

# ***La présence en droit processuel***

*thèse rédigée sous la direction du Professeur Aurélie Bergeaud-Wetterwald et soutenue le 5 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux*

*par Anaïs DANET*

Une recherche sur la présence en droit processuel comportait de nombreux défis. En effet, elle impliquait de s'intéresser à une notion *a priori* extra-juridique par le prisme de l'analyse juridique et invitait à tenter de résoudre le paradoxe relatif à la place de la présence en droit contemporain. Alors que la présence des différents protagonistes est le mode primaire de leur participation au procès, sa place dans les procès du XXI<sup>ème</sup> siècle est remise en question, notamment en raison du développement des alternatives à la présence, telle que la représentation ou l'utilisation des nouvelles technologies. C'est en réaction à ce mouvement de recul législatif de la présence qu'est né le mouvement d'intérêt doctrinal pour celle-ci. En effet, tant que la présence était considérée comme le mode *normal* d'organisation du procès, la question de sa *normativité* se posait peu. Puisqu'elle est aujourd'hui concurrencée et remise en question, des interrogations quant à sa véritable place au sein du système processuel sont soulevées. L'ambition de cette thèse était donc d'étudier ce paradoxe grâce à une analyse juridique de la notion de présence, pour éclairer la place de la présence dans le droit processuel contemporain. Cette étude a alors permis de vérifier dans un premier temps que ***la présence*** est un véritable ***mode d'organisation du procès***, méritant à ce titre d'être préservée (**Partie 1**) et dans un second temps qu'il s'agit là d'une ***norme de droit processuel*** (**Partie 2**), conduisant ainsi à souhaiter le renforcement d'un principe de présence, principe directeur du procès encore en devenir.

En premier lieu, ***la présence*** est apparue comme un véritable ***mode d'organisation du procès*** (**Partie 1**). Puisque l'organisation de la présence en droit processuel est aujourd'hui remise en cause, il était nécessaire d'étudier la place qu'elle doit occuper parmi les modes d'organisation du procès.

La notion de présence appartenant au vocabulaire usuel et n'étant *a priori* pas dotée d'un contenu juridique, la notion juridique de présence a d'abord dû être identifiée, afin de pouvoir affirmer qu'il s'agit bien d'un ***mode d'organisation spécifique des rapports processuels*** (**Titre 1**).

L'identification du contenu juridique de la notion de présence permet alors de la définir positivement comme caractérisant un *lien processuel* (**Chapitre 1**) entre une personne et une opération procédurale. La présence peut en effet se définir comme le fait de se trouver personnellement et physiquement dans le lieu où se déroule l'opération procédurale, cette dernière étant entendue comme le processus de réalisation d'une action de nature procédurale. Cette première définition invite d'ores et déjà à admettre que la présence des différents protagonistes du procès doit nécessairement s'entendre d'une présence immédiate, c'est-à-dire sans intermédiaire, ni technologique – par le biais de la visioconférence –, ni humain – par le biais de la représentation. La distinction entre présence d'une part et représentation et visioconférence d'autre part est absolument nécessaire afin de pouvoir considérer la présence comme une notion juridiquement efficace. Il est vrai que le droit positif semble parfois tenir pour équivalents sur le plan des effets juridiques ces différents modes de participation au procès. Pourtant, la distinction est particulièrement nécessaire dans la mesure où les avantages de la proximité physique, permis par la seule présence des parties et des tiers au procès, peuvent être compensés mais non égalés par la représentation ou la visioconférence. Il faut donc refuser l'assimilation de la représentation à une forme de « présence juridique » et celle de la visioconférence à une forme de « présence virtuelle », sous peine d'entretenir la confusion. N'est donc présent à une opération procédurale que celui qui est *physiquement* et *en personne* dans le lieu où se déroule ladite opération, et en cela il est possible d'envisager la présence comme un mode d'organisation des rapports processuels.

L'intérêt d'appréhender la présence comme un véritable mode d'organisation du procès est en outre renforcé dès lors que la présence n'est pas absorbée par d'autres concepts de droit processuel tels que le droit d'accès au juge, le droit d'être entendu, le contradictoire ou encore l'oralité, bien qu'il existe indéniablement des liens entre eux. Partant, la présence se révèle comme une véritable *notion autonome du droit processuel* (**Chapitre 2**) et affirme ainsi sa spécificité parmi les modes d'organisation du procès. Il est vrai en effet que les notions processuelles sont enchevêtrées les unes aux autres et l'on peut aisément constater des liens entre la notion de présence et celles, bien connues du droit processuel, d'accès au juge, de droit d'être entendu, de contradictoire ou d'oralité. La présence en effet facilite le respect de ces garanties et principes processuels. Intuitivement, il est tentant d'affirmer que le plaideur présent a accès à son juge, peut être entendu par lui et débattre contradictoirement et oralement plus facilement que le plaideur absent. Ce constat n'entraîne pourtant pas la négation de l'autonomie de la présence, en tant que mode d'organisation du procès. Aucune

de ces garanties ni aucun de ces principes n'absorbe totalement la présence et n'en explique toutes les manifestations. La présence des parties comme des tiers est parfois organisée alors même que juridiquement, elle est indifférente à la mise en œuvre de ces garanties et principes, tout autant servis par la représentation ou la visioconférence. Partant, la présence se révèle comme une véritable notion autonome du droit processuel et affirme ainsi sa spécificité parmi les modes d'organisation du procès.

La légitimité de la présence à prendre place parmi les modes d'organisation des rapports processuels s'est en outre confirmée par la démonstration de son utilité (**Titre 2**). *L'utilité de la présence en tant que mode d'organisation du procès* a ainsi été éprouvée au regard des enjeux actuels d'un droit processuel, lequel est enserré entre une logique protectrice des droits fondamentaux et une logique économique visant à rationaliser les procédures.

Aux regards de ses *enjeux juridiques (Chapitre 1)*, la présence des acteurs comme des collaborateurs du procès apparaît comme un terreau fertile permettant l'épanouissement d'une solution juste adoptée au terme d'un processus de résolution du litige de qualité. A cet effet, la présence remplit plusieurs fonctions et est parée de nombreuses vertus. Elle permet d'abord, par la confrontation immédiate et instantanée des points de vue de les rapprocher, et à défaut de s'approcher autant que faire se peut de la vérité détenue par les Hommes. Ces deux fonctions, conciliatrice et heuristique, favorisent la recherche d'une situation juste, considérée comme telle parce que restaurant le lien social en résolvant un litige par une solution acceptable et acceptée des parties. C'est sans doute à cet endroit que la présence revêt ses atours les plus importants, parce qu'ici plus qu'ailleurs, les alternatives à la présence n'ont pas la même efficacité. L'intervention d'un intermédiaire humain peut en effet empêcher le rapprochement des points de vue puisque les avocats représentant leur client sont tenus par les limites de leur mandat. L'intervention d'un intermédiaire technique peut également être considérée comme un frein à l'obtention d'un tel accord si l'on admet d'une part que d'un point de vue psychologique, le langage du corps et des regards prend une part très importante dans la construction des rapports humains et d'autre part que la présence d'un écran entre les différentes parties brouille cette forme de communication. La même conclusion s'impose au regard de la fonction heuristique de la présence, et ce pour les mêmes raisons. La vérité matérielle ne peut sans doute jamais être atteinte, mais il est possible de s'en approcher au plus près en sondant les esprits des Hommes. Certes, il ne faut pas galvauder au regard de ces

seuls arguments l'intérêt de la présence en droit processuel. Il faut reconnaître en effet que, dans la société technocratique actuelle, les rapports juridiques interhumains se technicisent, et la vérité utile à la résolution d'un contentieux technique n'est sans doute pas accessible de la même manière que celle d'un contentieux résolument humain tel que celui relatif à la matière pénale, familiale ou sociale. Mais, même dans les contentieux techniques, la présence conserve un intérêt puisqu'elle contribue à améliorer le processus décisionnel d'une part en offrant aux parties des garanties protectrices supplémentaires, en concourant notamment à améliorer la qualité du contradictoire, et d'autre part en leur permettant de mieux comprendre le verdict qui leur est imposé. Sur le terrain juridique, la présence est donc un terreau fertile permettant l'épanouissement d'une solution juste, adoptée au terme d'un processus de résolution du litige de qualité.

Toutefois, le droit est une science sociale et la société est aujourd'hui aux prises avec une logique économique de marché qui impose des contraintes croissantes sur le budget des institutions et en particulier sur celui de l'administration judiciaire. Or, l'organisation de la présence pouvant être perçue comme chronophage et coûteuse – les deux aspects étant d'ailleurs liés, il fallait alors confronter l'organisation de la présence à ses *enjeux économiques (Chapitre 2)*. Il est vrai qu'intuitivement, on perçoit qu'un tel mode de participation au procès impose des lourdeurs, parce qu'il faut rendre matériellement possible la réunion des différents acteurs et collaborateurs du procès, ce qui représente indubitablement un coût. Mais s'il faut évidemment prendre en considération les réalités matérielles, il ne faut pas non plus faire preuve de trop de pessimisme. Et il s'avère que sur le plan économique également, la présence peut être bénéfique en ce sens que l'analyse économique du procès montre que les processus de règlement amiable des litiges, dont la réussite est largement conditionnée par la mise en présence des différents acteurs, sont de véritables sources d'économies judiciaires. Et en dernière analyse, quand bien même la présence aurait un coût certain, la Justice reste, au sens même de l'analyse économique, un bien idéal, c'est-à-dire un bien tendu vers une valeur, qui ne peut pas conséquemment pas être appréhendée par le seul prisme d'une analyse purement économique. Cette qualité de bien idéal de la Justice doit être préservée car la Justice ne peut être réduite à une simple administration dont il faudrait augmenter la rentabilité. Par conséquent, il n'est certainement pas souhaitable de sacrifier les vertus juridiques de la présence au nom de la logique économique.

La présence s'affirme donc comme un mode d'organisation spécifique du procès, dont l'utilité de la mise en œuvre a été révélée à la lueur de ses enjeux juridiques et de son impact économique. Toutefois, le constat de la légitimité abstraite de la présence en tant que technique d'organisation des rapports processuels ne suffit pas à l'ancrer au cœur du droit processuel. Cet ancrage ne peut en effet être opérationnel qu'à la faveur d'une reconnaissance de la présence par l'ordre juridique normatif.

En second lieu, il fallait donc vérifier qu'en plus d'être légitime, la présence est concrètement reconnue par l'ordre normatif processuel, en d'autres termes qu'il existe une véritable *norme de présence en droit processuel* (Partie 2).

Adoptant une démarche inductive, la question de la normativité de la présence ne pouvait être résolue qu'en observant, dans un premier temps, les manifestations de la présence en droit processuel pour pouvoir identifier d'éventuelles *situations juridiques de présence* (Titre 1). A cet égard, la présence des acteurs comme des collaborateurs du procès se révèle être organisée par le droit positif grâce à un complexe de charges et de prérogatives présentes relativement dense qui révèle le paradoxe de la présence en droit processuel.

D'abord, les *charges de présence* (Chapitre 1) sont multiples qui pèsent à la fois sur les acteurs du procès que sont les parties ou les « parties potentielles » et sur les collaborateurs du procès, témoins ou techniciens de la procédure. Théoriquement toutefois, ces charges présentes ne sont pas de même nature. A côté de véritables devoirs de présence érigés dans l'intérêt général afin de faciliter la manifestation de la vérité, il se trouve en effet quelques incombances de présence érigées cette fois dans l'intérêt des parties. Cet ensemble de charges présentes, composé de devoirs et d'incombances met toutefois en lumière le contraste assez net entre, d'une part, les prescriptions légales et d'autre part, l'effectivité réelle de ces différentes charges, qui paraît faible voire affaiblie. Sans pour autant disparaître de l'arsenal juridique, ces charges présentes semblent en effet sur une pente déclinante, en raison d'un recul de leur domaine comme de leurs sanctions. Il y a d'ailleurs, en cela, un indice de la transformation de la physionomie du procès qui est aujourd'hui à l'œuvre. Reposant sur des règles d'ordre public, la matière est aujourd'hui inondée par un courant de subjectivisation du droit processuel qui trouve sa source principale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Ensuite, cette oscillation hésitante du droit positif entre souhait de donner à la présence une véritable assise juridique et difficultés à la mettre en œuvre est également perceptible s'agissant des *prérogatives présentes* (**Chapitre 2**). Il existe en effet un véritable droit de présence accordé aux parties au procès qui consiste à pouvoir être mises en mesure d'être présentes au cours des opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige, à côté duquel coexistent le pouvoir de présence dans l'intérêt d'autrui offert aux personnes assistant des incapables majeurs et celui détenu par le ministère public dans l'intérêt général. Ces différentes prérogatives présentes, assorties de sanctions, s'effacent toutefois devant certains impératifs qui lui sont contradictoires tels que la bonne administration de la justice ou la protection de l'ordre public.

Ainsi, le paradoxe qui se révèle à l'étude des situations juridiques présentes est à l'image des incertitudes qui semblent régner en droit positif quant à la place qu'occupe véritablement la présence en droit processuel. La présence des différents protagonistes du procès s'affirme comme devant être une règle de principe, mais si l'on observe les seules situations juridiques présentes particulières, son assise juridique est instable et susceptible d'être remise en cause.

Cette assise juridique pourrait néanmoins être renforcée si l'on voulait bien reconnaître, dans un second temps, l'existence d'un véritable *principe de présence, principe directeur du procès* (**Titre 2**). Une telle reconnaissance est en effet possible dès lors que les situations juridiques présentes particulières découlent en réalité d'une norme plus générale, dont la nature est assimilable à celle des principes directeurs du procès.

Cette norme générale exerce en effet la même *action normative* (**Chapitre 1**) que celle, caractéristique, des principes directeurs du procès. Assurément, il est une norme générale de présence qui exerce une action directive, propre à insuffler au législateur comme au juge l'esprit des solutions qu'ils doivent adopter. Cette norme de présence, dotée d'une fonction explicative restaurant la cohérence du complexe de situations juridiques présentes, sert ainsi de jalons d'interprétation pour le juge et de source d'inspiration pour le législateur. Il faut cependant reconnaître que cette norme n'exerce pas de véritable action contraignante dans l'ordre juridique processuel. Ce défaut de sanction de la norme générale de présence, du reste en adéquation avec l'effectivité toute relative des situations juridiques qui en découlent, n'est cependant pas de nature à remettre en cause le caractère normatif de celle-

ci, puisque la norme générale de présence peut servir de modèle. Elle interroge en revanche sa normativité juridique, en d'autres termes sa juridicité.

Il fallait donc achever l'étude par un examen approfondi de la nature de cette norme générale pour déterminer si elle peut ou non accéder au rang de principe juridique positif au regard des critères définitoires de cette catégorie de normes, en d'autres termes pour déterminer la *qualification de la norme de présence (Chapitre 2)*. La conclusion qui s'impose alors ne surprend guère. La norme de présence est une norme d'inspiration axiologique, générale, flexible, ce qui la rapproche indubitablement des principes directeurs du procès au regard des critères matériels de cette catégorie de norme. Mais l'imperfection de sa reconnaissance formelle dans l'ordre juridique positif la cantonne au rang de principe directeur doctrinal, et ne lui permet pas par conséquent de s'affirmer aujourd'hui en tant que véritable principe juridiquement normatif.

*In fine*, ce qui était perceptible dès l'introduction de ce propos est confirmé à l'issue de l'étude. La présence, en tant que mode d'organisation des rapports processuels, doit conserver une place privilégiée au sein du droit processuel, mais son assise juridique est instable, voire indéfinie, en raison du caractère latent du principe directeur du procès qui la porte. Sa révélation en tant que principe juridique positif est aujourd'hui davantage suspendue à un choix politique qu'à une reconnaissance scientifique. Ce choix est en réalité lourd de sens et de conséquences. Il s'agit, ni plus ni moins, de choisir le visage que l'on veut dessiner de la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle. La reconnaissance explicite d'un principe de présence juridiquement normatif, selon lequel *les opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige se déroulent en présence des parties et des tiers impliqués*, permettrait, d'une part, aux parties d'assister aux opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige et, d'autre part, imposerait cette présence à toute personne susceptible de concourir par sa présence à la manifestation de la vérité ou à la protection de l'intérêt général. Ce principe pourrait ainsi servir de rempart à la fois contre la déshumanisation et la marchandisation de la Justice. Il faut s'entendre : il ne s'agit pas de faire du principe de présence un principe absolu, non dérogeable, mais seulement d'en renforcer l'autorité pour anticiper les questions qui ne manqueront pas de se poser dans les années, voire les décennies à venir, en raison de l'innovation sans cesse croissante autour des technologies de l'information et de la communication. Il ne s'agit pas non plus de s'inscrire dans une démarche réactionnaire, mais seulement dans une démarche de réaction à la voie dangereuse que pourrait emprunter la

Justice du XXI<sup>e</sup> siècle si la voie du progrès technique et économique conduisait à trop s'écarter de celle du progrès social.

Si le droit est une science sociale, le droit processuel doit être à l'avant-garde de la préservation du visage humain des rapports sociaux, sauf à admettre, à rebours des intérêts des parties comme de l'intérêt général, que les cours de justice puissent ressembler à des cours royales où le roi-juge pourrait discrétionnairement s'opposer à la présence de ses sujets-justiciables, et où ceux autorisés pourraient, à leur guise, jouer avec les apparences et se servir de « *l'expédient de l'absence* »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> B. GRACIAN, *L'homme de cour*, (texte original de 1647), Gallimard, 2010, Coll. Folio Classique, Maxime CCLXXXII, p. 523.