tente d'imposer les règles du procès équitable, il existe l'argument d'essence plutôt éthique de l'incorrection politique de vouloir imposer la règle d'un espace normatif à un autre. Le relativisme est ici culturel. C'est l'argument que l'on retrouve notamment dans le mouvement de pensée qui traverse le comparatisme juridique contemporain : *Law as Culture*<sup>43</sup>. Les normes juridiques étant les vecteurs les plus efficaces de la culture d'un espace juridique territorialisé, elles ne sauraient s'exporter sans elle, ou bien se déformer elles-mêmes, ou bien déformer l'espace de réception.

En somme, lorsque l'atelier de recherche a entrepris son travail à partir du procès équitable, il a pris un véritable risque idéologique. Ce risque impliquait nécessairement une contrepartie : la vigilance. C'est pourquoi les chercheurs n'ont jamais négligé de rechercher l'intention, manifeste ou latente, des auteurs de tous les actes juridiques analysés. Les chercheurs se sont donc efforcés en particulier de décoder les motifs des décisions jurisprudentielles. Ils ont toujours tenté, lorsque c'était possible, de mettre en valeur une rationalité sous-jacente de la parole juridique<sup>44</sup>. Ce niveau d'analyse a souvent été le seul moyen pour donner des pistes de compréhension des logiques d'enchevêtrement des espaces.

De même que les chercheurs ont dû être vigilants quant aux tendances impérialistes ravivées par la circulation favorisée des normes, ils ont dû affronter l'autre aspect du risque causé par le choix d'une recherche sur le procès équitable : le risque méthodologique.

## 2. Le risque méthodologique de l'unité artificielle : l'erreur

Le risque méthodologique s'analyse ici en un risque scientifique. En effet, le chercheur qui entreprenait sa recherche à partir d'une notion juridique énoncée au singulier risquait tout simplement de se tromper. Même si c'est le lot de toute recherche quelle qu'en soit la matière, il y avait ici un écueil évident. Comme précédemment avec l'argument du risque impérialiste, le risque de l'erreur met en garde contre un même aveuglement. Dans le cadre idéologique, cet aveuglement a des conséquences politiques, culturelles et éthiques. Dans le cadre méthodologique, il a des conséquences scientifiques. Ce parallèle nous permet d'apercevoir un lien important. La méthodologie de la recherche, qui s'annonce souvent purement scientifique, n'est en aucun cas étrangère à des préoccupations éthiques.

Pratiquement, notre démarche reposait sur l'hypothèse qu'un modèle commun pourrait émerger à partir de la circulation des normes. L'hypothèse était donc celle de l'homogénéisation de la notion de départ. Nous partions donc du procès équitable au singulier mais existant dans divers espaces normatifs. L'étude de la circulation du procès équitable nous mettait alors devant la difficulté méthodologique que rencontrent tous les comparatistes et que prétend résoudre la « méthode comparatiste »<sup>45</sup>. C'est d'ailleurs pourquoi l'on conçoit souvent le droit comparé comme une méthode plus que comme un contenu. Sans refaire ici le débat du droit comparé comme méthode ou comme substance<sup>46</sup>, il est intéressant de

---

l'O.M.C. En général, se reporter à l'éternel débat du caractère obligatoire de la norme en droit international public, point de rencontre manifeste entre le pouvoir (droit) et la force (fait) : P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1999, 6<sup>e</sup> éd., « Introduction générale », notamment § 57 ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2001, 5<sup>e</sup> éd., spéc. pp. 3 et 4 sur la notion de *droit interétatique*.

<sup>43</sup> V. notamment les travaux de Pierre LEGRAND qui plaide vigoureusement pour le relativisme des normes juridiques en raison de leur charge culturelle essentielle. V. partic. Pierre LEGRAND, « Comparative Legal Studies and Commitment to Theory », *MLR*, Vol. 58, 1995, pp. 262-273.

<sup>44</sup> R. ADJOVI et G. DELLA MORTE, p. \*\*\* ; C. COLARD-FABREGOULE, A. MUXART et S. PARAYRE, p. \*\*\*.

<sup>45</sup> Cf. *infra*, p. \*\*\*

<sup>46</sup> K. ZWEIGERT and H. KÖTZ (translated by Tony WEIR), *An Introduction to Comparative Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Vol. I and II, Oxford, Clarendon Press, 1987 ; E. AGOSTINI, *Droit Comparé*, P.U.F., Collection Droit fondamental,

remarquer qu'il reflète assez exactement et sans jamais le trancher, le débat qui oppose procédure et substance ou forme et fond. Cette parenthèse nous amène d'ailleurs à penser qu'il s'agit en soi d'un faux débat, plus orienté vers la défense d'un pouvoir institutionnel, que vers la solution de problèmes techniques. Mais nous pouvons surtout réaliser que l'erreur à éviter tout au long du travail aura été la surinterprétation, c'est-à-dire l'interprétation au-delà de ce qu'on peut constater. Par un mécanisme de placage de présupposés dans un contexte différent, on ne finit par voir que ce que l'on veut bien voir.

Pour autant, le problème méthodologique est réel lorsqu'il s'agit de comparer des espaces normatifs à partir d'une seule notion que l'on conçoit *a priori* comme singulière. Elle finit toujours par se révéler multiple empêchant toute forme de simplification. La vertu de cette sorte de fatalité est de toujours forcer les chercheurs à se munir de modestie en contrepartie du risque méthodologique systématique qu'ils prennent. A défaut, l'erreur serait tout aussi systématiquement au rendez-vous.

## **II. La réalité des procès équitables**

On a beau tenté de systématiser et de caractériser une notion juridique unique de procès équitable, elle ne résiste ni dans sa forme, ni dans son contenu à la diversité des occurrences de son emploi.

Cette tentative de systématisation se retrouve dans l'ambition jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme, conformément à la volonté des rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme.

Elle se heurte cependant à une série de problèmes théoriques et pratiques.

« Le » procès équitable, tel qu'il est à la fois théorisé et mis en pratique par le juge européen des droits de l'homme, répond lui-même à un enjeu relatif à l'étendue de l'influence du juge de Strasbourg. Par conséquent, du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme, une notion de procès équitable exportable clés en mains représente un intérêt considérable en termes d'impact sur les ordres juridiques internes des Etats parties à la Convention. Cette remarque reflète l'un des débats de l'atelier de recherche : l'article 6 § 1 C.E.D.H. doit-il être le prisme au travers duquel nous mènerions nos enquêtes dans chaque espace ? Pour des espaces tels que le droit anglais ou le droit français, c'est-à-dire existant antérieurement à celui de la Convention européenne des droits de l'homme, n'était-ce pas prendre le problème à l'envers ? En effet l'un des défis de la recherche était de savoir si un état antérieur à l'état actuel du procès équitable dans l'espace normatif avait pu exister et comment l'état actuel s'accommodait de l'état antérieur. Cela permettait d'identifier l'origine des concepts dans l'espace et dans le temps.

Par enchaînement logique, la mise en doute de cette convergence qui semblait évidente entraîne un questionnement sur la résistance du modèle lui-même, que l'analyse dynamique révèle sans équivoque.

### ***A. Le problème de l'article 6 § 1 C.E.D.H. comme matrice de la recherche sur « le » procès équitable***

---

1988 ; M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé : Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Ed. Ides et Calendes, 1971 ; R. SACCO, « Epilogue », in *Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Ed. de la Société de législation comparée, 2000, pp.337-347 ; du même auteur, in *Variations autour d'un droit commun. Premières Rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, (Paris, 28 et 29 mai 2002), Ed. de la Société de législation comparée, 2002.

Les chercheurs de tous les espaces normatifs, sauf de celui de la Convention européenne des droits de l'homme, ont été contraints d'emblée à une démarche décalée. Le contrôle de l'absence ou de la présence du procès équitable dans l'espace étudié, correspondant à la première partie recensant les concepts génériques, s'est toujours fait par associations d'idées. Ils ont réalisé une comparaison de leur espace d'étude par rapport à la référence de l'article 6 § 1 C.E.D.H.. En quoi l'espace normatif d'étude s'approche ou s'éloigne de l'article 6 § 1 ? Une étude par espace normatif, guidée par la matrice unique de l'article 6 § 1, a toujours fait découvrir une absence d'identité. N'était-ce pas prévisible ? D'autant plus que la matière première de la recherche a été le plus souvent et en premier lieu la jurisprudence, c'est-à-dire une parole contentieuse. Si bien que l'approche de la notion, dans des espaces nationaux en particulier, ne s'est faite qu'au travers de l'incapacité de ces espaces à récupérer une notion de procès équitable telle que « prônée » dans la jurisprudence de Strasbourg. On remarque alors que le projet de découverte d'une notion identique de procès équitable dans des espaces liés notamment au plan juridictionnel est illusoire. En effet, un tel montage juridique serait dépourvu d'objet si aucun décalage entre la norme de référence et la réalité juridique ne risquait de survenir. C'est donc bien en prévision des conflits entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique conventionnel que la Convention européenne des droits de l'homme a institué un juge compétent pour en connaître. Le projet de l'espace C.E.D.H. est donc bien l'application des notions qu'il contient initialement ou des notions qu'il produit progressivement, à des espaces normatifs distincts. Mais le rapport relatif à l'espace C.E.D.H. montre bien que ce projet revêt quelques subtilités. L'examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre qu'elle n'entend pas appliquer uniformément une notion de procès équitable.

La notion de marge d'appréciation des Etats vient également atténuer le constat de l'application sans nuance de la notion de procès équitable élaborée dans l'espace C.E.D.H. aux espaces étatiques des membres de la Convention. La marge nationale d'appréciation constitue un argument en faveur de l'impossible unité de la notion de procès équitable *in fine*. Tenant compte de la nature particulière des sujets de droit auxquels elle prétend s'appliquer, l'espace C.E.D.H. ne pouvait envisager de façon réaliste d'imposer des notions parfois très étrangères à l'espace étatique. Un procès équitable uniforme ne résiste pas au phénomène de renationalisation favorisé par la marge nationale d'appréciation.

C'est sans compter avec un argument supplémentaire pour l'analyse des rapports entre les espaces nationaux et l'espace C.E.D.H.. La renationalisation de la notion de procès équitable est certes favorisée par une marge nationale d'appréciation que de toutes façons le juge européen se réserve d'attribuer ou non<sup>47</sup>. Elle est aussi forcée dans le rapport moral ou politique, plus que juridique, qui existe entre les Etats européens et leur juge. Car qui sanctionne la Cour européenne des droits de l'homme sinon les Etats eux-mêmes par le biais de la légitimité qu'ils accordent ou retirent à leur juge ? La perte de légitimité se concrétise

---

<sup>47</sup> Julie MEUNIER précise à juste titre que la marge nationale d'appréciation est un terme technique correspondant à un emploi particulier qui, en matière de procès équitable, n'est pas utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme. Le § 2 de l'art. 6 ne prévoit pas de limitations, même dans un but légitime, au droit à un procès équitable. L'auteur en déduit que ce droit est un droit absolu qui ne connaît pas de restrictions. La notion de marge nationale d'appréciation – propre au contentieux de la Cour européenne des droits de l'homme et à la problématique des restrictions – ne se pose pas de la même manière que dans les contentieux des articles prévoyant une possibilité de limitation aux droits qu'ils garantissent. Et s'il y a souplesse dans le cadre du procès équitable, cela vient plus de l'appréciation globale du procès que fait la Cour, et de la seule obligation de résultat qu'elle impose aux Etats. Il s'agit donc effectivement bien d'une « appréciation » laissée aux Etats quant aux moyens de parvenir au procès équitable, mais l'emploi de l'expression « marge nationale d'appréciation » dans le cadre du présent commentaire ne doit pas laisser croire que la Cour européenne des droits de l'homme se sert de cette notion pour limiter le droit à un procès équitable. Le concept de « marge nationale d'appréciation » ne recouvre pas celui que la Cour emploie.

notamment par des défections que l'on mesure par le nombre de recours interétatiques ou individuels ou par le nombre et la qualité des transpositions des décisions en droit interne. La question qui s'est alors imposée est donc bien celle du juge de la Cour européenne des droits de l'homme : qui juge du caractère équitable du procès intervenu devant la Cour européenne des droits de l'homme ? On a pu penser au Comité des droits de l'homme des Nations Unies devant lequel un individu déposerait un recours contre une procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cette hypothèse n'est pas envisageable dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas et n'a pas qualité pour être partie au Pacte. Elle n'en est donc pas justiciable. Son existence dépendant de la Convention européenne des droits de l'homme, on serait forcé d'envisager un recours contre la totalité des Etats parties à la Convention ! La situation envisagée par le mécanisme conventionnel de coordination des deux espaces est celui de l'exception de recours parallèles<sup>48</sup>. Ce mécanisme qui n'est pas uniforme<sup>49</sup>, n'ouvre en aucun cas de voie de recours devant une quelconque juridiction contre les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. La solution propre à éviter les conflits est l'interdiction de recourir au Comité des droits de l'homme des Nations Unies si la même question a déjà été examinée par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette interdiction existe mais relève de la compétence exclusive et modulable des Etats membres du Pacte qui ratifient ou non, émettent des réserves ou non. Le système laisse l'entière liberté aux Etats de décider de régler préventivement le problème ou pas, en émettant une réserve du type de celle qui précise l'engagement de la France<sup>50</sup>. Les termes d'une telle réserve – qu'est-ce qu'une « même question » et une question « déjà examinée » ? – ne règlent pas définitivement le problème, puisque leur interprétation introduit une marge de variabilité. Au surplus, le champ de la protection accordée par les articles 6 § 1 de la C.E.D.H. et 14 du Pacte n'étant pas identique, la réserve n'est pas une garantie contre un recours devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies après une décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans la même affaire. Et il est à noter que la règle *Non bis in idem* ne reçoit pas une application stricte de la part de la Cour européenne des droits de l'homme qui, au nom du droit au recours, ne fait jouer cette règle qu'entre juridictions d'un même Etat. En conséquence, rien n'empêche qu'une contradiction apparaisse sur une même affaire entre les deux juridictions. On peut imaginer que, dans l'hypothèse d'une restriction de sa propre juridiction, la Cour européenne des droits de l'homme interprète la Convention de façon à éviter d'être mise en contradiction avec des décisions du Comité. Mais, en tout état de cause, aujourd'hui, il n'existe aucun moyen de contrôle des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme établissant par suite une hiérarchie entre les juridictions supranationales. L'ordre international conserve jusqu'ici une certaine horizontalité, au moins

---

<sup>48</sup> V. S. GUINCHARD, *Droit Processuel, op. cit.*, p. 253 et s.

<sup>49</sup> Le texte de la Convention européenne des droits de l'homme en son article 53 et les jurisprudences de la Cour et de l'ancienne Commission, anticipent l'hypothèse d'un recours *parallèle*, concomitant ou consécutif, devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Le procédé demeure peu contraignant puisqu'il se limite, d'une part, pour le texte de la Convention européenne des droits de l'homme, à la référence générale au droit international des droits de l'homme : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie. », art. 53 C.E.D.H. ; et, d'autre part, pour la jurisprudence de la Cour, V. C.E.D.H., 25 février 1993, *Funke c. France*, suivi de toute la jurisprudence relative au droit au silence ; et, enfin, pour les décisions de l'ancienne Commission, v. Commission, avis du 5 mai 1983, *Colozza c. Italie* (droit d'être présent à son propre procès), à la référence à l'art. 14 du Pacte aux fins d'argumenter dans le sens de l'affirmation d'un droit de la défense.

<sup>50</sup> « Le Comité ne sera pas compétent pour examiner une communication d'un particulier si la même question a déjà été examinée par d'autres instances internationales d'enquête ou de règlement. » Réserve de la France à l'art. 5 § 2 du Pacte.



au plan juridictionnel et le procès équitable en action n'a révélé aucune hiérarchisation des institutions disant le droit<sup>51</sup>.

Pour achever ce raisonnement, il faut donc poser la question cruciale qu'amène le procès équitable au regard du caractère attaquant d'une décision. On constate que tous les espaces nationaux étudiés ne doivent apparemment la garantie du procès équitable dans les procédures qu'ils organisent, qu'à la possibilité d'un recours contre cette procédure devant un juge distinct de celui qui en est acteur. Ainsi l'équivalence entre procès inéquitable et procès inattaquant se réalise<sup>52</sup>. Cet aspect du problème sera évoqué plus avant dans les développements relatifs aux cas pratiques des procès équitables<sup>53</sup>.

Ceci dit, la représentation verticale des rapports entre l'espace C.E.D.H. et les espaces nationaux des Etats parties n'est pas exclusive de rapports horizontaux entre l'espace C.E.D.H. et d'autres espaces internationaux (O.M.C., C.I.J. et T.P.I.). C'est même dans cette direction qu'il faut chercher pour trouver ce qui distingue profondément les espaces quant à leur utilisation d'une notion de procès équitable.

Quant aux espaces normatifs internationaux sans rapport conventionnel avec le Conseil de l'Europe (O.M.C., Cour internationale de Justice et T.P.I.), les chercheurs ont quand même eu tendance à raisonner à partir de cette question : est-ce que la notion de procès équitable développée par la Cour européenne des droits de l'homme a essaimé vers d'autres espaces, et sous quelle forme ? Sans jamais répondre par l'affirmative, les chercheurs ont cependant décrit des formes d'emprunts plus ou moins explicites, ou la présence de notions parentes qui ont pu se développer et s'enrichir parallèlement, ce qui a fait présumer des influences. Un espace, qui n'a pu en définitive faire l'objet d'une analyse systématique dans notre atelier, aurait sans doute tenu lieu de contre-exemple. La Convention interaméricaine des droits de l'homme apparaît comme un espace très proche de celui de la Convention européenne des droits de l'homme. On trouve une jurisprudence largement inspirée de la C.E.D.H. et pourtant distincte. La distinction a notamment lieu quant à la conception des notions de secret et de preuve dans la procédure pénale. L'incidence sur la compréhension du procès équitable est considérable. Cet exemple montre que la conception même du procès équitable dépend largement des circonstances de l'espèce et notamment du contexte politique dans lequel les cas interviennent<sup>54</sup>. En tout état de cause, la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'est pas jugée par la Cour européenne des droits de l'homme et l'allégeance que certains pourraient y voir est soumise à l'aléa de l'exercice souverain du pouvoir de juger en dernier ressort.

### ***B. Le problème de l'analyse dynamique : l'éclatement du modèle***

Ce problème rejailit dans l'analyse des migrations au travers des parties II et III. L'origine des concepts ou l'originalité du contexte juridique particulier du procès équitable ont révélé des difficultés qui sont autant de barrages à la possibilité de concevoir un procès équitable au singulier. La réalité que découvrent les analyses ne pouvait être que complexe étant donné l'enchevêtrement des espaces déduit de la multiplicité des influences. Influences d'autant plus difficiles à retracer qu'elles sont parfois effacées ou plus probablement refoulées pour des raisons échappant à l'analyse juridique pure.

---

<sup>51</sup> La requête *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants* (requête n° 52207/99) a été déclarée unanimement irrecevable, V. Communiqué du Greffier, du 19 décembre 2001.

<sup>52</sup> V. N. MARIE-SCHWARTZENBERG, *ibid.*, p. \*\*\*.

<sup>53</sup> Cf. *supra* p. \*\*\*.

<sup>54</sup> Kathia MARTIN, « Preuve et secret devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *L'Astrée*, n°12, 2000, p. 56 et s. ; Charlotte GIRARD, « Preuve et secret à la croisée des espaces juridiques », *L'Astrée*, n°12, 2000, p. 76.

Conscients du caractère artificiel voire mythique d'un procès équitable déterminé applicable à coup sûr dans tout espace normatif, nous devons dégager les éléments issus des travaux par espace et permettant de saisir la réalité multiple du procès équitable, ou plus exactement, la réalité des procès équitables. La résistance de la notion de procès équitable à une appréhension univoque n'empêche pas pourtant d'apercevoir des tendances aptes à expliquer les mécanismes, sinon certains des mécanismes, d'enchevêtrement des espaces normatifs.

L'enchevêtrement des espaces apparaît de façon particulièrement nette à partir de l'analyse des stratégies des parties au procès. Ce phénomène d'emmêlement est même une conséquence directe du fait que le procès équitable sert les acteurs diversement, en fonction de leur nature : individuelle, étatique, supranationale ; et en fonction de leurs prétentions/fonctions : demandeur, défendeur, juge. On peut alors tenter une explication à partir des stratégies poursuivies par chacune des parties au procès équitable. Cette explication révèle notamment un principe de circulation de la norme du procès équitable qui, en raison de la multiplicité des facteurs qu'impose la réalité, ne peut se résumer à de simples transferts à données constantes. Le principe de circulation est au contraire essentiellement mouvant, adaptable et opportuniste.

Par ailleurs, on illustrera l'enchevêtrement des espaces normatifs en renversant l'ordre de la proposition introductive. Celle-ci était la suivante : le procès équitable s'adapte aux stratégies des parties. On constate en effet que le procès équitable structure les stratégies des parties. Ceci est une autre façon de dire que le procès équitable, en tant qu'objectif et non plus en tant que moyen, impose un cadre de résolution des conflits entendus bien au-delà des seuls affrontements juridictionnels. Dans ces conditions, le procès équitable ne se contente pas de structurer le jeu de conflits d'intérêts. Le procès équitable n'est pas seulement un utilitaire procédural. C'est aussi un principe d'adjudication et plus largement, un principe de décision normative : pas de décision valide, autant dire pas de norme, sans procès équitable. Pas de reconnaissance de la norme sans équité ou sans justice. Cet enchaînement logique permettra d'aborder dans un second temps, le procès équitable comme l'indice ou le symptôme de l'existence même d'un espace normatif, renouant ainsi avec une possible unité de la notion de procès équitable.

## **1. Des concepts divers aux origines déterminées par des contextes situés**

Les travaux par espace montrent que ces acteurs sont de natures différentes. Ils peuvent être les juges, la partie demanderesse, la partie défenderesse. L'utilisation du procès équitable répond à diverses motivations. Nous cherchons à montrer que plusieurs facteurs de variations multiplient les occurrences. Le contenu des motivations peut varier en fonction de la nature des acteurs ; mais la forme des motivations aussi. Ainsi donc on observe que les emprunts d'une notion de procès équitable ou constitutive du procès équitable peuvent être explicites ou implicites. En effet, la stratégie argumentative des acteurs repose sur des dits et des non-dits. Il y aurait alors une fonction « dicible » de légitimation (a.) et une fonction indécible d'autonomisation (b.).

**a.** Cette hypothèse se vérifie quant aux parties qui, dans tous les cas, cherchent à légitimer leurs prétentions et le plus explicitement possible. Elle se vérifie également quant aux juges qui, lorsqu'ils recherchent la légitimité, utilisent le procès équitable de façon valorisante et explicite ; mais de façon détournée et implicite lorsqu'ils se lancent à la conquête de l'autonomie de leur pouvoir de dire le droit.

Lorsqu'il s'agit de légitimer leurs prétentions, les parties cherchent à montrer qu'elles sont dans leur *bon* droit. La notion de procès équitable intervient si l'une des parties, l'Etat

dans un procès interétatique ou le particulier dans un procès interne ou international pénal, conteste le caractère équitable du procès. L'emploi de la notion est fondé sur le principe du contradictoire et dans le cas d'une rupture disproportionnée de l'égalité entre les parties. L'objectif automatique de l'une des parties sera de montrer que le procès était bien équitable. L'effet recherché est donc de légitimer l'autorité qui a pris la décision attaquée. Celui de l'autre sera de montrer que le procès n'est pas équitable et qu'en définitive, il convient de faire annuler la procédure. L'effet recherché est l'anéantissement de la procédure<sup>55</sup> et, avec elle, de la solution qui ne lui convient pas.

Le juge peut également vouloir légitimer sa position propre. Il n'a qu'un regard relatif sur son propre système, mais il a besoin de faire apparaître la justice de la solution. Le fait pour un juge de mentionner expressément l'emprunt qu'il réalise tend en principe à renforcer une légitimité par rapport à une autre autorité normative, soit que le juge est de création récente<sup>56</sup>, soit que le juge lutte contre une perte de légitimité en cours<sup>57</sup>. Juger au nom du procès équitable est forcément *bien juger* : la légitimité de la solution est renforcée au travers de la légitimité de la norme. Cela revient à juger au nom de l'ordre public. La problématique de l'ordre public quelle que soit sa formulation existe dans tous les espaces normatifs. De l'ordre public à la bonne administration de la justice et du souci de justice à l'idée d'équilibre fondamental, le procès équitable, qui n'apparaît donc pas toujours *expressis verbis* dans les arguments du juge au profit de ces autres notions, déploie ses effets pratiques. Au travers de cette tendance à l'« unification malgré tout », particulièrement notable lorsque l'on a affaire à la notion d'« ordre public procédural »<sup>58</sup>, on perçoit un élément de canalisation de la diversité d'application du procès équitable et l'émergence imaginable d'un standard international de justice. L'« ordre public procédural », quoique nationalement défini, intervient comme l'un des vecteurs par lequel circule la notion de procès équitable<sup>59</sup>.

En effet, l'hypothèse du procès fait à un autre espace, qui est notamment celle du droit international privé<sup>60</sup> et du droit pénal international<sup>61</sup>, met en lumière le phénomène de canalisation. La problématique qu'offre le procès équitable dans ses applications diverses d'un espace à un autre n'entraîne pourtant pas forcément un émiettement de la notion. L'unification de la notion d'ordre public procédural entraînerait la canalisation *des* procès équitables.

Les procès faits aux procès des autres sont l'œuvre de juridictions de dernier mot que ce soit dans le cadre international<sup>62</sup> ou dans le cadre interétatique. Dans ce dernier cas, la

---

<sup>55</sup> Cf. *infra* p. \*\*\*.

<sup>56</sup> Les T.P.I.

<sup>57</sup> Le juge administratif français illustre cette recherche, V. X. LAUREOTE, *ibid.* De même la Cour internationale de Justice, qui, si elle n'apparaît pas évidemment en perte de légitimité, témoigne plutôt d'un besoin constant de conforter cette légitimité face à des justiciables volatiles – car la justice est toujours explicitement consentie – et qui n'hésitent pas à instrumentaliser le règlement judiciaire, V. C. COLARD-FABREGOULE, A. MUXART et S. PARAYRE, *ibid.*

<sup>58</sup> Le recours à cette notion dans le but de protéger les droits procéduraux conduit, pour Horatia MUIR-WATT, à un « dialogue [encourageant] à s'interroger sur des pratiques ou des principes enracinés le cas échéant dans une tradition ancienne de l'Etat d'origine ». Mais c'est pour regretter l'amenuisement de ce débat entre espaces normatifs que l'auteur conclut à une inévitable unification par une progression unilatérale. Cf. C.J.C.E., 28 mars 2000, *Rev. crit. dr. int. pr.* 2000, p. 481, note H. MUIR-WATT, spéc. n° 16 et 17.

<sup>59</sup> L. SINOPOLI, *infra*, p.\*\*\*.

<sup>60</sup> Hypothèse de la reconnaissance d'un jugement étranger, cf. espaces du droit international privé français et « européen » ; et particulièrement C.J.C.E., *Krombach c. Bamberski*, 28 mars 2000, Aff. C-7/98.

<sup>61</sup> Hypothèse de la compétence universelle condamnée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), 14 février 2002. Hypothèse que refuse encore la Cour de cassation française en invoquant la coutume internationale pénale concernant les immunités, Cass. Crim. 13 mars 2001, *Bull. crim.* n°64.

<sup>62</sup> Juridictions internationales à vocation régionale ou universelle. V. « Entretien avec le Juge REZEK », *L'Astrée*, n° spéc., *Droit et Politique*, 2002, à paraître ; et le Colloque S.F.D.I. de Lille de septembre 2002 sur la

juridiction de l'Etat qui doit apprécier le caractère équitable de la procédure de l'autre a le dernier mot (extradition, *exequatur*). Dans le cadre international, ces situations correspondent toutes à l'hypothèse d'une soumission ou du moins de l'acceptation par un espace de la légitimité d'un autre pour évaluer le caractère de la procédure écoulée ainsi que la description du risque de l'impérialisme le laissait penser<sup>63</sup>. Les situations interétatiques sont particulières parce qu'elles peuvent être lues de deux manières. L'Etat qui ne reconnaît pas le procès d'un autre peut apparaître comme le dictateur de la situation car il peut à l'avenir obliger l'autre Etat à se soumettre à sa volonté<sup>64</sup>. Mais il peut aussi apparaître comme le protecteur de son propre espace. En s'imposant de ne reconnaître que les procès qui répondront à la définition qu'il a adopté de l'équité du procès, l'Etat « renationalise » le procès équitable<sup>65</sup>.

La canalisation a lieu également par la voie du dialogue entre les espaces conduisant par mimétisme à des emprunts très fréquents. C'est notamment le cas pour les juridictions internationales de « deuxième génération », tels les tribunaux pénaux *ad hoc* et bientôt la Cour pénale internationale ou les juridictions régionales et spécialisées façonnées sur le modèle des Cours européennes et de la Cour internationale de Justice elle-même issue de l'ancienne Cour permanente de Justice internationale. On constate aujourd'hui l'existence d'un effet de recul : il existe une histoire de la justice internationale. On peut donc évoquer le travail d'une tradition de la justice internationale.

Le mécanisme de l'emprunt s'analyse différemment en fonction de la technique juridique par laquelle le procès équitable est introduit dans l'espace normatif, que le juge élabore lui-même ses règlements de procédure, ou pas. A cet égard, la justice internationale est particulièrement significative dès lors que les textes sont le fruit de normes que le juge édicte et modifie lui-même. Le cas le plus caractéristique est celui des tribunaux pénaux internationaux.

**b.** Parallèlement à la fonction de légitimation, le recours au procès équitable remplit une fonction indicible d'autonomisation. Dans ce cas, les parties, mais surtout le juge, cherchent non seulement à faire appliquer ou à dire le *bon* droit, mais de préférence le *seul* droit possible.

La fonction d'autonomisation s'applique à tous les acteurs du procès mais plus particulièrement au juge. L'enjeu est de taille car cette fonction s'entend de la capacité à manipuler la signification du procès équitable.

La revendication d'autonomie est un élément commun à tous les espaces. Ainsi tout concept juridique indéterminé *a priori* engendrerait une attitude argumentative de la part des juges : une attitude d'autonomisation. On pourrait ici parler d'une loi de la logique juridique selon laquelle toute notion indéterminée entraîne la revendication de l'autonomie des juges de l'ordre juridique auquel cette notion s'applique. Mais cette énonciation est à nuancer par la particularité de la norme en question comme il a déjà été montré dans la fonction de légitimation des juges.

Celui qui a le dernier mot en matière d'interprétation est en principe un juge et non pas l'une des parties. Le juge qui détient le dernier mot, soit qu'il interprète la norme écrite du procès équitable, soit qu'il en crée une de toute pièce, détient un pouvoir souverain puisqu'il maîtrise le sens du commandement. On parle en d'autres circonstances d'une fonction

---

*juridictionnalisation du droit international*, à paraître aux éds. Pedone, s'inscrivant dans la perspective de l'analyse de la multiplication des juridictions internationales.

<sup>63</sup> Voir *infra* p. \*\*\* et n.\*\*\*.

<sup>64</sup> J.-F. FLAUSS, « Actualité de la C.E.D.H. », *AJDA*, 2001, p. 1062.

<sup>65</sup> P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, p. 651 ; « Droit au procès équitable et conflit de juridictions », *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis – Bruylant, 1996, p. 125.

herméneutique, censée allier interprétation et production normative. Ce sont deux degrés successifs d'autonomisation du juge par rapport à une autre autorité normative.

Plus concrètement, il s'agit de répondre ici à la question suivante : qui édicte les règles de procédure ? Soit les juridictions elles-mêmes et, dans ce cas, le juge produit la norme du procès équitable et l'autonomisation parfaite, soit des autorités distinctes dépositaires d'un pouvoir normatif non jurisprudentiel et, dans ce cas, le juge interprète la norme déjà créée.

D'une part, le juge interprète le contenu du procès équitable quand un texte existe déjà. C'est donc le cas de la concurrence avec une autorité normative de type législatif. Le principe à l'œuvre est celui de l'auto-limitation ou *self-restraint* visant à restreindre la tendance normative de l'autorité d'adjudication. On trouve la raison de cet effort dans le principe de séparation des pouvoirs qui n'est qu'une autre traduction de l'exigence d'équité de la procédure, ici de la procédure législative. Par analogie, on peut substituer au principe de séparation des pouvoirs, entendu comme le principe de séparation entre celui qui crée la norme et celui qui l'applique, avec celui de l'impartialité du juge, entendu comme la nécessité de séparer celui qui dit le droit de celui auquel il s'applique.

Dans l'espace anglo-saxon ou le cas particulier de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge définit lui-même le contour de la notion tout en laissant paraître une forme de contrainte incontournable. La définition de la notion de procès équitable évolue très progressivement grâce à la technique de l'incrémentation<sup>66</sup>. Au moins en apparence, cette technique place le juge dans une position intermédiaire entre l'interprétation et la création de la norme. En effet le principe d'incrémentation préserve la norme d'origine qui est soit un acte de l'autorité dotée du pouvoir législatif, soit un précédent jurisprudentiel. Qu'elle soit fictivement ou réellement inspiratrice, le juge tient compte dans son raisonnement d'une norme « présente avant ». Ces contraintes argumentatives ont donné lieu à des théories juridiques de la part d'auteurs anglo-saxons<sup>67</sup> et ont pu être rapprochées du mode de raisonnement du juge de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>68</sup>.

D'autre part, le juge produit la norme du procès équitable. C'est la situation dans laquelle le juge exerce un pouvoir normatif qui faisait défaut. Prenons l'exemple de la notion de bonne administration de la justice qui a émergé dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Dépourvue de tout lien avec le Statut de la Cour issu de la volonté des Etats<sup>69</sup>, cette notion apparaît comme une *notion-atout* qui sert au juge pour la mise en œuvre de pouvoirs exorbitants. La notion même de bonne administration de la justice est issue d'un développement parallèle à celui du rôle du juge international : un rôle de plus en plus actif et interventionniste. Dans ces circonstances, l'idée même de procès équitable participe d'une amplification de son rôle. Cette hypothèse est renforcée par l'idée que la Cour internationale de Justice n'identifie pas de sources formelles au principe de bonne administration de la justice de sorte que ce dernier apparaît comme une œuvre prétorienne. Le juge forge lui-même les armes qui lui permettront de se poser – si ce n'est de s'opposer – comme interlocuteur valable des Etats lors de rapports de force au plan judiciaire international.

---

<sup>66</sup> Cf. Julie MEUNIER, *infra*, sur la définition des éléments du procès équitable.

<sup>67</sup> Cf. en particulier R. DWORKIN, *Law's Empire*, 1986, Fontana Press, 1991, notamment p. 176 et s. chap. 6 et 7 relatifs au droit comme intégrité initiant une conception compréhensive du droit permettant de façon pragmatique la prise en compte du consentement des individus à la solution des litiges. De même, les travaux de Neil MCCORMICK, partic. cet article qui explique la dimension conséquentialiste du raisonnement juridique dans la tradition de *Common Law*, « Le raisonnement juridique en *Common law* : la motivation comme justification », in Pierre LEGRAND (dir), *Common law, d'un siècle à l'autre*, Québec, Ed. Yvon Blais, 1992, pp. 309-332.

<sup>68</sup> J. MEUNIER, *ibid.*, p. \*\*\*.

<sup>69</sup> Le Statut de la Cour internationale de Justice est un accord entre Etats modifiable par les Etats aux mêmes conditions que la Charte des Nations Unies. Le règlement de procédure, lui est un acte de la Cour, mais détenant sa validité des principes énoncés dans le Statut, notamment art. 30 du Statut.

Il existe un parallèle apparent entre la technique d'autonomisation de la Cour internationale de Justice par rapports aux Etats, à la fois parties et responsables du Statut de la juridiction, et de la juridiction administrative française, dépendante sous plusieurs aspects de l'Etat qu'elle juge<sup>70</sup>.

L'un des réflexes de ces juges sous emprise, directe ou indirecte, sera donc de puiser dans la jurisprudence les moyens de se dégager de cette emprise tout en préservant leur légitimité. Par ailleurs, en droit international public, de façon inavouée, et en droit administratif français, de façon avouée, le déséquilibre entre les parties est une réalité. La société internationale fonctionne selon le principe de l'égalité naturelle des sujets de droit international mais met face à face des parties essentiellement inégales, ces décalages générant d'ailleurs les conflits internationaux. La réponse du juge international fondée sur la bonne administration de la justice tend à compenser ces inégalités. Il en va de même pour le juge administratif pour qui l'émergence même d'une justice administrative a été motivée par la nécessité de compenser le déséquilibre entre l'Etat et l'administré. Les instruments jurisprudentiels convergeant vers le procès équitable jouent dès lors comme une soupape de sécurité au bénéfice du juge lui-même et de la partie la plus faible. Le juge forge les moyens de protéger cette partie. Ce faisant, il fait pencher la balance du côté de la partie la plus faible. On peut alors se demander si, en mettant en œuvre une égalité des armes effective, c'est-à-dire visible, le juge ne devient pas du même coup partial. Car à trop vouloir protéger le plus faible au cours d'une forme d'*affirmative action*, quand bien même la faveur pour le « plus faible » n'est pas aussi systématique ni ostensible et tend de toutes façons vers l'équilibre, on peut risquer l'abus.

Ces multiples enjeux de réalisation de procès équitables considérés globalement révèlent toutefois une signification relativement claire. La pluralité du procès équitable ne fait pas obstacle à l'émergence d'une raison d'être unique de cette forme de gestion des conflits : le critère de reconnaissance d'un espace normatif fonctionnant.

## **2. Le procès équitable, indice de l'existence d'un espace normatif : argument pour une unité du procès équitable**

Le procès équitable comme symptôme de l'existence d'un espace normatif ne fait que confirmer l'hypothèse initiale et intuitive d'un procès équitable. L'unité dont il est question ne s'attache pas au contenu de la notion de procès équitable mais plutôt à sa fonction. Le procès équitable joue un rôle d'unification en ce sens qu'il révèle l'existence d'un espace normatif. Cette affirmation signifie que là où il y a procès équitable, il y a norme juridique applicable et appliquée : il y a donc autorité compétente, parce que reconnue comme telle. Deux fonctions corrélatives attribuables au procès équitable ressortent des travaux et permettent de confirmer la thèse du procès équitable comme signe distinctif de l'espace normatif : la fonction de validation du procès et la fonction de validation des normes.

Le procès équitable valide le procès en tant que critère d'existence d'une procédure valide.

C'est ici la fonction substantielle par excellence du procès équitable, puisqu'il détermine l'existence même d'une procédure *digne* de ce nom. Le jeu de mots n'est pas vain puisqu'il fait de la référence du procès équitable un élément de la dignité du procès ou de la procédure, et non des justiciables qui s'y prêtent. Remarquons à ce propos que l'idée de dignité de la procédure et non des individus est soutenue à l'occasion de la comparaison de la conception de la dignité en France et aux Etats-Unis notamment<sup>71</sup>. Aussi bien, le procès

---

<sup>70</sup> Cette dépendance a d'ailleurs fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme menaçantes pour l'avenir même du juge administratif français. Cf. X. LAURÉOTE, *ibid.*, n \*\*\*.

<sup>71</sup> James Q. WHITMAN, « Enforcing Civility and respect : Three Societies », 109 *Yale L.J.* 1279 (2000).

équitable a-t-il pour objet de *qualifier juridiquement ce qui se fait*. Le procès équitable fonctionne alors plus ici comme un label ayant pour conséquence de mettre en adéquation ce qui se fait avec l'intention des acteurs. On retrouve alors la fameuse citation insistant sur l'apparence d'« équitabilité » du procès : le procès digne de ce nom est celui qui semble être équitable, la forme emportant avec elle la substance<sup>72</sup>.

Ainsi donc une procédure inéquitable n'est pas seulement invalide, elle est inexistante. Cet aphorisme alimente le thème des nullités de la procédure qui sanctionnent le procès inéquitable interne et international pénal. On remarque à ce propos que les procès interétatiques demeurent étrangers à cette problématique. Une explication possible réside dans le consentement nécessaire des Etats à la procédure, c'est-à-dire à la tenue d'un procès, tandis qu'aux particuliers, la procédure s'impose sans leur consentement spécifique.

Dire que le procès permet la production de normes n'est pas suffisant. Il faut ajouter que seul un procès équitable permet la production de normes valides. Autrement dit, c'est le procès validé par référence à son caractère équitable, comme exposé plus haut, qui permet que les normes ainsi produites soient valides. Au risque d'énoncer une tautologie, le procès valide produit des normes valides.

C'est le cas de tous les espaces normatifs dans lesquels il existe un système de contrôle des décisions et notamment des décisions juridictionnelles. *A contrario*, les espaces dans lesquels le recours contre une décision juridictionnelle n'existe pas sont très fragilisés.

C'est le cas de l'espace russe dans lequel les hypothèses de recours juridictionnels sont remarquablement limitées. Cette restriction est due à deux facteurs principaux. Il n'y a pas de distinction entre appel et cassation, d'une part. La Constitution fait une référence explicite aux recours disponibles devant les institutions internationales de protection des droits de l'homme que sont la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, d'autre part. La dernière caractéristique provoque un effet d'annonce qui ne permet pas de savoir si d'autres recours sont disponibles indépendamment de l'état des ratifications d'autres conventions par la Russie. De plus, le texte de la Constitution apparaît seulement comme une vitrine démocratique de la Russie ; impression confirmée par le récent et pragmatique Code de procédure pénale, plus restrictif quant aux dispositions libérales. A titre d'exemple, l'impartialité du tribunal ne figure plus parmi les garanties<sup>73</sup>.

De même pour les espaces internationaux qui se présentent eux-mêmes souvent comme les derniers recours contre des décisions prises dans les espaces nationaux.

La fragilité des espaces normatifs internationaux due à l'impossibilité d'un recours supplémentaire ou d'un « procès du procès » s'explique parallèlement par le problème de la reconnaissance de la légitimité du juge. Il s'agit de la reconnaissance de la compétence du juge. Elle est problématique car elle dépend de la volonté exclusive des Etats en tant que sujets originaires du droit international<sup>74</sup>. On aura donc un espace dit plus « intégré » à mesure que la déclaration de reconnaissance de compétence de la juridiction est irréversible.

De tous les modes de reconnaissance, celui de la C.E.D.H. est le plus contraignant. Et ce, parce que la reconnaissance commande la mise en œuvre d'un outil de protection des droits de l'Homme, y compris la norme du procès équitable établie comme standard de la société démocratique, à savoir la norme de validation de la décision étatique même. La pression politique et morale est d'autant plus forte sur l'Etat qui est à la fois législateur et

---

<sup>72</sup> V. notamment les contributions de M. GALEY et C. GIRARD, *ibid.*, p. \*\*\* ; J. MEUNIER, *ibid.*, p. \*\*\* et C. COLARD-FABREGOULE, A. MUXART et S. PARAYRE, *ibid.*, p. \*\*\*.

<sup>73</sup> N. MARIE-SCHWARTZENBERG, *ibid.*, p. \*\*\*.

<sup>74</sup> On peut ici opérer un rapprochement avec la question des immunités. Certains arrêts consacrent la précellence de l'immunité sur l'accès à la justice, plaçant ainsi les exigences du procès équitable dans un rapport de subordination par rapport au principe de souveraineté des Etats.

justiciable<sup>75</sup>. Mais encore, la reconnaissance préalable se fait au moment même où l'Etat consent au respect des droits qui justifient l'existence de la juridiction. L'espace normatif de la C.E.D.H. fonctionne donc comme un bloc de constitutionnalité – on a d'ailleurs pu parler de bloc de conventionnalité<sup>76</sup>. L'Etat se lie en signant la Convention de protection de droits individuels. Mais si sa signature ne l'engage qu'à respecter les décisions juridictionnelles le concernant, l'Etat s'aligne en pratique sur les décisions qui ne le concernent pas. Bien qu'une telle pratique n'entraîne pas d'obligation juridique, il existe néanmoins un comportement qui, pour être préventif de futures condamnations, n'en induit pas moins la prise en compte des décisions de la Cour. L'Etat ne peut donc pas se laisser aller à l'affichage démocratique car il n'y a pas de découplage entre la norme et les moyens de sa mise en œuvre, notamment institutionnelle. L'Etat s'engage ainsi à l'effectivité de la norme<sup>77</sup>. Un kelsenien affirmerait que c'est la moindre des choses, mais les normes de *soft law* en droit international public viennent nuancer l'exigence.

## Conclusion

En définitive, les études sur les migrations du procès équitable entre espaces normatifs n'auront fait que confirmer la tension structurante du droit international public : le principe de la force obligatoire de l'engagement de l'Etat pour autant que l'Etat ait souverainement exprimé sa volonté. Mais la particularité de l'enjeu que représente le procès équitable raffine un constat relatif à la signification sociale et politique d'une norme juridique procédurale.

En effet, que recherche-t-on par le biais du procès équitable ? La justice ou la paix ?

Il y a quelque chose de provocateur à poser le problème en ces termes, car c'est le formuler comme une alternative, impliquant une exclusion de l'un ou de l'autre.

Que les développements qui précèdent aient été relatifs à des espaces internationaux ou nationaux, ils ont justement permis d'entrevoir que ces deux notions ne sont sans doute pas exclusives l'une de l'autre. Elles s'articulent en fin et en moyen. La justice serait le moyen de la paix durable.

L'objectif ultime serait donc la paix au sens du maintien de l'ordre social par des techniques de régulation sociale dont le procès est un exemple. La progression vers cet objectif tient à l'entretien de la justice au sein de toutes procédures, juridictionnelles ou autres. La signification du procès dans l'expression « procès équitable » tend ainsi à s'amplifier au point de concerner toutes formes d'interaction individuelle. Si bien que le procès équitable devient la forme idéale du débat social – que l'on appelle aussi et plus traditionnellement, débat public. La réflexion sur le procès équitable apparaît donc comme une réflexion sur la qualité du débat public. Et si le débat public nourrit le principe d'une société démocratique, l'évolution de la qualité de ce débat tient au processus de démocratisation des sociétés.

Une impression de 'déjà vu' s'insinue dans la conclusion de cette recherche empirique. Les accents rawlsiens de cette réflexion à plusieurs voix pourraient nous décourager si nous

---

<sup>75</sup> L'arrêt *G.I.S.T.I.* du Conseil d'Etat français, CE Ass., 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. 171, concl. ABRAHAM, illustre une attitude nouvelle du juge administratif par rapport à l'Etat à la fois législateur, interprète et destinataire de la norme ; en l'espèce une convention internationale bilatérale. Cette jurisprudence est nouvelle en ce que le juge administratif français substitue son interprétation de la norme internationale ambiguë à celle du Ministère des Affaires étrangères et découvre un rapport de forces soutenu entre l'Etat administratif et son propre juge.

<sup>76</sup> Evoquer ici le bloc de conventionnalité, très spécifique à la terminologie française, tend à insister sur l'idée de bloc : c'est-à-dire sur l'idée que la référence normative obligatoire dépasse le seul cadre du texte strict.

<sup>77</sup> On a pu dire que l'Etat en donnant son consentement à être lié prenait « le risque du droit », Jean-Marc THOUVENIN, « Le délai raisonnable », in S.F.D.I., *Le droit international et le temps*, Colloque de Paris, Paris, Pedone, 2001, p. 112.



avons l'ambition de mettre le doigt sur un aspect inédit du procès équitable. Nous ferons le constat modeste que le succès du procès équitable dans les espaces normatifs que nous avons observés fait écho à l'impératif de plus en plus affirmé du maintien d'un débat public. Pour employer un terme appartenant au registre de la mesure qualitative d'une chose, le standard du procès équitable est un standard de qualité du procès comme traduction particulière de l'impératif de débat public.

Ce débat mis en scène par le procès assure-t-il pour autant une justice juste ? Il garantit sans doute la paix sociale mais pas forcément la justice. Tout ce que l'on peut affirmer est que le procès équitable assure une apparence de justice ; condition *sine qua non* de la paix sociale. Lorsque l'on agit sur le procès équitable, on n'agit que sur la forme d'un rituel dont dépend l'apparence de justice qui se donne à voir à tous. C'est pourquoi la réflexion sur le procès équitable est inévitablement contaminée, ou transcendée, par une réflexion plus générale sur le débat public. On finit par penser que le procès équitable n'est plus seulement la chose des parties tant les tiers sont appelés à donner un avis sur la qualité de débat particulier qu'est le procès.

Et si l'évolution du procès équitable se confondait avec l'avenir de la chose publique ?