

*THÉORIE DE L'APPARENCE ET MISE EN SCÈNE DE
L'IMPARTIALITÉ : À PROPOS DE L'APPLICATION DE
L'ARTICLE 6 DE LA CESDH PAR LA COUR
EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME¹*

PAR

Isabelle MULLER-QUOY

L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) dispose : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Cette disposition consacre le droit à un procès équitable. Les notions diverses telles que l'égalité des armes, le principe du contradictoire, la présomption d'innocence, l'indépendance, et l'impartialité considérées ensemble contribuent au procès équitable.

Pour que le juge soit objectif et neutre, son indépendance par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif ne suffit pas : il doit être impartial. Il doit être neutre par rapport à la situation à juger, il doit conserver une certaine distance (Commaret, 1998 : 262).

L'impartialité est susceptible d'être analysée de deux manières distinctes. La première démarche consiste à s'interroger sur l'impartialité personnelle des membres de la juridiction, il s'agit de l'impartialité dite subjective. L'impartialité subjective suppose de se plonger dans le for intérieur des

1. Nous nous limitons volontairement en n'examinant pas les jurisprudences internes du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, qui, pour cette dernière, a parfois été plus loin encore dans ses exigences que la CEDH, car l'objet de cette étude est d'examiner les fondements et les raisons de cette jurisprudence et non toutes ses illustrations en pratique fort nombreuses. Cet article a été rédigé en novembre 2004.

membres de la juridiction suspectés d'iniquité. L'autre approche conduit à une recherche de l'impartialité fonctionnelle, appelée impartialité objective, qui implique de se détacher du juge pris isolément en tant que personne, pour considérer la ou les fonctions exercées par celui-ci. L'impartialité liée à l'exercice des fonctions est celle « qui s'apprécie sans tenir compte ni du comportement du juge, ni de ses convictions, le seul exercice de ses fonctions suffit à le rendre partial comme il aurait rendu partial tout juge placé dans la même situation » (Bernardinis, 2004 : 9).

La Cour déduit de l'impartialité objective qu'un membre composant la juridiction appelée à statuer sur le fond du litige ne peut avoir pris de décisions en amont. Nul ne peut être juge s'il a antérieurement connu de l'affaire au titre d'une autre qualité : la règle du non-cumul des fonctions doit s'appliquer aux fins de respecter l'article 6.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), il faut que la juridiction offre toutes les apparences de garantie d'impartialité pour exclure toute suspicion légitime dans l'esprit du public, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte par la référence à ses sentiments subjectifs, son appréhension des acteurs du procès. La Cour se réfère pour fonder son raisonnement à l'adage du droit anglais selon lequel « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* »², il ne suffit pas que la justice soit rendue, il faut aussi qu'elle donne à chacun l'apparence qu'elle a été bien rendue, sous entendu avec toute l'impartialité requise, il faut qu'elle se donne à voir, « s'extériorise » (Frison-Roche, 1999 : 55). La justice doit être visible et ne pas donner l'impression d'un parti-pris.

L'application de cette théorie est d'autant plus remarquable qu'elle influence l'organisation et le fonctionnement des juridictions et en premier lieu les juridictions suprêmes de notre système national, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, au travers notamment des deux figures de l'avocat général et du commissaire du gouvernement. Ce ne sont pas, loin s'en faut, les seules illustrations de l'application de cette théorie, mais elles sont symptomatiques de l'intérêt et de l'importance que l'on y attache puisqu'elle conduit à remettre en cause des institutions plus que bicentennaires. Plus généralement le principe d'impartialité amène à reconsidérer l'organisation et le fonctionnement des juridictions françaises au sens large (Sudre & Picheral, 2003), c'est-à-dire toutes les instances dont la décision est déterminante pour des droits et obligations à caractère civil ou d'une accusation en matière pénale au sens autonome que leur a donné la CEDH, ce qui conduit très singulièrement à élargir le champ d'application de l'article 6 CESDH. Ainsi, par exemple, les autorités administratives indépendantes (Marguenaud, 2001 : 218) peuvent se voir appliquer l'article 6 lorsqu'elles usent de leur pouvoir de sanction.

2. Littéralement : la justice ne doit pas seulement être rendue, elle doit aussi être vue rendue. Le juge européen n'utilise cependant pas l'adage dans sa formulation littérale « *justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done* », qui est issu d'un arrêt de 1923, R V Sussex Justices, *ex parte* Mc Carthy.

Il convient ici de s'interroger sur la qualité de cette théorie, notamment par un questionnement sur la notion de théorie, pourquoi parler de théorie alors que l'objectif est d'être le plus proche des situations concrètes. Pourquoi décline-t-on le principe d'impartialité en une théorie des apparences ? Quels sont les enjeux, les risques de la théorie des apparences ? (II).

Telles sont les questions que nous poserons après avoir rappelé la signification et les illustrations de la pratique de la théorie des apparences dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (I).

I - La théorie des apparences : signification et évolution jurisprudentielle

La théorie des apparences trouve à s'appliquer dans de nombreuses hypothèses où l'impartialité objective du juge est mise en doute. Préciser ce que recouvre cette notion est un préalable nécessaire (A) d'autant que la jurisprudence en la matière n'est pas linéaire et se laisse difficilement systématiser (B).

A) La notion d'impartialité objective

La Cour exige que la composition de la juridiction offre des garanties suffisantes pour exclure toute crainte légitime du justiciable, liée à des « considérations de caractère fonctionnel et organique »³. La jurisprudence témoigne de la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice, en soulignant « qu'il en va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables »⁴. En matière d'impartialité objective, les apparences doivent être prises en considération. Cela consiste, indépendamment du comportement et de la psychologie du juge, à suspecter son impartialité à partir de certains faits. La Cour européenne des droits de l'homme considère que « dans l'analyse objective, même les apparences peuvent revêtir de l'importance »⁵ en n'étant ainsi pas insensible à la perception qu'ont les justiciables de la justice à laquelle ils confient des contentieux parfois lourds de conséquences.

Le terme « apparence » renvoie aux circonstances extérieures observées par le public ou les parties. Éminemment ambigu, il peut désigner tour à tour ce qui est là, présent ou ce qui est illusoire, vain ou encore ce qui présente une forte probabilité (Deroussin, 2003 : 191). L'apparence est synonyme d'évidence, d'ostensible, de manifeste mais à l'inverse également de fictif, de mensonger, offert à la connaissance des tiers pour les tromper ou cacher une réalité (Cornu, 2000 : 59). C'est une notion pragmatique et la jurisprudence n'en a pas fixé les critères exacts même s'ils peuvent en être déduits.

3. CEDH, 1er octobre, 1982, Piersack c/Belgique-série A, n° 53, § 30 ; 26 oct. 1984, De Cubber d/Belgique, A, n° 86, § 86.

4. CEDH, Borgers, c/Belgique, 30 octobre 1991, série A n° 214 -A ; obs F.Sudre RUDH 1992 : 6, note J.Callewaert, RTDH 1992 : 204.

5. CEDH 26 octobre 1984, De Cubber c/Belgique, série A, n° 86.

Deux motifs peuvent être isolés comme explication au développement de la théorie des apparences en matière d'impartialité objective.

1) Le principal motif tient à éviter le préjugé que pourrait avoir un juge déjà au courant de l'affaire

Lorsque les circonstances sont telles que le juge soit « prévenu » au sens qu'il a déjà pu se faire un préjugé, peu importe s'il a en déjà un, il est nécessaire pour la confiance du public dans l'administration de la justice qu'il se déporte. Ce souci explique la prohibition de l'exercice successif de fonctions différentes ou de fonctions de même type à des niveaux différents⁶. C'est donc la composition et l'organisation des juridictions qui sont mises à l'épreuve de l'article 6 paragraphe 1 (Gerardin-Sellier, 2001 : 960).

Aussi, en matière pénale, l'apparence commande de considérer comme incompatible l'exercice des fonctions de poursuite ou d'instruction et de celles de juge du fond⁷, et prohibe de même les fonctions de poursuite et d'instruction⁸. La règle du cumul des fonctions tend à être érigée en principe. Ce qui trouvait à s'appliquer à la matière pénale eu égard à l'importance des enjeux pour l'accusé a par la suite été étendu aux affaires civiles. Dans le cadre de la procédure civile, c'est principalement le cumul des fonctions de juge des référés et de juge du fond qui pose problème⁹.

Le juge administratif, alors qu'il peut s'agir dans cette hypothèse d'un contentieux objectif, d'un procès fait à un acte et non à une personne comme en matière pénale¹⁰ est aussi concerné. C'est en effet la même logique qui conduit la CEDH à critiquer le dualisme des membres des Hautes juridictions administratives qui siègent tantôt en formations administratives, tantôt en formations contentieuses en condamnant le manque d'impartialité structurelle de la juridiction dont les membres ont participé à des avis consultatifs antérieurs. Le juge censure au nom du droit au procès équitable, sans entrer dans le détail de savoir si effectivement l'avis donné en formation administrative a eu une influence déterminante sur la décision rendue au contentieux dans le fameux arrêt « Procola » de 1995 concernant le Conseil d'Etat luxembourgeois¹¹. Dans cette affaire trois magistrats sur les cinq jugeant au contentieux avaient contribué à l'avis consultatif.

6. Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, cf. Koering-Joulin, 1998 : 1. Concernant la Cour de cassation, De Gouttes, 2003 : 63. Concernant la justice administrative, Guyomar, 2001 : 518 ; Dossier sur le principe d'impartialité, *RFDA* 2003 : 694-740.

7. CEDH, 1er octobre, 1982, Piersack c/Belgique, préc. ; CEDH 26 octobre 1984, De Cubber c/Belgique, préc.

8. CEDH 23 octobre 1990, Huber c/Suisse, série A, n°188.

9. CEDH 22 avril 2004, Cianetti c/Italie, note C. Gauthier, *JCP A°* et collectivités territoriales, 2004/31 : 1062.

10. Cf. le raisonnement développé par Martens (1996 : 627) selon lequel il ne faut pas exiger une impartialité quant aux idées, c'est-à-dire ne pas l'étendre aux aspects intellectuels des litiges (1996 : 646).

11. CEDH, 28 septembre 1995, Association Procola c/Luxembourg, obs. J.-F. Flauss, *A.J.D.A.* 1996 : 383, note J.-L. Autin et F. Sudre, *RFDA* 1996 : 777 ; note F Benoit-Rohmer, *D.*1996 : 301.

Pour conclure sur la signification de ce premier motif d'application de la théorie des apparences, il s'agit en quelque sorte de l'application aux fonctions juridictionnelles de la théorie constitutionnaliste de la séparation des pouvoirs.

2) Le deuxième motif procède d'une logique différente. Un autre raisonnement est à l'œuvre s'agissant de l'avocat général près la Cour de cassation et du Commissaire du gouvernement au sein du Conseil d'Etat.

C'est parce que ces figures issues de notre tradition juridique donnent l'apparence d'être une partie à la procédure aux yeux du justiciable qu'il peut leur être reproché dans certaines situations de porter atteinte au procès équitable. Deux pratiques ont donné lieu à critique contentieuse : la participation de l'avocat général au délibéré de la Cour et celle du commissaire du gouvernement à celui du Conseil et la non-communication de certaines pièces aux parties, notamment s'agissant du commissaire du gouvernement la non-communication de ses conclusions avant leur prononcé¹². C'est à partir de 1970 dans l'arrêt « Delcourt »¹³ que la Cour se réfère pour la première fois aux apparences. Concernant le rôle du ministère public, elle fait alors remarquer que les requérants peuvent « éprouver une impression d'inégalité si, après avoir entendu un membre du parquet de cassation conclure dans un sens défavorable à leur thèse à l'issue de l'audience, ils le voient se retirer avec les magistrats du siège afin d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil » (§ 30) mais elle regarde alors au-delà des apparences et considère qu'il n'y a pas de violation de l'art 6. Saisie à nouveau en 1991 dans l'affaire « Borgers », la Cour évoque une évolution notable marquée par l'importance attribuée aux apparences, le juge se fonde alors sur « la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice » (§ 82). L'avocat général est alors assimilé à une partie et parce qu'il peut « légitimement sembler disposer en chambre du conseil d'une occasion supplémentaire d'appuyer à l'abri de la contradiction du requérant ses conclusions de rejet du pourvoi »¹⁴, la Cour en conclut à une violation du principe de l'égalité des armes. Ce dernier ne joue en principe qu'entre les parties au litige et ne saurait normalement s'appliquer aux relations entre une partie et un magistrat indépendant ayant pour fonction de dire le droit. Mais, par le truchement de la théorie des apparences, l'avocat général près la Cour de cassation est assimilé à une partie selon le sentiment du requérant, ce qui conduit dans l'arrêt « Borgers » le juge à sanctionner la non-communication des conclusions du ministère public sur le terrain de l'égalité des armes. Depuis lors, concernant la question de la communication des conclusions, le juge a clarifié sa position en les soumettant au principe du contradictoire mais en n'utilisant plus le principe d'égalité des armes. Le principe du

12. Ainsi, antérieurement aux arrêts de la CEDH, la communication du rapport du conseiller rapporteur de la Cour de cassation était différente selon que le destinataire était une partie ou l'avocat général, de même le commissaire du gouvernement ne communiquait pas ses conclusions avant l'audience aux parties.

13. CEDH 17 janvier 1970, *Delcourt c/Belgique*, série A 11.

14. CEDH *Borgers*, préc., §28.

contradictoire concerne en effet les parties entre elles mais également les parties et le ministère public ou un juge indépendant.

Ainsi, alors que le rôle du ministère public près la Cour de cassation¹⁵ se limite à donner à la Cour un avis impartial et indépendant sur les questions juridiques soulevées dans un souci d'unité de la jurisprudence, la CEDH dans cet arrêt « *Borgers* »¹⁶ indique toutefois qu'il « ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties à l'instance » et ce faisant en recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi d'un accusé le magistrat du ministère public en devient « l'allié ou l'adversaire objectif ». Ce simple doute qui profite à l'accusé permet que l'atteinte à l'article 6 soit constituée. Cette jurisprudence est très contestée car elle semble contradictoire : les arrêts constatant en même temps que le parquet général prête son assistance en toute objectivité mais que l'apparence d'être non neutre suffit pour constituer une violation de l'article 6. La même interdiction concerne aussi la matière civile, même si dans l'arrêt « *Vermeulen c/Belgique* » du 20 février 1996¹⁷, le parquet n'est plus qualifié d'adversaire objectif du justiciable. Plus récemment la Cour a repris ce même raisonnement pour condamner non plus la participation mais la seule présence de l'avocat général au délibéré de la chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁸.

La Cour se réfère également aux apparences concernant la participation du commissaire du gouvernement au délibéré. Par l'arrêt « *Kress c/France* »¹⁹, elle estime que le fait que le commissaire du gouvernement se retire avec la formation de jugement après avoir rendu ses conclusions porte atteinte à la confiance de l'administré requérant quant à l'impartialité du tribunal. La seule présence du commissaire du gouvernement pourrait exercer une influence sur l'issue du délibéré car elle donne à celui-ci l'apparence d'une partie et emporte une rupture de l'égalité des armes²⁰. La Cour distingue ici l'objectivité et la neutralité, en considérant que, malgré la stricte objectivité conférée par son statut qui caractérise l'institution du commissaire du gouvernement, il n'est pas neutre du point de vue des parties (Autin & Sudre, 2001 : 1008).

Ainsi, avocat général près la Cour de cassation et commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat ont donc l'apparence d'une partie, la violation de l'article 6 repose sur le sentiment d'inégalité que ressent le requérant même si en fin de compte la partialité n'est pas avérée. Néanmoins eu égard à l'importance prise par la subjectivité du requérant dans l'appréciation du res-

15. La situation est différente pour le ministère public dans le cadre d'un procès pénal en dehors de la Cassation car il est alors le soutien de l'accusation, le principe de l'égalité des armes peut alors logiquement s'appliquer, cf. *Bulut c/Autriche*, 22/02/1996, *RTDH* 1996 : 640.

16. CEDH *Borgers*, préc.

17. CEDH 20 février 1996, *Lobo Machado c/Portugal* et *Vermeulen c/Belgique*, note F. Benoit-Rohmer, *RTDE*, 1997 : 377.

18. CEDH 27 novembre 2003, *Slimane-Kaïd c/France*, note C. Gauthier, *JCP A°*, 16/02/2004 : 241, D.2004, IR : 32.

19. CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/France*, *A.J.D.A.* 2001, p. 675, note F. Rolin, *A.J.D.A.* 2002 : 9, note D. Chabanol, *R.F.D.A.* 2001 : 1000, note B. Genevois.

20. Elle n'est pas ici très convaincante dans l'emploi du principe d'égalité des armes.

pect des droits de la défense et de l'impartialité, la Cour a affiné son approche et souhaité aller au-delà des apparences. Pour autant, cette évolution n'est en rien linéaire si bien que coexiste une interprétation tantôt souple tantôt exigeante du principe d'impartialité structurelle, selon que le juge s'arrête aux apparences ou cherche à les dépasser. La jurisprudence est casuistique en ce qu'elle dépend de l'appréciation de chaque espèce, nulle certitude quant à la prise en compte des apparences ou leur dépassement n'est aujourd'hui permise.

B) Une jurisprudence non linéaire

La jurisprudence se laisse difficilement systématiser. La Cour développe tantôt une application rigoureuse de la théorie, tantôt une analyse plus réaliste, plus *in concreto* des cas d'espèce et de l'attitude du juge. Dans certains cas, elle considère que l'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions des requérants peuvent passer pour « objectivement justifiées »²¹, autrement dit, s'il existe certains faits vérifiables dans l'attitude du juge de nature à faire douter de l'impartialité du tribunal. La Cour vérifie dans chaque espèce si le juge a eu l'occasion de se forger une opinion sur le fond de l'affaire sur laquelle les débats n'ont pas eu de prise. Elle entend aller au delà des apparences pour en revenir à la réalité, « l'optique d'une partie entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif »²².

Concernant la première hypothèse, le cumul des fonctions, l'affaire « Hauschildt »²³, dès 1989, indique que le fait qu'un juge ait déjà participé à l'adoption de décisions antérieures ne saurait justifier des craintes quant à son impartialité par principe. Par la suite, la Cour a souligné que « la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond »²⁴. Ainsi, « le simple fait pour un juge d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité, ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès »²⁵. En fonction de la nature, la portée ou l'étendue des mesures prises, le juge européen admet tant un cumul de fonctions identiques successives²⁶, qu'un cumul de fonctions différentes à propos d'une même affaire²⁷. De même, en dehors de la sphère pénale, concernant le cumul des fonctions consultatives et juridictionnelles du juge administratif,

21.V. notamment, parmi de nombreux arrêts, CEDH 23 avr. 1995, Remli c/ France, Rec. 1996-11.

22. CEDH Kress, préc.

23. CEDH, 24 mai 1989, Hauschildt c/Danemark, série A, n° 154, cf. également CEDH 16/11/1992, Sainte-Marie c/France.

24. CEDH 22 avril 1994, Saraiva de Carvalho c/Portugal, série A, n°286 B, note F. Sudre, *JCPI*, 1995, n°3823.

25. CEDH 6 juin 2000, Morel c/ France, note C.Boyet, D.2001 : 328 ; obs.JP.Margenau, *RTDC* 2000 : 930.

26. CEDH 10 juin 1996, Thomann c/Suisse, Rec 1996-III.

27. Ainsi par ex à propos d'un juge pour enfants, CEDH, 24/08/1993 Nortier c/Pays-Bas, série A n° 267 ; à propos d'un cumul des fonctions d'accusation et de jugement, CEDH 26/02/1993, Padovani c/Italie, série A, n° 257, B.

le juge européen avait dans un premier temps, par l'affaire « Procola »²⁸, appliqué une interprétation abstraite et rigoureuse du principe d'impartialité objective, jugeant alors que « le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution ». Alors que dans l'affaire « Kleyn c Pays/Bas » du 6 mai 2003 (Gonzalez, 2004 : 365 ; Rolin, 2003 : 1492) à la Cour ne pose pas en principe absolu la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire en ne transposant pas ce dogme constitutionnel à l'organisation des juridictions. Elle s'attache au contenu de la décision prise et, estimant ne pas se trouver devant la même affaire lorsque l'avis a été donné et à l'occasion de la décision juridictionnelle, elle ne considère pas qu'il y a eu « préjugement de ces questions ». En l'espèce le juge européen considère que les avis consultatifs rendus sur le projet de loi de planification des infrastructures de transport et les recours postérieurs à l'occasion du tracé d'une ligne de chemin de fer ne portent pas sur « la même affaire » ou la « même décision ». La question n'est plus de savoir si tel ou tel conseiller a exercé à la fois des fonctions consultatives et juridictionnelles mais si des actes à l'adoption desquels il a participé ont le même objet. La Cour fait évoluer sa jurisprudence vers plus de réalisme en adoptant ici une conception stricte de l'impartialité fonctionnelle.

Alors que le juge européen semblait avoir souhaité dépasser les apparences en adoptant une approche plus souple du cumul des fonctions, cette évolution se voit contredite par une réaffirmation, à propos de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré dans l'arrêt « Kress » de 2001, de l'importance attachée aux apparences, à la justice qui se donne à voir. Aussi l'évolution de la jurisprudence souffre d'un déficit de prévisibilité, le juge oscillant entre une démarche théorique, « de principe », et une démarche pragmatique qui cherche au contraire à ne pas se fier aux apparences, à dépasser la théorie des apparences.

Il convient alors de s'interroger sur la qualité de cette théorie, qui tantôt se voit relativisée, tantôt ressurgit avec force. Quels sont les enjeux de cette mise en scène de l'impartialité, les risques qui découlent de son application ?

II) La théorie des apparences : quels enjeux ?

On peut légitimement s'étonner de l'emploi du mot théorie à propos d'une notion mouvante et subjective (A). Il nous semble qu'il révèle le souci de « mettre en scène » l'impartialité, de donner une importance à la « vérité » judiciaire au travers du justiciable ce qui, lorsque cette conception est trop extrême, est source de critiques (B).

²⁸. CEDH, 28 septembre 1995, Procola, obs. J.-F. Flauss, *A.J.D.A.* 1996 : 383, note J.-L. Autin et F. Sudre, *RFDA* 1996 : 777.

A) Pourquoi théoriser le principe d'impartialité ?

Alors que le juge européen se réclame du droit anglais, on ne trouve dans le système de Common law aucune référence à la notion de théorie, la doctrine et les juges anglais préférant utiliser le terme de « *test of appearance* »²⁹.

Si la doctrine emploie régulièrement le terme de théorie, c'est d'abord pour souligner qu'il s'agit d'une création jurisprudentielle, d'une construction intellectuelle. En ce sens elle peut être rapprochée de l'autre « Théorie de l'apparence » plus connue en droit français des civilistes comme une création prétorienne en vertu de laquelle « la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui par suite d'une erreur légitime ont ignoré la réalité » (Cornu, *op. cit.* : 60). La sécurité juridique exige en effet que l'on protège ceux qui ont eu « le juste sujet de croire » (Deroussin, *op. cit.* : 191) selon l'adage « l'erreur de tous fait le droit ». Si la théorie civiliste de l'apparence traduit un quasi-contrat et une situation à trois personnes (titulaire réel du droit, titulaire apparent, tiers contractant) qui semble bien loin de notre propos, il n'est pourtant pas inutile de s'y référer car certaines analogies sont possibles. Si la théorie civiliste vise une situation très différente, car ici la théorie de l'apparence fait produire des effets juridiques à une représentation erronée de la réalité juridique, alors que l'application de l'article 6 vise l'inverse, il n'est pas innocent que le même vocabulaire soit employé. La dialectique de l'objectif et du subjectif est ici aussi à l'œuvre (*Ibid.*) et l'on peut ainsi lire à propos de la théorie civiliste ceci qui pourrait tout à fait s'appliquer à l'article 6 CESDH : « il n'y a pas de vérité unitaire et la vérité juridique, variété particulière de vérité se construit par l'application sélective des règles de droit privilégiant tour à tour la réalité juridique ou sa représentation en vue d'un compromis socialement acceptable » (*Ibid.* : 200). En soulignant l'importance de la représentation que se font les individus de la justice et du processus de création du droit par le juge, les deux théories peuvent être rapprochées, néanmoins on ne peut pousser plus loin l'analogie et l'éventuelle filiation. L'emploi du terme théorie souligne donc son caractère prétorien, créé par la volonté du juge.

On peut toutefois s'étonner de l'utilisation de ce terme « théorie », si on reprend sa définition classique comme étant « une explication rationnelle du droit, une réflexion qui tend à contribuer à l'élaboration scientifique du droit » (Cornu, *op. cit.* : 54). Cela apparaît quelque peu contradictoire avec le caractère mouvant, impressionniste, de la jurisprudence faite de cas d'espèces, car les apparences varient selon les circonstances de la cause. Peut-être faut-il y voir au contraire le souci de fonder un raisonnement alors même qu'il repose sur des éléments concrets empreints de subjectivité car l'impartialité est une réalité difficilement saisissable. Or c'est justement le poids donné à la perception du justiciable qui rend la théorie des apparences contestable quand elle est pensée de façon trop abstraite et absolue.

²⁹ Cf. le chapitre 14 « The rule against bias », de l'ouvrage de Wade & Forsyth 2000 : 456 et ss.

B) Une mise en scène de la vérité judiciaire : les critiques apportées à la théorie des apparences

Quand elle s'applique de façon extrême, en matière notamment de cumul des fonctions ou trop abstraite comme dans les arrêts « Borgers » ou « Kress », la théorie des apparences prête le flanc à la critique. La doctrine dans une large majorité se rallie à la nécessité d'adopter une conception plus réaliste qui va justement au-delà des apparences. C'est à la fois les conséquences pratiques et le fondement même de la théorie qui font l'objet de critiques.

1) La première série de remarques est technique.

Tout d'abord elle met l'accent sur les dangers que fait courir une application trop rigide de la théorie sur le fonctionnement de la justice. L'enjeu pratique est en effet le risque de paralysie découlant d'une conception trop exigeante du principe séparatiste en matière de cumul des fonctions. La Cour l'a bien compris qui a assoupli ces interdictions car il en va sinon de l'impossibilité de faire fonctionner correctement certaines juridictions. Il faudrait considérablement augmenter les moyens de la justice ce qui n'est pas dans l'air du temps...

Par ailleurs, nombre d'auteurs soulignent que la recherche de la vérité judiciaire, c'est-à-dire d'un système qui fonctionne en respectant au mieux les droits des parties, n'est pas forcément atteinte par les solutions procesuelles proposées au nom de la théorie des apparences. Ainsi, si on prend l'exemple de la « note en délibéré » qui permettrait aux parties à l'instance de répondre après le prononcé des conclusions du commissaire du gouvernement, elle apparaît bien souvent formelle et peu usitée. Le juge européen semble ici se contenter d'une « apparence de contradictoire »³⁰ en ce que cette solution discutable ne garantit que formellement les droits des plaignants. De même, les interdictions frappant le parquet général de la Cour de cassation peuvent apparaître comme préjudiciables à une bonne administration de la justice en ce qu'elles interrompent le dialogue salutaire avec les magistrats du siège (Sainte-Rose, 2003 : 1443). Enfin, concernant le soupçon de préjugé dans le cadre du cumul des fonctions, le risque est grand de voir se développer une motivation stéréotypée, réduite au minimum plutôt que de risquer la partialité.

Il ne faut pourtant pas confondre préjugé et préjugement. Le préjugé repose sur une définition subjective, alors que le préjugement, c'est-à-dire la connaissance approfondie de l'affaire, peut être positive, pour une meilleure effectivité de la justice (Gouttes, *op. cit.* : 77). La connaissance approfondie du dossier ne vaut pas pour autant anticipation de la solution (Beignier & Bléry, 2001 : 2427) : « ce que l'impartialité interdit ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat » (Frison-Roche, *op. cit.* : 54). Aussi, la connaissance de l'affai-

30. Sudre, note sous arrêt Kress, *op. cit.*

re peut être un avantage. Dans le flot des requêtes anonymes, il peut paraître opportun de faire siéger celui qui a un meilleur éclairage de l'affaire, celui qui en a une vue la plus complète ; pour autant que la procédure apporte la garantie, par ailleurs, qu'il devra confronter son avis à d'autres juges, que les débats contradictoires vont avoir une réelle influence sur la décision finale.

2) *La deuxième série de critiques visant la jurisprudence de la Cour, quand elle reste trop liée aux apparences en ne dépassant pas une conception abstraite, est beaucoup plus fondamentale.*

En donnant un caractère décisif à la perception subjective de la réalité juridique par un justiciable, la Cour semble céder « à la pression d'une conception instrumentale et privatisée du juge » (Martens, 2002 : 343). La vérité judiciaire, c'est-à-dire la juste interprétation du droit, ne saurait pourtant dépendre d'apparences qui « à l'instar d'un caméléon changent à l'égard de la même personne selon l'intérêt qui est le sien dans une affaire »³¹. En fin de compte, il est bien difficile de reconnaître le droit qui est violé, d'identifier l'illicite. « La Cour vise quelque chose d'immatériel, c'est le doute, le sentiment du requérant qui est source d'engagement de la responsabilité de l'Etat et non le comportement fautif du commissaire du gouvernement ou du tribunal » (Tigroudja, 2004 : 358), même si, lorsque la Cour parle de doute, elle ne se place pas sur le terrain de la psychologie de chaque justiciable, mais « elle utilise plutôt la fiction du doute raisonnable » (*Ibid.* : 359). C'est pourquoi la jurisprudence européenne dans ce cas extrême qu'est l'arrêt « Kress » « ne fournit pas d'instrument permettant de juger des apparences, elle ne démontre pas en quoi la présence du ministère public ou du magistrat assimilé, au délibéré viole le principe du procès équitable. Elle se contente de l'affirmer, elle se satisfait de supposer une impression non vérifiée » (Andriantsimbazovina, 2004 : 890).

En valorisant un critère subjectif de l'équité du procès, cette jurisprudence qui traduit la recherche d'une impartialité idéale fragilise la fonction de juger. On a pu parler dans ces hypothèses d'une « mystique de l'impartialité » « par référence à un idéal de neutralité abstraite et désincarnée qui relèverait de l'utopie » (Gouttes, *op. cit.* : 64), d'un « principe d'autant plus corrosif qu'il emprunte son inspiration aux vertus les plus angéliques » (Goyet, 2001 : 329), en ce qu'il conduit à une recherche « d'une virginité intellectuelle du juge » (Martens, *op. cit.*). Or celle-ci ne peut correspondre à la réalité judiciaire qui est celle d'un procès, c'est-à-dire un processus graduel. Une telle conception témoigne de la difficulté à admettre que l'interprétation du droit est une « vérité construite ». L'essence du délibéré réside en effet dans l'échange des arguments, dans l'effort de confrontation des opinions entre les juges, il n'est « qu'une succession de convictions provisoires » (*Ibid.* : 653). En fin de compte, la théorie des apparences, en ce qu'elle ne cherche pas dans ses décisions les plus absolues, à saisir la réalité du travail des juges, de la formation de la décision collective témoigne d'une véritable méfiance à

31. Opinion dissidente du juge Cremona dans l'affaire Borgers.

l'égard des juges (Chevallier, 1997 : 104-110) ce qui peut être paradoxal alors que l'on constate par ailleurs que la société se juridictionnalise (*Ibid.* : 343). Cette méfiance à l'égard du travail juridictionnel conduit à accroître les contraintes processuelles au détriment de la décision sur les questions de fond (Chabanol, *op. cit.* : 12).

Face à ce bilan coûts/avantages négatif, pour une majorité de la doctrine³², les raisons profondes du développement de cette jurisprudence européenne traduisent une « jurisprudence politique ». Il est ainsi fait reproche à la Cour de ne pas témoigner assez de retenue quand des dispositions procédurales nationales sont en jeu. La théorie des apparences est en effet l'occasion de confronter les différents systèmes juridiques européens, les différentes traditions. Procédant du droit anglo-américain, du système de Common law, elle est la manifestation d'une certaine incompréhension et méfiance à l'égard des traditions juridiques de certains pays d'Europe continentale dont la France. En effet, en droit français, le juge joue un rôle actif de par l'existence d'une procédure inquisitoire, qui est le reflet de l'importance attachée à l'intérêt de l'Etat et de la société. Dans les pays de Common law, beaucoup plus centrés sur la défense de l'individu, le rôle actif au moment du procès est dévolu à la défense, aux parties selon les principes de l'*accusatorial system* (Autin & Sudre, 2001 : 1008). En outre, le raisonnement inductif du système anglo-américain, l'importance donnée aux précédents et à la jurisprudence laisse une large place au rôle interprétatif du juge sur le fondement de l'équité. Aussi le rituel du procès, d'une justice visible est-il essentiel car ce qui compte ici « c'est l'art de convaincre » (Magnier, 2000 : 1598). En droit anglo-américain, le procès est conçu comme « une représentation dramatique aux vertus purificatrices » où « l'apparence y devient dès lors moins un constat d'échec en face d'une justice qui serait réellement et idéalement juste que le seul critère objectif envisageable permettant de contrôler cette justesse dans un contexte où l'on considère qu'on ne peut avoir aucune certitude absolue » (*Ibid.* : 1599). Or il est alors fait reproche à la CEDH de chercher non pas à harmoniser les différents systèmes juridiques, comme cela devrait être son rôle mais à les uniformiser (Burgelin, 2004 : 1249), d'importer une conception anglo-américaine du droit qui ne correspond pas à notre philosophie de la justice.

Conclusion

Se fier aux apparences dans le sens commun est péjoratif. Inversement aller au-delà des apparences est valorisé comme permettant de se rapprocher de la vérité³³. La Cour européenne des droits de l'homme combine cependant ces deux approches à la recherche de la confiance que la justice doit inspirer. Le devoir d'impartialité des juges est un impératif catégorique du procès. Il est le socle sans lequel il n'y a plus de justice. La Cour qui

32. A contrario cf. notamment, Guinchard 2003 : 152 ; Cohen-Jonathan 2002 : 1423.

33. Sur un plan plus philosophique, P. Martens rappelle le mythe de la caverne qui nous enseigne que l'apparence nous écarte de la réalité des choses.

cherche à construire une véritable démocratie procédurale (Guinchard, 1999 : 91) en érigeant le droit à un procès équitable en droit substantiel s'est attachée à ce que même les apparences d'impartialité, c'est-à-dire les signes extérieurs propres à faire croire à la réalité d'une situation juridique impartiale en soient partie intégrante. Ce n'est pas sans poser de difficultés tant pratiques que plus fondamentales, révélatrices paradoxalement d'une crise de confiance dans la justice. Ainsi à vouloir renforcer les garanties des justiciables, la théorie des apparences met l'accent sur la méfiance comme si on soulignait que ces derniers ont de bonnes raisons de se méfier. Dans le système juridique anglo-saxon, à l'origine de cette conception de la justice fondée sur les apparences, ces dernières sont essentielles au motif que « ce sont les hommes et non les règles qui la font », « que la justice est affaire de comportement personnel avant que d'être juridique » (Magnier, *op. cit.* : 1598). Or ultime paradoxe, c'est pour sensiblement les mêmes raisons que notre tradition les réfute en considérant que la réalité concrète de la justice repose sur la déontologie du juge, que la fonction fait l'homme. Elle nous conduit cependant de façon salutaire à nous interroger sur certaines de nos traditions et notamment sur des pratiques par trop secrètes, réservées à des initiés, de notre justice qu'il conviendrait de rendre plus transparentes. Ainsi, par exemple du cumul des fonctions du Conseil d'Etat qui pourraient être érigées en moyen d'ordre public à soulever d'office par la juridiction compétente de sorte que cela ne dépende pas des doutes du justiciable, ou bien encore l'intérêt de lever le secret du délibéré en instaurant la connaissance des opinions tant majoritaires que dissidentes.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Andriantsimbazovina, J. (2004) *Bien lu, bien compris mais est-ce bien raisonnable, Toujours à propos du droit à un procès équitable et du « ministère public »*, RFDA : 890, Paris : Dalloz.

Autin, J.-L. & Sudre, F. (2001) note sous « arrêt Krauss », RFDA : 1598.

Beignier, B. & Bléry, C. (2001) L'impartialité du juge entre apparence et réalité, D.2001 : 2427.

Bernardinis, C. de (2004) L'impartialité du juge : de l'apparence à la réalité juridique, PA, 2/03/2004 : 9.

Burgelin, J.-F. (2004) *La paille et la poutre*, D.2004 : 1249.

Chevallier, J. (2004) *L'Etat post-moderne*, Paris : LGDJ.

Cohen-Jonathan, G. (2002) L'arrêt Kress et la Cour de cassation française : quelques observations, G. Palais 2002 : 1423.

Commaret, D.-N. (1998) Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, D.1998, chron. p. 262.

Cornu, G. (2000) *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF.

Deroussin, D. (2003) Réalité vécue, réalité juridique et vérité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français, Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence, Droits : 191.

Flauss, J.-F. (1996) Obs sous CEDH 28/09/95 Procola, AJDA : 383.

Frison-Roche, M.-A. (1999) L'impartialité du juge, D.1999 : 55.

Gerardin-Sellier, N. (2001) La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6 de la CEDH, RTDH : 960.

Gonzalez, G. (2004) Chaud et froid sur la compatibilité du cumul des fonctions consultatives et contentieuses avec l'exigence d'impartialité, RTDH : 365.

Gouttes, R. de (2003) L'impartialité du juge, connaître, traiter et juger quelle compatibilité, RSC : 63.

Goyet, C. (2001) Remarques sur l'impartialité du tribunal, D 2001 : 329.

Guinchard, S. (1999) Vers une démocratie procédurale, ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans, Justices, Paris : Dalloz.

Guinchard, S. (2003) Dialogue imaginaire entre un justiciable moyen et un juriste désespéré par l'arrêt Kress, D.2003 : 152.

Guyomar, M. (2001) Le principe vu par le Conseil d'Etat AJDA : 518.

Koering-Joulin, R. (1998) L'impartialité du juge, Justices 10.

Magnier, V. (2000) La notion de justice impartiale, JCP, éd. G : 1598.

Marguenaud, J.-P. (2001) Le pouvoir de sanction des AAI à l'épreuve de l'article 6, Mélanges J. Stoufflet, PU Clermont-Ferrand/LGDJ : 218.

Martens, P. (1996) La tyrannie des apparences, obs. sous CEDH 22 février 1996, Bulut, RTDH 1996 : 627.

Martens, P. (2002) Réflexions sur le maniérisme judiciaire, RTDH : 343.

Rolin, F. (2003) Note ss Kleyn CEDH 6/05/2003, AJDA : 1492.

Rolin, F. (2001), Note ss CEDH 7/06/2001 Kress, AJDA : 675.

Sainte-Rose, J. (2003) Le parquet général de la Cour de cassation réformé par la jurisprudence de la CEDH : mythe ou réalité, D.2003 : 1443.

Sudre F. & Picheral, C. (2003) *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Paris : La documentation française.

Tigroudja, H. (2004) Les difficultés d'exécution de l'arrêt de la CEDH du 7 juin 2001 rendu dans l'affaire Kress/France, *RTDH* : 358

Wade H.W.R. & Forsyth, C.F. (2000) *Administrative Law*, Oxford university Press.

