

L'américanisation du droit ou la création d'un mythe

Jean-Claude MAGENDIE

Président du Tribunal de Grande Instance de Paris

RÉSUMÉ. — L'influence américaine n'est pas sans avoir déjà imprégné notre droit, notamment en matière pénale. Pourtant, en droit français, si la place du juge ne cesse de grandir, l'influence de la loi reste considérable. Les magistrats et les avocats français ne s'apparentent pas à leurs homologues américains au regard de leur désignation comme de l'exercice de leurs fonctions. Il semble que nous assistions aujourd'hui davantage à une américanisation de la manière de penser la justice qu'à une américanisation de l'institution judiciaire elle-même.

À l'heure où l'Amérique elle-même est « en procès », où Coca-Cola et McDonald apparaissent comme des symboles à détruire, force est de constater qu'en de multiples domaines, grâce à de puissants outils militaires, diplomatiques, politiques, économiques, technologiques, peut-être aussi juridiques, l'Amérique n'en conserve pas moins sa tendance à l'hégémonie.

L'influence du droit américain paraît de plus en plus prégnante. L'américanisation du droit a tendance à concerner un nombre croissant de disciplines ; elle s'attaque aux fondements de notre système juridique, voire judiciaire ; les expressions mêmes du droit américain ne sont pas sans influencer sur la terminologie employée dans plusieurs branches de notre droit, singulièrement en droit boursier et plus généralement en droit des affaires...

En même temps que nous en dressons le constat, nous devons nous demander si le système juridique américain est transposable en France. Il l'est probablement, au moins partiellement, puisqu'il a déjà pénétré et transformé notre droit.

Est-il cependant souhaitable que nous renoncions à la spécificité de notre système juridique pour copier les pratiques d'Outre-Atlantique ? Ne sommes-nous pas en train de perdre, dans cette aventure, notre identité, en promouvant d'autres valeurs que celles que véhiculait jusqu'ici notre droit ?

Pour tenter de répondre à ces questions, il ne suffit pas de s'intéresser à la technique juridique. Il importe aussi d'en envisager les enjeux, de découvrir – pour reprendre l'expression de Bruno Oppetit – « la texture philosophique qui entoure le droit ». C'est [p. 13-19]

en effet en dépassant l'immédiateté des règles de droit que l'on peut percevoir quelles sont ses finalités.

Le droit est médiation. Médiation entre « le juste et le raisonnable, entre l'individuel et le social, entre le consensus et le conflit » (B. Oppetit).

Tout système juridique véhicule des valeurs propres à une civilisation. La Révolution française ne s'est-elle pas faite par le droit ? Les idées force de la Révolution ont en tout cas été véhiculées et propagées par Napoléon à travers le Code civil de 1804. Certes, il est maintenant révolu le temps où, grâce à la philosophie des Lumières, notre législation apparaissait comme le reflet des tendances philosophiques de l'époque. Moins engagé, notre droit contemporain n'en continue pas moins de porter les valeurs de notre Société.

Notre droit en effet ne se réduit pas à fournir des solutions, à ce que l'on appellerait aux États-Unis une *case method*.

C'est là que l'on mesure l'écart considérable entre le *Suum cuique tribuere* d'Ulpian au *Digeste* et les doctrines juridiques américaines faites de pragmatisme et d'empirisme. Songeons que pour Holmes, l'essence du droit était d'être créé par les tribunaux : ceux-ci exercent une fonction médiatrice entre les aspirations et les intérêts des masses populaires et leur traduction en règles juridiques.

Ainsi, à travers les diverses manifestations de l'anticonceptualisme et de l'antiformalisme américains, on voit apparaître une conception du droit fondamentalement éloignée de celle dont notre droit se voulait porteur.

Certes, on assiste depuis quelque temps à une sorte de réhabilitation par les grands courants de pensée nord-américains d'une philosophie du droit plus proche de celle qui véhicule les valeurs que nous avons héritées du droit romain et même de la philosophie grecque.

Il reste que la recherche de justice de John Rawls – à travers ce concept d'équité (*fairness*) qui ne correspond pas à nos catégories –, pas davantage que le projet philosophique de Ronald Dworkin, ne sauraient rendre compte des valeurs qui fondent nos institutions judiciaires et plus largement notre droit.

Le système américain infiltre le droit français jusque dans ses institutions judiciaires. Il nous faut dès lors dresser le constat des ombres d'américanisation déjà portées sur l'institution et perceptibles au sein des professions judiciaires.

1

Amenés à s'exprimer aux côtés d'éminents universitaires, magistrats et avocats se doivent de privilégier une approche du sujet susceptible de mettre en lumière les principaux lieux d'ouverture de notre droit français à l'américanisation.

Au regard tout d'abord de l'ordre judiciaire civil, le propos de Marie-Dominique Trapet¹ tend à montrer – en totale harmonie avec celui du Professeur Loïc Cadiet² –, que l'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire n'est pas, en l'état de

¹ Cf. « L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire » dans ce numéro.

² Cf. « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe ou réalité » dans ce numéro.

l'évolution de notre droit, vérifiée en procédure civile, la frénésie procédurière que l'on rencontre aux États-Unis n'ayant pas encore atteint la France, où le juge ne s'est pas encore « substitué au législateur dans la révélation du droit »³, même si son rôle a naturellement évolué depuis Montesquieu.

Issu d'un système de droit écrit, le droit français reste ordonnateur, normatif, cependant que le droit américain est par essence contentieux, jurisprudentiel.

À partir du constat selon lequel la notion d'équité se retrouve – ici comme substantif, là comme adjectif –, à la fois dans les droits anglo-saxons et dans le droit « supranational » européen où elle se décline en « procès équitable », Marie-Dominique Trapet s'est surtout attachée à enquêter sur l'hypothèse – sinon le risque – de l'américanisation de notre justice à partir de la place qu'occupe désormais dans notre droit la Convention européenne des droits de l'homme, et singulièrement son article 6-1 qui pose le droit pour chaque citoyen de faire entendre sa cause « *équitablement*, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial ».

La notion de *procès équitable*, qui « renferme à elle seule toute la mesure des exigences de la jurisprudence européenne », ne doit pas être confondue avec « l'équité *subjective*, celle que l'on soupçonne facilement d'être arbitraire, celle que l'on met en œuvre *in concreto* pour assouplir ou adapter une règle de droit trop stricte. Il ne s'agit pas de la fonction de complètement du droit telle que l'exerçait en Angleterre le chancelier *d'equity* et avant lui, à Rome, le préteur. L'équité du procès, c'est au contraire une équité *objective*, dotée d'une valeur générale, qui seule peut rassurer sur le respect des garanties fondamentales d'une bonne justice. Cela est tellement vrai que dans la version anglaise du fameux article 6-1, l'équivalent du mot français « équitable » n'est pas « *equity* », mais « *fair* », c'est-à-dire loyal ». Et l'auteur de proposer de qualifier l'équité de « notion *morale juridicisée*, cependant que le procès équitable serait une notion *juridique moralisée* ».

Au terme de sa démonstration, notre collègue estime que si une influence s'exerce sur le droit français, ce n'est pas du côté du délire procédurier – ou procédural – américain qu'il faut la chercher, mais bien du côté du droit européen. En effet, ce sont les impératifs énoncés par la Convention et par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, s'imposant en droit interne, inspirent – ou en tout cas engendrent – des réformes concernant les exigences procédurales et l'organisation judiciaire elle-même.

Ainsi donc, même lorsque le législateur français perd une part de sa souveraineté au profit de textes supranationaux, le juge ne gagne rien en prestige. Il reste serviteur de la loi et du droit. Simplement, au lieu d'appliquer le seul droit français, il tient également compte des normes communautaires.

En matière civile, un « procès équitable » est un procès loyal, qui offre aux protagonistes l'égalité des armes, en un mot : un procès équilibré, supposant tout à la fois une audience publique, l'accès à un tribunal indépendant, impartial, respectueux des règles de la procédure, et qui rend une décision motivée dans un délai raisonnable. Le souci quasi obsessionnel du juge moderne est bien de favoriser un « procès équitable ». Placé sous haute surveillance⁴, le juge français « a peu de risque de suivre la dérive

³ L'expression est du Professeur François Terré.

⁴ Faut-il rappeler ici, comme le fait M.-D. Trapet, que la Cour de cassation elle-même se montre particulièrement sensible à la jurisprudence de la Cour européenne puisqu'après avoir [p. 13-19]

américaine et de se comporter en shérif. Et les décisions qu'il rend "Au nom du peuple français" bénéficient de plus en plus du label de qualité européen : "procès équitable". »

1

Le phénomène d'américanisation se développe en tout cas jusque dans l'organisation des importants cabinets d'affaires internationaux, où tout se pense et se « fait » en américain. L'organisation américaine se refléterait-elle jusque dans le travail du magistrat et de l'avocat ?

Des avocats se sont récemment intéressés à la structure et le mode de fonctionnement des cabinets d'avocats ainsi que leur évolution, mais aussi à l'organisation et au pouvoir des associations professionnelles, à travers notamment l'appréhension qui en est faite dans le *Rapport Nallet*⁵.

En ce qui concerne les magistrats, ni le mode de désignation des juges⁶, ni même l'exercice de leurs fonctions ne subit en France de réelle influence américaine, même si l'existence de syndicats professionnels représentatifs et actifs n'est pas sans parenté avec le *lobbying* et si les modes alternatifs de règlement des conflits (médiation ou compensation judiciaire) ne sont pas étrangers aux pratiques d'Outre-Atlantique.

S'agissant des avocats, l'augmentation de leur nombre ne signifie pas à lui seul « américanisation », alors surtout que si l'avocat français tend à s'éloigner du seul terrain judiciaire pour devenir un acteur de la vie économique, il n'appartient pas, comme le *lawyer* américain, à cette corporation prestigieuse, omniprésente dans le monde économique, politique ou de la haute fonction publique.

Ainsi, l'évolution des professions judiciaires, tout en présentant – sous certains aspects – des facettes proches des pratiques américaines, ne paraît pas encore résulter d'une quelconque transposition, mais bien plutôt d'un emprunt intellectuel ou culturel partiel, par la recherche de compétences en droit anglo-saxon, ou à travers la maîtrise linguistique de l'anglais commercial ou juridique, voire plus encore par la conception de la pratique professionnelle.

Quant à l'existence d'un marché du droit – qui attire et génère des structures et formes d'exercice bien éloignées de celles de la noblesse de robe, du professionnel libéral, du notable ou de l'aristocrate du droit –, elle ne saurait s'apparenter à la *legal industry* ou au *legal business que* nous connaissons aux États-Unis.

dû, à plusieurs reprises, s'incliner devant la jurisprudence élaborée à Strasbourg, elle en arrive maintenant à anticiper sur ses décisions, au regard en particulier de l'exigence d'impartialité du juge ? C'est ainsi qu'elle demande au tribunal, alors même que l'impartialité de ses membres – en leur for intérieur – n'est pas douteuse, de donner supplémentamment l'*apparence* de l'impartialité.

⁵ Maître John Riggs, avocat aux Barreaux de Paris et de New York, membre du Conseil de l'Ordre, et Maître Éric Alain, avocat et membre du Conseil de l'Ordre du Barreau du Val de Marne.

⁶ Lesquels ne sont que rarement élus Outre-Atlantique, où il existe en revanche une politisation du choix des juges qui doivent obtenir toutes sortes d'agrément. On sait qu'à la différence de ce qui se passe aux États-Unis, en France, on est magistrat ou avocat, cependant que les États-Unis ont suivi la tradition anglo-saxonne selon laquelle tous les juges sont d'anciens avocats, avec une formation professionnelle commune.

À cet égard, l'apparition de modes d'exercice de la profession d'avocat auxquels fait référence le Rapport Nallet (« *legals clinics* », « boutiques du droit », ou encore « mastodontes du droit ») n'apparaît pas comme le résultat d'une influence ou d'une importation en France des usages américains, mais plus vraisemblablement comme « l'adaptation pragmatique de la pratique et donc de l'offre des prestations juridiques et judiciaires, et de leurs structures d'exercice, à une demande évolutive de plus en plus exigeante en terme de qualité, de moyens et de coûts » (Eric Allain).

Ainsi, plus que d'une américanisation de l'institution, c'est plutôt une américanisation de la manière de penser la justice qui devrait nous inquiéter.

1

À la faveur d'un récent colloque, en contrepoint aux propos du Professeur Jean Cedras sur l'hypothèse de l'américanisation du droit pénal et de la procédure pénale, Alain Vogelweith, juge des enfants au Tribunal de Grande Instance de Créteil, a recherché, de son point de vue de praticien, quelques correspondances dans les différentes pratiques du droit pénal de part et d'autre de l'Atlantique, sans pour autant méconnaître l'extrême diversité des pratiques américaines.

Après une extraordinaire volte-face au milieu des années soixante-dix, les États-Unis ont fait le choix du « tout carcéral », par l'effet d'une remise en cause de l'indétermination de la peine. Parallèlement, on a assisté Outre-Atlantique à un développement d'alternatives aux courtes peines d'emprisonnement telles que l'assignation à résidence (*confinement at home*, équivalent du bracelet électronique) et les travaux d'intérêt général (*community service*).

En France, même si l'on assiste au développement des peines de sûreté, l'explosion carcérale est loin d'être de la même ampleur qu'aux États-Unis. La pénalisation s'exprime aussi dans le développement de mesures telles que le travail d'intérêt général, la médiation pénale, la compensation pénale, la réparation présententielle, le rappel à la loi, le classement sous condition, la plupart de ces mesures étant mises en œuvre par un Parquet qui tend ainsi à se « juridictionnaliser ».

La France, après la Grande-Bretagne, semble avoir importé d'Outre-Atlantique certains thèmes et thèses sécuritaires : l'élaboration d'une politique judiciaire de la ville manifeste un glissement de la notion de prévention vers celle de maintien de l'ordre public, accordant une place de plus en plus importante à la prise en compte, voire à l'exploitation du sentiment d'insécurité.

Certains discours politiques pouvant rappeler les campagnes électorales des *districts attorney* avec une surenchère sécuritaire et répressive ont pu trouver un écho dans l'élaboration de nos contrats locaux de sécurité.

À titre d'exemple, le rapport Balduyck-Lazerges⁷ cite, sans y adhérer, la note du conseiller aux affaires sociales de l'ambassade de France à Washington qui vante le couvre-feu imposé aux adolescents dans les grandes villes américaines⁸.

⁷ *Réponses à la délinquance des mineurs*, 1998.

⁸ Ainsi, Sophie Body-Gendrot, coauteur d'un rapport sur *Les Villes face à l'insécurité : des ghettos américains aux banlieues françaises* (Éd. Bayard, Paris, 1998), examine la réalité [p. 13-19]

La justice des mineurs se rapproche de plus en plus de la justice des majeurs. La recherche de structures contenantantes se développe aussi en France ; même si les centres de placements immédiats ne sont pas encore les *boct's camps* américains, ils participent à une relégation de l'acte éducatif au profit d'une logique de contention. La notion de « bandes » identifiées dans les représentations policières à celle de « gangs » commence à peser sur le traitement judiciaire de certaines affaires dites de violences urbaines, concept lui-même directement importé des États-Unis. L'idée de la « tolérance zéro », exprimée par le chef de la police municipale de New York, commence, selon Alain Vogelweith, à inspirer notre politique pénale, jusqu'à travers les circulaires du Garde des Sceaux ⁹.

On observe qu'en France comme aux États-Unis, la médiation apparaît de moins en moins comme un mode alternatif de règlement des litiges, mais bien plutôt comme un mode de régulation sociale.

De nouveaux modes de gestion judiciaire de l'infraction se développent ainsi, aboutissant à un traitement négocié qui semble inspiré du modèle américain. Récemment introduite dans notre droit français ¹⁰, la compensation pénale elle-même s'inscrit dans ce mouvement de contractualisation de l'action publique qui n'est pas sans rappeler le *plea bargaining*.

Le juge des enfants s'interroge sur les pouvoirs qui restent ceux du juge dans un système où accusation et défense négocient la reconnaissance de la culpabilité contre la diminution de la sanction et où le Parquet apparaît omniprésent et doté de pouvoirs nouveaux, qui, selon notre collègue, cumule trop de prérogatives, davantage encore que le juge d'instruction ¹¹. Paradoxe saisissant avec la loi sur la présomption d'innocence qui vise au contraire à augmenter les garanties procédurales.

1

Certains souhaitent que nous nous laissions de plus en plus influencer par le système juridique américain ; d'autres rêvent au contraire d'une construction juridique européenne, pluraliste et évolutive appelée de ses vœux par le Professeur Mireille Delmas Marty ¹². L'objectif de ce droit pénal européen serait de « mieux protéger les intérêts de l'Europe et de ses citoyens et, plus largement, [de] constituer une alternative à

française au regard de l'exemple américain, « optant pour des raccourcis qui laissent parfois songeur ».

⁹ L'auteur cite la circulaire de 1998 sur la délinquance des mineurs qui demande aux parquets de mettre en œuvre une réponse judiciaire à toute incivilité chaque fois que le Code pénal le permet.

¹⁰ Art. 41-2 du Code de procédure pénale.

¹¹ Un Parquet qui motive ses classements sans suite, décidant de la durée du travail d'intérêt général ou de l'indemnité-amende en fonction de la gravité des faits et des ressources de l'auteur ; un Parquet-juridiction ; un Parquet aussi qui est soumis aux pressions extérieures en raison de sa participation à la politique judiciaire de la ville. Selon Alain Vogelweith, il ne manque plus au Procureur de la République que l'indépendance pour être vraiment « l'homme le plus puissant de France ».

¹² Cf. *Le Monde* du 6 août 1999, p. 13.

la menace d'une mondialisation hégémonique qui étendrait à la planète le système juridique de l'État économiquement le plus puissant. »

Le propos des praticiens du droit se veut toujours prudent. Il s'agit pour les acteurs du procès civil et pénal, non pas de « découvrir l'Amérique », mais plus modestement d'envisager l'américanisation de ces différentes disciplines de notre droit national comme autant d'hypothèses à vérifier. La question reste ouverte. Le droit doit être utilisé à bon escient. C'est tout l'enjeu de demain. Gardons à ce propos en mémoire cette réflexion d'Alexandre Soljenitsyne sur la justice : « Moi qui ai passé toute ma vie sous le communisme, j'affirme qu'une Société où n'existe pas de balance juridique est une chose horrible. Mais une Société qui ne possède en tout et pour tout qu'une balance juridique n'est pas, elle non plus, vraiment digne de l'homme. »

4 boulevard du Palais
75055 Paris R. P.