La question de l'accès au droit dans le cadre de la réforme de la justice : Vers une méthode comparative [τ]

Marc Jacquinet[*]

Résumé

Les tribunaux des sociétés contemporaines sont devenus les personnages emblématiques d'une justice en crise. Le Portugal n'échappe pas à ce constat trivial. Si la présente crise institutionnelle et sociale de la justice projette les tribunaux au devant de la scène, il n'en est pas moins vrai que cette visibilité des tribunaux cache autant qu'elle révèle la crise, surtout celle de la justice au quotidien, celle qui concerne, peu ou prou, tout citoyen. Les symptômes sont biens connus : la lenteur de la justice, le manque d'efficacité, l'inflation des procès et les barrières à l'accès au droit, pour ne citer que ce qui touche de près au présent travail.

La question de l'accès au droit, thème récurrent des démocraties contemporaines, est au centre de la crise et de la réforme de la Justice. Elle constitue la pierre de touche de notre étude. L'accès au droit est, bien sûr, un principe de droit consacré par l'article 20 de la Constitution de la République portugaise. Mais c'est aussi un problème socio-économique réel qui mérite toute notre attention. Le manque d'accès devient alors un révélateur du problème de la justice, tout comme deux phénomènes concomitants : la *lenteur* des tribunaux et la *procéduralisation* croissante du droit, cette dernière mesurée habituellement par l'inflation du nombre de cas à traiter.

Toutefois, les mesures quantitatives de la crise, au travers du nombre de procès en cours, de l'augmentation du volume des cas à traiter et des critères économiques de définition de l'accès au droit ; sont très insatisfaisantes, surtout lorsqu'un des objectifs de l'étude est la comparaison internationale potentielle. Derrière une logique identitaire sommaire, se profile un problème complexe : la justice et les tribunaux sont des systèmes complexes dont les différentes dimensions sont imparfaitement mesurées par des données quantitatives. La nature des procès est-elle identique à celle du passé alors même que nos sociétés se caractérisent par l'émergence de nouvelles réalités économiques, sociales et politiques ?

Tout ceci nous amène, dans une première partie, à nous interroger sur le défi de la méthode à utiliser pour comprendre et expliquer l'objet de notre étude : l'accès au droit. Si nous admettons que ce problème inhérent de la justice est à son tour un système complexe, il nous faut en tirer les implications méthodologiques en vue de définir une méthode comparative, élargissant la notion de droit comparé et intégrant l'apport de différentes disciplines prégnantes en la question: le droit, l'économie et la sociologie, sans être exhaustif, mais sans nous perdre dans des considérations générales et peu opératoires.

[τ] Je tiens à remercier Maria Luísa de Castro Vasconcelos Gonçalves Jacquinet ainsi que João Carlos Relvão Caetano pour leurs critiques et suggestions. Toute erreur est de mon unique responsabilité. Le présent travail a bénéficié d'un financement de la Fondation Calouste Gulbenkian et, précédemment, d'une bourse de recherche du Commissariat Général aux Relations Internationales (CGRI) en Belgique conjointement avec l'Instituto de Cooperação Científica e Técnica Internacional (ICCTI) au Portugal avec la référence n.º AMG/BB.P/JP08/12/2000-008-S. La présente communication au séminaire du GEDIM et du RED&S a bénéficié d'un financement de la Fondation Calouste Gulbenkian de Lisbonne.

[*] Chercheur au DOGE (Departamento de Organização e Gestão de Empresas) et au CENEGE – Universidade Aberta, Rua Fernão Lopes 9, 1º Esqº, P – 1000 – 132 Lisboa, Portugal. Email: mjacquinet@univ-ab.pt et tel.: + 351 21 3141508 e Fax.: 21 3540124.

La méthode que nous développons se veut transdisciplinaire et considère le phénomène de l'accès au droit dans une perspective historique et dynamique. Du droit nous retiendrons le droit comparé, avec de sérieuses et nécessaires transformations, ainsi que la connaissance du dedans, centrée sur la notion de culture juridique. De l'économie politique, nous reprendrons l'analyse de l'efficacité de la justice, l'importance des institutions et la conception procédurale et évolutionniste des phénomènes socio-économiques. Enfin de la sociologie, nous travaillerons le contexte social ainsi que l'étude des organisations. L'objectif affiché est de rendre opérationnel la comparaison du cas portugais avec celui du Brésil, ou d'autres pays encore, où la question de l'accès au droit a un sens, peut-être très différent de celui qu'il a au Portugal.

Dans une seconde partie, une fois la méthode définie de manière non rigide, il est important de caractériser les différentes dimensions du problème de l'accès au droit. Cette partie délimitera l'accès au droit non seulement en termes économiques ou de principe en vigueur dans la réforme actuelle ; mais, également et surtout, en termes socio-économiques. Le manque d'accès au droit est un phénomène réel qui mérite une attention particulière quant à ses liens avec l'accroissement de la litigiosité et la lenteur de la justice. Le tout dans un contexte d'incertitude radicale où l'existence de phénomènes émergents et l'ignorance inhérente aux décisions humaines rendent toute prévision hasardeuse. Une fois de plus, la nature qualitative des facteurs en jeu est cruciale. La mesure de l'accès au droit n'est pas uniquement économique mais doit être définie dans le contexte général de la crise des tribunaux.

* * * *

Avertissement

Le présent texte constitue le premier temps d'une recherche sur la réforme de la justice portugaise reposant, d'une part, sur une méthode microcomparative et, d'autre part, sur une analyse macrocomparative, qui sera présentée dans un travail séparé[1], mais qui procèdent d'une même démarche transdisciplinaire que l'on peut qualifier de *mésocomparative*.[2]

* * * *

[1] Voir, dans le présent volume, le texte de João Carlos Relvão Caetano, "A reforma da Justiça em Portugal no contexto da reforma geral do Estado: Existe uma viragem de natureza regulatória ?"

[2] La distinction micro/macro est utile mais on a besoin d'un troisième niveau pour permettre une certaine dialogique entre les deux niveaux «primaires». La *mésocomparaison* procède d'une logique du tiers inclus qui joue le rôle de médiateur, et non de réducteur, entre le niveau *microsocial* ou *microcomparatif* et le niveau *macrosocial* ou *macrocomparatif*. C'est à ce niveau que les éléments se combinent et d'où émergent des phénomènes nouveaux, des effets émergents ou « pervers » qui ne se ramènent pas à de simples calculs d'agrégation. Cette logique se distingue de la simple opposition ou complémentarité entre la microéconomie et la macroéconomie de l'économie politique actuelle.

Par ailleurs, il est important de noter que notre approche «qualitative» s'efforce de dépasser l'analyse quantitative traditionnelle qui ne voit que nombre de procès, coûts monétaires, etc. alors que la dimension qualitative, plus difficile à caractériser permet de comprendre la crise de la justice plus en profondeur, au-delà des chiffres et des textes, au niveau de la réalité sociale et économique. Cette perspective qualitative se rapproche de l'esprit d'une logique du tiers inclus qui refuse les simples dichotomies identitaires et s'interroge sur des dimensions de la réalité, la complexité, qui ne respectent pas les découpages disciplinaires du savoir. Nous ne traiterons pas ici du tiers inclus pour ne pas surcharger la présentation.

Introduction

La présente recherche s'inscrit dans une double perspective : d'une part, réfléchir sur la crise et repenser la réforme de la justice portugaise de manière approfondie et dans la longue durée et, d'autre part, de réformer la pensée de la réforme de la justice, c'est-à-dire de transformer la méthode pour qu'elle tende à devenir à la fois *transdisciplinaire* et *historico-comparative*. Relativement à repenser la réforme, le défi est ambitieux, suite aux profondes transformations de nos sociétés (globalisation, place de la femme et de la famille, innovation technologique, etc.) et des diverses crises : de l'état, du droit, de la justice et de l'économie, pour n'en citer que quelques-unes.

Trois ou quatre disciplines quasi monopolisent la réflexion sur la réforme de la justice : le droit, l'économie, les sciences de gestion et la sociologie.[3] En plus des études sur la Justice, peu nombreuses[4] et relativement récentes, la perspective disciplinaire domine largement les travaux réalisés, même au niveau international. Les tentatives transdisciplinaires de compréhension de la crise de la justice sont rares. C'est que la transdisciplinarité, entendue comme potentialité de modification des méthodes adoptées actuellement par les différentes sciences sociales, est exigeante et, académiquement, risquée.[5]

Émergence de nouvelles réalités

La société portugaise, comme l'ensemble des sociétés européennes et latino-américaines, est au milieu d'une profonde transformation socio-économique, voire même beaucoup plus large. C'est d'autant plus vrai que l'on adopte une perspective historique de longue durée comme celle que préconisait Norbert Elias ou les théoriciens de la *Long Wave Theory* dont Kondratieff est le devancier le plus connu. L'économie continue de se transformer de telle manière que bon nombre de nouvelles expressions étiquettent certains phénomènes : l'économie de l'information, l'économie des réseaux, l'économie de la connaissance, l'innovation les technologies de l'information et de la communication que l'on peut les regrouper sous le vocable générique de la nouvelle économie. Il est à noter que le changement s'affiche comme une activité économique à part entière et qui gagne du terrain dans bon nombre de secteurs.[6] La société et la culture se transforment en profondeur et à divers niveaux de

[3] Le cas de la gestion est récent et vise surtout la mise en place des dispositifs de la réforme. On peut citer le cas de l'anthropologie juridique comme une des disciplines souvent ignorées dans les études et les mises en oeuvre des réformes.

[4] Il y a bien sûr l'étude réalisée par Boaventura de Sousa Santos *et alii* du Centro de Estudos Sociais (CES) de l'Université de Coïmbre qui n'a pas encore susciter beaucoup d'émules. On constate, par ailleurs et plus récemment, une tendance à la spécialisation disciplinaire des études en cours, souvent sous le primat de la gestion et de la mise en place de réformes partielles et relativement rapides. Malgré ce relatif engouement gestionnaire et d'une recrudescence de l'attention à l'endroit de la réforme du droit, il manque surtout des véritables études *multi-*, mais surtout, *inter-* et *trans-disciplinaires* qui ne se complaisent pas dans la juxtaposition de données et dans la formulation de recommandations procédant plus du souci de provende que de la poursuite d'analyses rigoureuses conscientes, en même temps, des limites inhérentes à l'étude de la complexité.

[5] L'attitude est risquée vu que sera vite lancé l'anathème sur celui qui se risque à ne plus "faire que", mais à s'intéresser à des choses diverses, voire superflues. Pour plus de précisions sur la transdisciplinarité, voir Sergio Vilar, *La nueva racionalidad…*, 1997 ou Caetano *et al*. 2000.

[6] Voir Dominique Foray, *L'économie de la connaissance*, Paris, La Découverte, 2000.

réalité : la famille[7], le travail, l'emploi, l'éducation, les compétences, etc. On parle de société en réseau et de réseaux, de société de l'information. Le tout inséré dans un processus de mondialisation des économies régionales et de globalisation qui touche les cultures et les sociétés contemporaines.[8] La combinaison de ces changements, dans différentes sphères économiques et sociétales, est telle que l'on constate une certaine accélération et une interdépendance accrues des phénomènes économiques, technologiques et sociaux. Même s'il est difficile de mettre de l'ordre dans telle profusion, il est impossible de nier qu'une nouvelle réalité est là, largement incomprise mais dont les délinéaments nous portent à croire à une imbrication de l'ensemble des phénomènes sociétaux, y compris le droit.

En abordant le problème de l'accès au droit, nous traiterons d'abord des questions de méthodes et ensuite de définition et d'explication du phénomène retenu.

Le défi de la méthode

Notre point de départ tourne autour de deux questions. Tout d'abord, quelles sont les dimensions critiques de la crise de la justice et de la transformation du droit et de la société portugaise ? Ensuite, une fois appréhendée, la crise de la justice et définie le problème, quelles sont les grandes options d'orientation de la politique de la justice qui permettent d'orienter l'action vers un changement soutenable ? Les deux questions, bien sûr, sont liées. Mais il faut se garder de voir une simple antériorité de la première sur la seconde. En suivant Egon Becker et Siméon Fongang, tous deux actifs dans des axes de recherche du programme Most de l'Unesco, nous insistons sur le fait que la définition du problème de la justice doit être orienté vers la société et non suivre à peine l'orientation des spécialistes.[9]

La méthode adoptée se veut souple tout en maintenant certains principes d'orientation. En reprenant les mots du poète espagnol Antonio Machado dans *Proverbios y Cantares* : « caminante, no hay camino, se hace camino al andar », on peut considérer la démarche d'investigation comme partiellement cyclique, où l'on retourne à certaines problématiques considérées comme classiques ou tout simplement difficiles. On procède donc de la sorte par rétroactions entre la définition du problème, la méthode adoptée et les résultats et les enseignements que l'on retire au fur et à mesure de la progression de la recherche sur le terrain.[10]

---

[7] Jacques Commaille, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

[8] André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ, 1997.

[9] Egon Becker et ses collaborateurs, en partant du concept de développement soutenable, se basent sur une approche qu'ils qualifient de «society-oriented definition of problems». Siméon Fongang, quant à lui, insiste sur le lien entre la problématique (de quoi il est question ou, si l'on veut, la finalité poursuivie), l'analyse et la politique (constituée de recommandations). Pour notre part, si la définition du problème doit intégrer la dimension de l'action politique ou sociale future, il est important qu'un dialogue et un va-et-vient s'instaurent entre ceux qui définissent le problème (généralement le «commanditaire » avec certains chercheurs) et ceux qui réalisent l'analyse (les chercheurs). Il existe donc des *rétroactions* entre la définition du problème et l'analyse de terrain.

[10] La méthode se veut souple, proche de celle adoptée par Edgar Morin en sociologie (*Commune en France : la métamorphose de Plodemet*, Paris, Fayard 1967 et *Sociologie*, Paris, Seuil, 1984). Nous sommes ici bref sur la méthode adoptée pour manque d'espace. En plus de la bibliographie citée sur le sujet, nous renvoyons le lecteur à d'autres textes dans lesquels nous avons circonscrit, pour l'instant,

La présente discussion méthodologique comporte cinq parties et tourne autour des thèmes respectifs de la transdisciplinarité, l'histoire, le droit comparatif, l'économie politique, la sociologie et l'anthropologie avant de conclure sur la contextualisation et la dimension *qualitative* du phénomène étudié, en contrepoint de l'abus du quantitativisme. Bien souvent, un phénomène présente différentes dimensions, un arbre dont les différentes branches sont traitées par des disciplines qui procède à la disjonction des éléments du phénomène au lieu de partir du problème commun.

a - La transdisciplinarité comme principe directeur

Tout d'abord, notre idéal de recherche est celui de la transdisciplinarité. Il s'agit d'un horizon exigeant et dont les difficultés sont ancrées dans notre conscience. Sur base d'une convergence, d'une pat, des points de vue de méthode de nos travaux respectifs sur la question de l'innovation technologique et de la réforme de la sécurité sociale; et, d'autre part, suite à une réflexion sur le droit comparé traditionnel, nous sommes amenés à intégrer des regards distincts, partiellement complémentaires, ancrés dans des traditions disciplinaires qui s'ignorent largement: le droit, l'histoire, l'économie politique, la sociologie et l'anthropologie culturelle (ou sociale).

b - La transformation de la justice en tant que processus historique et évolutif [11]

Bien plus que de se référer au poids de l'histoire qui intègre diverses études, réalisées actuellement, sur la société portugaise et sa lente transformation, il convient ici de considérer la dynamique de l'histoire qui imbrique, de manière variable, permanence et changement dans le cadre d'un présent et d'un futur, radicalement incertains. Loin de nous toute conception du déterminisme historique, notre préoccupation est de révéler la *dynamique* de la justice portugaise qui, au cours de son histoire, a suivi et suit encore un chemin tortueux semé d'embûches et d'épreuves critiques dans un contexte incertain. Ce souci pour la dynamique nous amènera à critiquer la conception traditionnelle du droit comparé, trop fermé sur lui-même et n'intégrant que trop peu l'évolution du droit.

Nous insistons sur le caractère incertain des décisions humaines. En effet, l'histoire comme enchevêtrement de causes et d'effets vraisemblables porte à croire en une articulation logique, évidente et déterministe des événements, alors que c'est souvent du contraire qu'il s'agit. Pour reprendre une phrase célèbre de Raymond Aron tirée de son *Introduction à la philosophie de l'histoire*, il s'agit de «restituer au passé l'incertitude de l'avenir ». Mais ici apparaît question encore non résolue dans les sciences sociales : comment définir l'incertain ? Lorsque l'on essaie de déterminer ce que l'on entend par incertitude ou bruit, deux conceptions s'opposent. D'un côté, nous avons l'approche dominante, surtout en économie, qui est d'adopter une réduction de l'incertain par le biais d'une théorie des probabilités. L'incertitude est

---

une série de réflexions méthodologiques dans un Journal de recherche. Par ailleurs, nous avons élaboré une *note provisoire de recherche sur l'étude des tribunaux* qui est disponible sur demande (mjacquinet@univ-ab.pt).

[11] La justice et le droit sont considérés, par rapport à la société, comme co-évolutifs. Voir Geoffrey Hodgson, *Evolutions and Institutions…,* sur ce sujet.

ainsi transformée en risque. De l'autre côté, l'incertitude dite radicale est irréductible au calcul des probabilités. Elle se relie à des notions d'incomplétude et d'ignorance.[12]

c - Du droit comparé au droit comparatif

Le droit comparé est un passage obligé de toute recherche de comparaison de systèmes nationaux de justice. Toutefois, il faut combler certaines lacunes du droit comparé tel qu'il est encore largement pratiqué de nos jours, surtout dans sa veine dogmatique.

Un premier problème provient de l'inadéquation de la méthode traditionnelle du droit comparé par rapport aux nécessités épistémologiques liées à l'étude d'un phénomène réel, et seulement en partie juridique, comme l'est l'accès au droit. En paraphrasant Marcel Mauss, l'accès au droit est un phénomène socio-juridique total, mais aussi et surtout, complexe, refusant, tout comme Edgar Morin, tout holisme simplificateur.[13] Il ne suffit donc pas de juxtaposer les données ou les textes légaux pour pouvoir produire une connaissance comparative pertinente. En d'autres termes, pour ce qui est de l'accès au droit, il n'est point satisfaisant de comparer en se concentrant, par exemple, sur les articles constitutionnels du Portugal (article 20) et de l'Espagne (article 26) et de s'en tenir, par ailleurs, à la littérature juridique spécialisée. L'objet est autre, un phénomène *social et juridique*, et le problème revient essentiellement à une question de méthode. Au-delà du droit comparé traditionnel, il existe un réel besoin d'une véritable méthode comparative, en droit, ouverte à d'autres sciences sociales dont l'anthropologie, la sociologie et l'économie politique afin d'intégrer la différence.[14]

Ensuite, d'une manière plus générale, le droit comparé procède d'une conception moniste du droit et d'une vision positive qui constituent un obstacle à l'ouverture aux autres sciences sociales et, plus encore, à l'interdisciplinarité au-delà de l'enrégimentement de sciences auxiliaires, comme l'histoire du droit, qui n'interrogent que trop peu le comparatiste et tendent à ne sélectionner des éléments peu dérangeants pour la perspective, à dominante descriptive, qui est adoptée.

Trop souvent, le droit comparé présente un double défaut : d'une part, un manque de réflexion épistémologique, portant principalement sur l'objet de la comparaison, et, d'autre part, un déficit théorique, Constantinesco se référait même à une certaine «misère théorique» du comparatisme.

Notre approche est tout autre et vise tant au fondement épistémologique qu'à des assises théoriques plus solides et plus larges. Tout d'abord, la définition du droit que nous retenons prend un sens plus large. Nous procédons de la sorte à un élargissement de la notion de droit, «[...] à une dilatation du territoire intellectuel du comparatiste comme condition inéluctable d'une compréhension approfondie du droit positif produit par une communauté juridique [...] ».[15] René David avertissait déjà en

[12] Voir les travaux sur l'incertitude et l'ignorance de Brian Loasby et de Geoffrey Hodgson cités dans la bibliographie.

[13] Voir notre essai sur la question : "*La rationalité des sciences sociales et la question du regard : Individualisme, holisme et transdisciplinarité"*, Discursos, numéro spécial, Estudos em Memória do Prof. Doutor Luís Sá, décembre 2000.

[14] Ceci va à l'encontre des positions dominantes du droit comparé encore aujourd'hui pratiqué et où la différence doit être gommée afin de ne garder que ce qui peut être comparé.

[15] Pierre Legrand, *Le droit comparé*, Paris, PUF, p. 22.

1950 dans son *Traité élémentaire de droit civil comparé* que «[le droit] ne saurait être compris sans la connaissance de la société qu'il gouverne, et dans l'ignorance des manières de se conduire, de penser, et de sentir des membres de cette société ».[16] Cette définition plus large du droit est congruente avec la perspective transdisciplinaire et l'ouverture méthodologique que nous préconisons. Par ailleurs, cette position adopte comme corollaire un principe d'humilité qui implique, pour le chercheur, la pleine conscience des limites de son approche du problème.

En plus d'une définition plus large du droit, en tant qu'ouverture aux autres cultures et à l'altérité d'autres droits, nous adoptons une seconde ouverture vers d'autres disciplines qui apportent une perspective à la fois complémentaire et concurrente sur la réalité sociale des autres systèmes de droit et de justice. D'où une dialogique entre les disciplines que nous avons retenues tant au niveau de la définition de l'objet de l'étude comme celui de la méthode adoptée et à adopter. Dans cette perspective la méthode d'une discipline peut se voir modifier de manière radicale. Cette modification de la méthode disciplinaire est le fondement de la transdisciplinarité. Finalement, ce dialogue entre disciplines implique une autocritique du travail du comparatiste.

De ces options retenues, deux conséquences doivent être tirées. Tout d'abord, il est nécessaire que le comparatiste procède à un ressourcement théorique à la fois dans le droit et dans les sciences sociales autour du problème de l'altérité, le droit ou le système de justice de l'autre. Ensuite, afin de pouvoir tirer profit de l'adoption d'une démarche transdisciplinaire, en termes de résultats pertinents, notamment pour l'action, il est fortement souhaité de tenir compte du contexte socioculturel et de la dynamique temporelle du phénomène ou de l'institut étudié. C'est ce que nous cherchons à faire pour l'étude de l'accès à la justice.

d - L'apport de l'économie politique

Même si l'expression «économie politique» apparaît sous un angle suranné pour certains, spécialement ceux qui sont de fervents défenseurs de l'économie néoclassique, elle a tout le moins le mérite de distinguer notre démarche, plus proche de la veine institutionnaliste et la sociologie économique qui renouent avec des auteurs du début de ce siècle (Veblen, Weber, Durkheim, Schumpeter, Marshal et Simmel). Pour l'étude des tribunaux et des modes alternatifs de résolution des conflits qui touchent au problème de l'accès au droit, nous adoptons relativement à l'étude de l'efficacité une analyse relativement classique qui adapte l'analyse coût-bénéfice à un cadre institutionnel propre, celui de la justice, qui se distingue de bon nombre de traits habituellement attribués aux pouvoirs publics. L'analyse de l'efficacité est importante pour clarifier certains problèmes, notamment ceux liés aux appuis judiciaires et à d'autres mesures adoptées dans les tribunaux du Portugal. Elle participe à la mise en évidence de certains dysfonctionnements.

Mais cette approche reste très partielle si l'on reconnaît que le phénomène étudié est chargé d'historicité, c'est-à-dire qu'il suit une dynamique historique propre. Il faut encore une fois envisager la justice sous l'angle d'un processus complexe dont l'efficacité est une dimension, l'histoire une seconde tout aussi importante et, enfin, les institutions une troisième. L'institutionnalisme, ancien et nouveau, a le mérite de jeter un pont entre le droit et la sociologie.

[16] René David, Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris, LGDJ, 1950, p. 17. Cité également par P. Legrand, *op. cit*., p. 6 et 7.

e – De la sociologie et de la sociologie des organisations en particulier

De la sociologie nous retenons deux aspects cruciaux. Tout d'abord, la réalité organisationnelle étudiée par la sociologie des organisations et, par ailleurs, les relations sociales, et notamment les représentations sociales autour des tribunaux. Ces deux aspects s'intègrent dans une vision du processus historique de transformation de la justice et des tribunaux. L'analyse des tribunaux importe bon nombre de concepts de la sociologie des organisations avec une adaptation nécessaire quant au caractère *sui generis* de ceux-ci. À un niveau plus général, notre approche est finalement proche de celle développée par Jacques Commaille.[17]

f - Premières conclusions de principe

La dimension historique est au centre de notre paradigme de recherche, tout comme le souci de pratiquer la transdisciplinarité, un exercice difficile et souvent inégalement comblé. Toutefois, l'ensemble de notre discussion identifie en plus des dimensions quantitatives bien connues, quoique pas toujours bien mesurées, une dimension qualitative des transformations en cours qui laisse rarement les données brutes inchangées. Nous tirons des considérations sur l'histoire et que nous pouvons étendre à l'anthropologie, une méthode de contextualisation et de révélation des dimensions qualitatives de la justice. Souvent derrière deux termes présentés de façon tranchée se profile un troisième terme, un tiers exclus, qui permet d'éclairer la dimension qualitative d'un phénomène tel que la litigiosité ou la lenteur de la justice. C'est notre tâche dans la partie suivante.

Les dimensions critiques de l'accès au droit

Considérations générales

Etant donné notre conception plus large du droit, nous sommes amenés à définir l'accès au droit dans un contexte élargi : à la fois juridique, social et politique, sans pour cela oublier la contextualisation historique. Le souci des aspects qualitatifs de l'accès à la justice est à mettre en exergue.

En plus du contexte, il faut définir ce que l'on entend par accès au droit.[18] Ce principe générique, garantissant d'autres droits fondamentaux de toute démocratie, est souvent, comme dans le cas portugais ou espagnol, une norme constitutionnelle dont

[17] Jacques Commaille, *L'esprit ...* et *Territoires de Justice*, Paris, PUF, 2000.

[18] La notion d'accès au droit peut être prise ici comme synonyme d'accès à la justice (comme on le rencontre dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* dirigé para André-Jean Arnaud), si cette dernière inclut, en plus de l'accès aux tribunaux, l'accès aux modes alternatifs de résolution de différends, comme l'arbitrage ou la médiation. L'accès au droit ne se limite donc pas à l'accès de la justice de l'État incarnée par les tribunaux. Dans ce domaine de la justice hors tribunaux, il reste un grand travail, nom seulement de réflexion, mais surtout d'information et de connaissance. De plus, il reste la question de l'accès au droit des anciennes compétences des tribunaux qui passent, peu à peu, à l'administration ou des services publics comme le registre civil, le notariat, les directions générales de l'administration fiscale et beaucoup d'autres. Là aussi se posent des problèmes d'accès et de célérité des décisions.

il importe de préciser les contours car l'accès au droit est, maintes fois, associé à une de ses composantes ; c'est par exemple le cas de l'aide à l'appui judiciaire (*apoio judiciário*).

Comme première approche, on peut dire que l'accès au droit est une constellation de droits, d'une part, ceux centrés sur les tribunaux (aide judiciaire, participation aux frais de justice), comme ceux plus périphériques, en amont et en aval de ces institutions comme c'est le cas de l'information et de la connaissance de ses droits et, d'autre part, excentrés par rapport à la justice d'État, comme l'accès à la médiation ou à d'autres modes alternatifs de résolution des conflits. Par rapport à ces derniers la question du rôle de l'État est cruciale: régulateur, contrôleur ou protagoniste ? Mais voyons la notion d'accès au droit dans la loi portugaise afin de permettre par la suite, dans d'ultérieurs travaux, une comparaison avec d'autres pays dont le Brésil.

La Constitution portugaise de 1976, tout comme aujourd'hui, consacre dans son article 20 l'accès au droit et à la tutelle juridictionnelle effective. L'institut ou principe dénommé *accès à la justice* procède d'une reproduction partielle de "valeurs" de l'État-providence qui surgît en Europe du Nord alors que le Portugal sortait à peine de la dictature et dont la culture démocratique et la revendication des droits, fondamentaux et autres (sociaux, culturels, etc.) n'étaient pas encore mûres. Le poids de l'histoire est important. L'État-providence et une culture combative sur le terrain des droits sociaux et politiques dans les pays du Nord de l'Europe ne cadrent pas avec le cas du Portugal qui n'a pas si longtemps était encore peu politisé et qui n'a pas pleinement développé les virtualités d'un État-providence avec des droits sociaux peu effectifs. L'histoire du Portugal éclaire une partie des problèmes de l'accès au droit. Le tribunal est souvent perçu, encore aujourd'hui, comme peu accessible. Mais retournons à la discussion de l'article 20 de la Constitution sur l'accès au droit.

Ce principe est important vu l'orientation qu'il donne aux législations portugaises subséquentes en la matière. Le premier paragraphe de l'article 20 établit deux normes : la première défend que "l'accès au droit et aux tribunaux est garanti pour tous afin de défendre leurs intérêts protégés par la loi" et la seconde interdit que ce droit "soit déni pour manque de moyens économiques".[19] Par ailleurs, le second paragraphe du présent article avance une troisième norme qui précise les éléments constitutifs de l'accès au droit comme : "l'information et le conseil juridiques, l'appui judiciaire et le droit de se faire accompagner par un avocat devant toute autorité."[20]

Enfin, les paragraphes quatre et cinq du même article consacrent une norme additionnelle d'une justice équitable et rapide : "tous ont droit à une décision qui soit rendue dans un délai raisonnable et suivant un procès équitable […] et la loi garantit aux citoyens de procédures judiciaires caractérisées par la rapidité et la priorité".[21]

---

[19] Le texte de l'article 20, paragraphe 1 est : "A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos."

[20] Le second paragraphe est : "Todos têm o direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advodago perante qualquer autoridade."

[21] Le texte original du quatrième paragraphe est : "Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo" et celui du paragraphe cinq : "Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos".

Ceci implique que les tribunaux doivent décider dans les délais prévus par la loi. [22] Mais vu l'interprétation que font les juges des délais stipulés par la loi, tant dans le Code de procédure pénale comme dans le Code de procédure civile, tout porte à croire que ces délais sont purement indicatifs. En atteste, d'ailleurs, la pratique qui se vérifie dans les tribunaux portugais. Les délais légaux sont fréquemment dépassés. Il existe une certaine confusion autour des délais pratiqués, souvent au travers des interprétations divergentes des parties ou du juge. Entre les principes de la Constitution, ainsi que les normes des Codes de procédure, et la réalité, le fossé est souvent grand.

Nous touchons ici à un problème de contextualisation de l'accès au droit qui se relie à deux autres phénomènes intimement imbriqués : la lenteur (*morosidade*) des tribunaux et la croissante litigiosité de la société portugaise. Et tout tourne autour d'une pratique de la loi et du droit qui oblige toute étude sérieuse à dépasser l'analyse des textes, certes nécessaire, et aller sur le terrain.

Au-delà d'une définition économique ou formelle

Définir l'accès au droit en termes de ressources économiques et dans le cadre d'un contexte restreint de celui de l'appui judiciaire et de l'espace strict des tribunaux, c'est s'intéresser certes à une importante barrière à l'accès à la justice ; mais, c'est, en même temps, refuser de traiter des pans entiers du problème.

Il est, en effet, commode de définir l'accès au droit en termes monétaires sans se préoccuper, d'une part, de l'effectivité de la norme - est-elle appliquée par les tribunaux ? - et, d'autre part, des autres dimensions du problème qui sont de nature cognitive, socioculturelle et psychologique et inclut de surcroît les coûts d'accès à l'information. L'accès au droit ne se résume pas à une mesure des moyens économiques et à octroyer un appui judiciaire, surtout lorsque ce dernier se concrétise par l'attribution d'un avocat stagiaire ou peu expérimenté en mal de clients.[23] Un second problème concerne le coté de la demande d'appui judiciaire. Les citoyens qui introduisent une telle demande ignorent bien souvent qu'ils ont le droit de choisir leur avocat. Si on ajoute à cela les représentations sociales qui procèdent d'une certaine vision pusillanime qu'un potentiel plaignant a de ses droits.

Le remède choisi n'attaque pas la maladie qu'il prétend combattre. Le système peut favoriser une «justice de riches », de notables et de gens astucieux (ce serait la figure lusitanienne de l'*esperto,* individu qui sait passer entre les mailles du filet). On constate qu'une portion significative des litiges portés aux tribunaux est due à des habitués connaissant les rouages du système, et que Marc Galanter, dans un autre cadre légal, qualifie de *repeat players*.[24] Ce sont, notamment, surtout dans les grandes villes, les entreprises de nouveaux services à la population comme les téléphones portables, la télévision par câble ou encore toutes les activités de

[22] C'est l'interprétation de constitutionnalistes tels que J. J. Gomes Canotilho et V. Moreira. Voir leur livre: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coïmbre, Coimbra editora, 1993, troisième édition, anotations IV et V portant sur l'article 20 (Acesso ao direito e aos tribunais), p. 163-164.

[23] Le marché du travail des juristes se caractérise par une offre largement excédentaire qui explique une certaine tendance chez les avocats peu professionnalisés à accepter ce que certains qualifient de petits boulots.

[24] Marc Galanter « Why the « haves » come out ahead : speculations on the limits of legal change », *Law and Society Review*, Vol. 9, nº 1, 1974.

consommation en forte expansion. Dans un pays où les salaires sont bas, les problèmes d'endettement, phénomène récent au Portugal, pays traditionnel d'épargnants, contribuent à l'engorgement des tribunaux, principalement à Lisbonne et Porto. L'endettement des ménages est un de ces phénomènes émergents et qualitatifs dont nous parlions.

La récente législation sur la matière corrige, formellement, bon nombre de problèmes. Mais, même si la loi du 20 décembre 2000[25] précise la protection juridique, le conseil juridique (*consulta jurídica*) et l'appui juridique, elle reste très succincte sur l'information juridique, sur la prévention des litiges (l'amont des tribunaux) et sur la suite qui est donnée après jugement ou décision (l'aval des tribunaux). Par ailleurs, les modes alternatifs de résolution des conflits sont encore largement négligés. Serait-on ici face à l'émergence de nouveaux modes de régulation de la conflictualité socio-juridique ? Si tel semble le cas, quel doit être le rôle de l'État, quels liens et quels complémentarités ou conflits entre les deux systèmes: la sphère publique représentée par les tribunaux et la sphère "privée" (médiation, arbitrage, etc.) d'offre de (la) justice?

Tout ceci nos amène à considérer, une fois de plus une définition plus large (juridico-socio-économique) de l'accès au droit. Surtout si l'on considère de surcroît la présence de phénomènes joints : lenteur, litigiosité et inefficacité dans un contexte d'incertitude radicale. Une conséquence de tout ceci, est le besoin d'un retour à la nature qualitative des facteurs en présence. Par exemple, dans le cas de l'endettement des ménages, les explications socio-économiques sont pertinentes afin de voir quelles explications plus « qualitatives » que l'on peut avancer.

Conclusion

Penser la crise et la réforme de la Justice n'est point chose aisée. Si la conception d'une méthode transdisciplinaire que nous développons cherche à éviter deux écueils : d'une part, l'arrogance méthodologique de la meilleure méthode qui nie un des fondements de la *disputatio* – on dirait plutôt aujourd'hui la dialogique : l'humilité et, d'autre part, la rigidité des découpages disciplinaires qui, par exemple, conçoivent la sociologie, l'histoire et l'économie comme des sciences auxiliaires les unes par rapport aux autres et qui empêchent les autres d'innover "chez nous".

Notre réflexion a porté sur deux thèmes que nous considérons comme préalable à une meilleure compréhension de la crise de la justice. Tout d'abord, mettre en avant une méthode historico-comparative axée sur un effort théorique interdisciplinaire. Ensuite, définir la problématique de l'accès au droit, un aspect de la crise de la justice et du droit certes, mais un élément essentiel d'une authentique Démocratie. Un élément central, tant du point de vue analytique que de la réforme de la justice. Penser l'accès au droit, c'est un peu penser le droit dans notre société, c'est aussi se rendre compte de l'imbrication des phénomènes de droit liés aux tribunaux qui sont des phénomènes sociaux d'une certaine totalité et d'une totalité certaine.

[25] La référence du texte de loi est: Lei 30-/2000, Acesso ao direito e aos tribunais.

Nous avons rencontré le thème de la complexité que nous prenons dans deux sens : d'abord, comme réalité constituée par un ensemble de phénomènes émergents aux contours imprécis et au futur incertain et, ensuite, comme méthode qui vise à adapter le mode de connaissance et qui est, pour nous, synonyme de transdisciplinarité. Transdisciplinarité qui implique un principe et devoir de modestie. La complexité et la méthode transdisciplinaire, en essayant d'éviter l'écueil du positivisme réducteur et mutilateur de la réalité, offrent des attentes différentes, certes plus modestes, mais plus stimulantes parce que nous savons bien peu et notre espoir est, encore et toujours, de comprendre notre monde et celui de l'autre dans toute sa diversité, du moins nous l'espérons. Notre seul regret est de ne pas avoir pu dans ce bref travail intégrer nos réflexions sur le tiers inclus. Ce sera pour une prochaine recherche et/ou collaboration.

Bibliographie [26]

Arnaud, André-Jean, (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, LGDJ et Story Scientia, 1988.

Arnaud, A.-J., *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ, 1997.

Arnaud, A.-J., *Le droit trahi par la sociologie. Une pratique de l'histoire*, Paris, LGDJ, 1998.

Baptista Machado, João, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983.

Becker, Egon, *et al.* (1997) *Sustainability : A Cross-Disciplinary Concept for Social Transformations*, *MOST Policy Papers* nº 6, Paris : Unesco.

Caetano, João Carlos Relvão ; Curado, Henrique et Jacquinet, Marc, "*On Transdisciplinarity in Organizations, Innovation and Law"*, *in* Scholz, R., Haäberli R., Bill, A. e Welti M., *Transdisciplinarity: Join t Problem-Solving among Science, Technology and Society*, Zurich: Haffmans Sachbuch Verlag, 2000, p. 528-533.

Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994 [1978].

Commaille, Jacques, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), 1994.

Commaille, Jacques, *Territoires de Justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), 2000.

Detienne, Marcel, *Comparer l'incomparable*, Paris, Le Seuil, 2000.

Ferreira de Almeida, Carlos, *Introdução ao Direito Comparado*, Lisbonne, Almedina, 1998, 2ème édition.

Fikentscher, Wolfgang, «Cultural Complexity», *Santa Fe Working Paper*, nº 98-09-087, Santa Fe Institute, Nouveau Mexique, 1998.

Fongang, Siméon (1997) *Le développement humain : problématiques et fondements d'une politique économique*, MOST Documents de Discussion nº 20, Paris, Unesco.

Foray, Dominique, *L'économie de la connaissance*, Paris, La Découverte, 2000.

[26] La liste se veut non exhaustive. Sur demande l'auteur peut envoyer par courrier électronique une liste bibliographique plus fouillée ainsi que les publications en cours sur le sujet.

Galanter, Marc, «Why the "haves" come out ahead : speculations on the limits of legal change», Law and Society Review, Vol. 9, nº 1, 1974.
Galanter, Marc, «A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais», *in* Antonio Hespanha, *Justiça e Litigiosidade : História e Prospectiva*, Lisbonne, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
Ghorra-Gobin, Cynthia, «La démarche comparative en sciences sociales: Esquisse pour un débat sur la méthode et les objectifs à partir de trois projets MOST menés au sein d´un réseau international de chercheurs», *Document de discussion* du MOST, nº 40, 1998.
Hannick, Jean-Marie, « Brève histoire de l'histoire comparée », dans G. Jucquois et Ch. Vielle [éd.], *Le comparatisme dans les sciences de l'homme. Approches pluridisciplinaires*, Bruxelles, DeBoeck, 2000, p. 301-327.
Hespanha, Antonio Manuel, *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*, Lisbonne, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
Hirschman, Albet O. *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organisations, and States*, Cambridge – Massachussets, Harvard University Press, 1970.
Hodgson, Geoffrey, *Evolutions and Institutions: On Evolutionary Economics and the Evolution of Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 1999.
Legrand, Pierre, *Le droit comparé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999.
Loasby, Brian, *Choice, complexity and ignorance : An enquiry into economic theory and the practice of decision-making*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976.
Mokyr, Joel, Science, «Technology, and Knowledge: What Historians can learn from an evolutionary approach », texte présenté lors de la conférence « The Evolution of Science», Santa Fe, Nouveau Mexique, le 16 mai 1998.
Nooteboom, Bart (2000) «Institutions and Forms of Co-ordination in Innoation Systems», ronéotypé, Ecole d'administration des affaires, Université Erasme de Rotterdam.
Pastor Prieto, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economia*, Madrid, Editorial Civitas, 1993.
Pharo, Patrick, *Le sens de la justice: Essai de sémantique sociologique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.
Rouland, Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.
Rowland, Robert, *Antropologia, História e Diferença : Alguns Aspectos*, Porto, Afrontamento, 1987.
Santos, Boaventura de Sousa *et alii*, *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas : O Caso Português*, Porto, Afrontamento, 1996.
Vilar, Sergio, *La nueva racionalidad : Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios*, Barcelona, Kairós, 1997.