



**HAL**  
open science

## Une introduction. Le droit au juge : un droit autopoïétique

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. Une introduction. Le droit au juge : un droit autopoïétique. Du “ droit constitutionnel au juge ” au “ droit au juge constitutionnel ” ? Perspectives de droit comparé, sous la direction de L. GAY et C. SEVERINO, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Collection “ Colloques et essais ”, 2020, pp. 11-16., 2020. hal-02885311

**HAL Id: hal-02885311**

**<https://hal.science/hal-02885311v1>**

Submitted on 30 Jun 2020

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

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

Une introduction

Le droit au juge : un droit autopoïétique

Xavier Magnon

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,  
CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Je me permettrai de débiter ce rapport introductif par une allégorie forte, qui permettra de situer d'emblée la hauteur des réflexions qui seront menées aujourd'hui : le droit au juge est un *droit autopoïétique*. Et, là, je pourrais m'arrêter, me lever, partir et, dans cette belle mise en scène universitaire, vous laisser méditer sur cette formule d'une clarté bien obscure, d'autant plus impressionnante qu'elle est à la hauteur du niveau d'obscure clarté qu'elle recèle. A l'heure du monde post-vérité, ne nous laissons pas impressionner par les concepts d'affichage, vides de sens, sous peine de sombrer, nous aussi, dans l'obscurantisme.

Un droit autopoïétique... l'adjectif est mal choisi, il révèle la qualité d'un système de se produire lui-même, mais je n'en ai pas trouvé de meilleur. Le droit au juge est un droit autopoïétique en ce qu'il assure l'effectivité des valeurs qui sont à l'origine de son existence, l'Etat de droit, ou qui le constituent, les droits fondamentaux.

Le droit au juge est une exigence de l'Etat de droit. Si l'on retient une définition formelle de l'Etat de droit et pour ne retenir ici que l'élément qui nous intéresse, ce concept politique impose l'existence d'organes de contrôle chargés de veiller au respect de la régularité dans un système juridique<sup>1</sup>. Le droit au juge concrétise précisément cet élément et donc l'exigence politique de l'Etat de droit et en défend l'effectivité. Le droit au juge est ainsi un droit au service de l'Etat de droit. Le droit au juge est donc à la fois imposé par les exigences de l'Etat de droit et il est le moteur de la dynamique de celui-ci.

Le droit au juge concrétise également la justiciabilité des droits fondamentaux en général. Il est un droit premier, un droit instrumental, un droit-garantie du respect de tous les autres droits. Il garantit la justiciabilité des autres droits. Si l'on reprend la définition théorique des droits fondamentaux proposées par Otto Pfersmann pour retenir les éléments qui nous intéressent ici, l'on retiendra qu'il est nécessaire pour identifier dans un système donné des « droits fondamentaux » que :

- il existe un *organe juridictionnel* de contrôle habilité à annuler des normes fautives (...) ou d'empêcher que des actes ayant une telle signification puissent devenir des normes du système ;

---

<sup>1</sup> Voir, pour une définition en ce sens : O. Pfersmann, in *Droit des libertés fondamentales*, sous la direction de L. Favoreu, Dalloz, Précis, Droit public - Science politique, 2<sup>ème</sup> édition, § 73.

- il existe des organes habilités à saisir l'organe juridictionnel de contrôle en cas de violation (les « *titulaires* »)<sup>2</sup>.

Le droit au juge apparaît comme une concrétisation de ces deux éléments constitutifs de ce que sont les droits fondamentaux. Le droit au juge est droit fondamental particulier, tout en étant un élément de définition de cette catégorie.

Cette qualification générique éclairée, le droit au juge semble devoir poser deux questions de sens, si l'on considère qu'un rapport introductif à un colloque vise précisément à poser, voire à résoudre, les questions de sens. Sans surprise, deux questions semblent devoir être abordées : l'une qui concerne le droit au juge mais qui le dépasse, à savoir celle de l'identification théorique de ce qu'est un « droit » et donc de la nature d'un *droit* (§ I) par opposition à une liberté ; l'autre, qui lui est spécifique, concerne la concrétisation normative de ce droit au juge (§ II).

### § I – L'identification théorique d'un « droit » au juge

Voilà une question qui ne me paraît pas avoir reçu aujourd'hui de réponse tout à fait satisfaisante<sup>3</sup> : la distinction entre un droit et une liberté.

Il me paraît décisif de l'aborder sous un angle théorique et juridique. Sous ce dernier angle, et il s'agit là d'un programme de travail général que je me suis récemment assigné à la suite d'un travail entrepris pour un colloque antérieur : il faut pouvoir proposer une définition théorique d'un « droit » à partir de la logique déontique, spécifique aux énoncés prescriptifs<sup>4</sup>. Tous les concepts qui ont une dimension juridique doivent ainsi pouvoir être énoncés sous la forme d'une obligation, d'une interdiction, d'une permission ou d'une habilitation.

L'on doit à Otto Pfersmann une proposition convaincante de définition théorique et juridique des « droits fondamentaux » comme recouvrant, pour ce qui concerne seulement les énoncés qui les contiennent, « des *permissions* (...) au bénéfice de toutes les personnes (relevant du système) en règle générale, et au bénéfice des classes plus générales de personnes à titre exceptionnel (les « bénéficiaires » )<sup>5</sup>. Les droits fondamentaux sont donc des *permissions d'agir*. Ainsi définis, les droits fondamentaux ne sauraient recouvrir que les libertés et non pas les droits. Les *droits* ne sauraient être confondus avec les *libertés* et seules ces dernières seraient des *droits fondamentaux*. La liberté du travail constituerait donc un droit fondamental, qui implique une permission de

---

<sup>2</sup> O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie [formelle et normativiste] des droits fondamentaux », in *Droit des libertés fondamentales*, sous la direction de L. Favoreu, Dalloz, Précis, Droit public - Science politique, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 82, § 86.

<sup>3</sup> Voir, mettant en évidence toutes les difficultés de la distinction en termes de sens : A. Viala, « Droits et libertés (Distinction) », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la direction de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials et F. Sudre, PUF-Quadrige Dico Poche, 2008, pp. 327-330.

<sup>4</sup> Il s'agit, plus largement, tel est le programme, de pouvoir poser des définitions juridiques de tous les concepts mobilisés par la science du droit à partir des énoncés déontiques ou à partir de tout autre élément de définition de la norme juridique ou encore par référence à la norme juridique.

<sup>5</sup> O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie [formelle et normativiste] des droits fondamentaux », *précit.*, p. 82, § 86.

travailler alors que le droit au travail, qui permet d'obtenir un emploi n'est pas un droit fondamental ; de la même manière, seule la liberté d'enseignement et non pas le droit à l'enseignement est un droit fondamental.

L'on peut considérer que seules les libertés sont des éléments constitutifs des droits fondamentaux, ce qui apparaît cependant, au regard des exemples précédents, comme étant, pour le moins, contre-intuitif. De plus, si l'on se propose de poser une définition stipulative, censée décrire une réalité déterminée, rien ne saurait nous imposer de maintenir une conception des droits fondamentaux exclusivement axée sur les permissions d'agir. Nous étendrons donc cette conception des droits fondamentaux, limitée aux libertés, aux droits, ce qui nous paraît être mieux à même de décrire de manière satisfaisante ce que sont les droits fondamentaux dans les systèmes juridiques qui les reconnaissent.

Encore faut-il formaliser les énoncés qui posent des *droits*. Dans un écrit antérieur, j'avais considéré, en m'inspirant en particulier des travaux de L. Gay et de D. Ribes<sup>6</sup>, qu'un droit est une *obligation de prestation* de la part d'un obligé au profit d'un bénéficiaire<sup>7</sup>. L'énoncé formalisant un *droit* reprend l'une des comportements susceptibles d'être couvert par un énoncé prescriptif, à savoir une *obligation*. Au moment de revenir ici sur cette question à propos du droit au juge, je ne suis pas certain d'être toujours autant convaincu par cette définition, même si elle est pertinente pour intégrer le droit au juge dans la catégorie des « droits ».

De manière spontanée, au moment de revenir sur cette définition, le droit au juge m'apparaît comme une *habilitation*, une habilitation d'un organe, à savoir le justiciable, à saisir un organe de contrôle de la régularité, un juge en l'occurrence. Peut-on transposer cette lecture à l'ensemble des éléments de la catégorie des droits ? L'*habilitation* me paraît plus simple que la définition précédente (*obligation de prestation* de la part d'un obligé au profit d'un bénéficiaire...), même si elle n'en est pas pour autant immédiatement convaincante. De plus, en formulant le droit par l'*habilitation*, est mis en avant le bénéficiaire du droit fondamental et non pas celui qui est contraint par ce dernier comme avec l'*obligation*.

---

<sup>6</sup> L. Gay retient comme « droits-créances » au sens strict les « droits à prestations matérielles » (*Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, p. 547), après les avoir définis, dans un sens large et liminaire, comme les droits « consacrés par des dispositions constitutionnelles qui mettent à la charge de l'Etat une obligation d'intervention positive en vue de répondre à un certain nombre de besoins fondamentaux de la vie humaine, besoins matériels (droit à l'emploi, droit à la protection contre les risques ordinaires ou « exceptionnels » de l'existence) et intellectuels (droit à l'éducation, à la culture...) » (p. 13).

Selon la définition originale proposée par D. Ribes, un droit fondamental constitue « l'assurance juridique d'une expectative de conduite déterminée prenant la forme d'une obligation de tolérance et/ou une obligation de développement de cette conduite » (*L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, 2005, Aix-en-Provence, thèse dactyl., p. 76).

<sup>7</sup> Voir : « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », in *Le droit d'accès à la justice en droit de l'environnement*, sous la direction de J. Bétaille, LGDJ-Lextenso PUT1C, 2016, pp. 27-48.

Quelle serait alors la lecture du droit au travail ou du droit à l'éducation sous l'angle d'une habilitation ? Peut-être convient-il de combiner l'*habilitation* avec l'*obligation de prestation*, du moins est-ce la piste de réflexion que nous proposons de soumettre à la discussion ? Un droit serait alors une *habilitation conférée à un bénéficiaire donné d'obtenir d'un obligé une certaine prestation*, qu'il s'agisse d'un emploi, d'un enseignement ou d'un jugement. Le droit au juge sera donc une habilitation donnée à un bénéficiaire, le justiciable, d'obtenir d'un obligé, le juge, une certaine prestation, un jugement. Cette définition générale mérite d'être nourrie par la concrétisation normative qu'il est possible d'en tirer.

## § II – La concrétisation normative du « droit au juge »

La concrétisation normative du droit au juge témoigne de l'étendue considérable que recouvre ce droit. Pour respecter le programme proposé plus haut, à savoir la formulation de concepts juridiques à partir des énoncés déontiques, il conviendra ici encore de respecter le programme. Au regard de la définition du droit au juge retenue, une *habilitation conférée à un bénéficiaire donné d'obtenir d'un obligé une certaine prestation*, il s'agira ici d'explicitier, de manière analytique, quels sont les éléments de concrétisation de ce droit, d'une part, à partir de l'*habilitation* et, d'autre part, à partir des *prestations* potentiellement rattachables au droit au juge, même si c'est en combinant ces deux dimensions qu'il sera possible de concrétiser des obligations génériques matérialisant le droit au juge.

Du côté de l'*habilitation*, et donc du « droit », il est une dimension, d'ordre *qualitative*, qui doit être dégagée : l'effectivité de l'*habilitation* et donc l'effectivité de l'accès au juge. Plusieurs éléments peuvent être inclus sous cette dimension qualitative d'accessibilité au juge sans que la liste ici dressée ne soit exhaustive : aide financière pour accéder au juge, nombre de juges disponibles, conditions de recevabilité du recours, représentation obligatoire ou facultative par un avocat, accessibilité et intelligibilité des formalités nécessaires pour accéder au juge...

du côté des *prestations*, et donc du « juge », le droit au juge présuppose l'*existence d'un juge*, que nous définirons comme un organe, indépendant des parties concernées par son office, chargé de la régularité au sein de l'ordre juridique<sup>8</sup>. Il le présuppose voire l'exige. Reste encore à déterminer *quels juges* peuvent être concernés par ce droit et, l'une des questions posées par ce colloque, consiste précisément à savoir si le juge constitutionnel peut être considéré comme un juge susceptible d'être couvert par ce droit. La question de savoir quels juges sont concernés renvoie à deux questions : le niveau des juges au sein d'une architecture juridictionnelle hiérarchisée (première instance, appel, cassation) et les compétences de ces juges. Sur ce dernier point, il est possible de revendiquer l'existence d'un juge spécialisé dans un domaine particulier, comme un

---

<sup>8</sup> Voir pour une telle lecture : Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Long cours. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Bon*, Dalloz, 2014, pp. 314-315.

juge environnemental ce qui sera abordé aujourd'hui. Une autre question porte encore sur les *qualités* dont doivent disposer les juges : indépendance, impartialité, collégialité...

D'autres éléments méritent d'être discutés. La qualité du procès (publicité des audiences, caractère équitable du procès...) ne semble pas devoir entrer dans le *droit au juge* mais relever précisément de *droits liés au procès*. Peut-être est-il plus discutable d'écarter la question de la portée du jugement rendu par le juge. L'existence d'un juge présuppose qu'il s'agit pour celui-ci de résoudre un litige en adoptant une décision obligatoire pour les parties et opposable aux tiers. Ne pas reconnaître cet effet-là remettrait en cause l'existence même d'un juge. L'on peut en tout état de cause reconnaître que la question de la *portée du jugement* peut indirectement être rattachée au droit au juge. C'est peut-être de la même manière qu'il faut appréhender les questions liées à la *procédure* (respect du contradictoire et des droits de la défense) : directement, il n'est pas question de droit au juge, mais, indirectement, si le déroulement de la procédure affecte la capacité du juge d'exercer sa mission, le droit au juge peut être affecté.

Les éléments qui relèvent de chacune de ces deux dimensions se combinent entre eux pour concrétiser de manière variable le droit au juge, selon une intensité différente. Ainsi, un droit d'accès à un juge particulier, à savoir le juge constitutionnel, soulève des questions d'accessibilité avec une acuité différente qu'en présence d'autres juges. Le caractère restrictif de l'accès au juge sera plus facilement admis en présence du juge constitutionnel qu'en présence d'un juge de droit commun de première instance. Dans le même sens, selon les compétences conférées aux juges, l'on peut admettre que l'exigence de collégialité ne s'impose pas de la même manière. Un juge unique constitutionnel semble difficilement admissible, quand un juge unique pour traiter des questions de divorce paraît suffisant.

Telles sont, les questions générales de sens, préliminaires à la réflexion, qui semblent devoir être mises en lumière et être ainsi soumises à la discussion des différents intervenants.