

M É L A N G E S

PIERRE
BÉZARD

Le juge
et le droit
de l'économie

Petites / affiches
Montchrestien

Le juge et le sentiment de justice

Marie-Anne FRISON-ROCHE ¹

Professeur de droit à l'Institut d'Études Politiques de Paris

Pierre Bézard est reconnu comme un « grand juge ». Mais une fois qu'une sorte d'intuition commune a produit l'expression dans l'esprit de ceux qui pense à lui et veulent l'honorer notamment à ce titre, vient la question de savoir pourquoi un tel qualificatif s'impose si aisément. On peut être un grand juriste sans être nécessairement un grand juge, même pour ceux qui exercent cet office. Un juge savant n'est pas nécessairement un grand juge. Sans tenter un douteux portrait-type, on peut penser qu'un grand juge est celui qui juge bien, c'est-à-dire celui qui non seulement manie bien les règles de droit qui sont ses instruments mais encore trouve la solution particulière efficace pour éteindre le litige, mais encore arrive à rencontrer, voire à faire naître un sentiment de justice en la personne des parties, à travers les groupes sociaux qui l'observent, à l'intérieur de sa propre personne. Le grand juge est habité par le sentiment de justice. C'est ce qu'est Pierre Bézard.

Mais on ne peut prétendre sans précaution que le sentiment de justice existe à un point suffisant d'objectivité que l'on puisse en faire l'objet même de l'art de juger. Le sentiment de justice souffre de telles fragilités qu'il faudrait peut-être même songer à ne plus y faire référence. En effet, le sentiment de justice renvoie nécessairement à une conception personnelle, historique et émotive de la façon dont celui qui en parle conçoit la justice. Ce particularisme, la part de l'histoire et de l'émotivité qui dessinent celui-ci, on le retrouve avec la même intensité concernant le sentiment collectif de justice.

Mais la fragilité de la notion de sentiment de justice peut être dépassée. En effet, on s'est tant référé à l'éthique et à l'équité dans la pensée occidentale,

1. Une version précédente de ce texte a été soumise à la discussion lors du colloque *Judicial power and the rule of law : visiones comparadas*, Sitges, 8 juin 2001. L'auteur tient ici à remercier tous ceux qui ont bien voulu faire des observations, dont la considération a pu venir enrichir les présentes réflexions.

qu'on nous présentait comme si naturellement constant que quelques observations relativistes ont suffi à écarter les juristes techniciens de la question². De la même façon le sentiment de justice paraît si personnel, rattaché aisément à une conception romantique de l'art de juger, que si l'on peut pourtant trouver un peu d'objectivité dans le sentiment de justice, un sentiment de justice commun aux justiciables et au juge, un sentiment objectivement détectable, la manière technique de rendre la justice pourrait l'accueillir.

Pour pouvoir en parler, il faut donc tenir compte dès le départ du relativisme du sentiment de justice, notamment suivant que celui-ci s'exprime dans la société française – dans un rapport très fort avec l'égalité³ –, américaine – dans un rapport très fort avec l'individualisme⁴ – ou asiatique – dans un rapport très fort avec l'insertion dans le groupe⁵.

Il faut tenir compte aussi du paramètre selon lequel les cultures donnent plus ou moins de place aux perceptions construites par les personnes de ce qui est juste, qu'il s'agisse des groupes minoritaires⁶ ou des juges. Ainsi dans des systèmes où le juge est, plus ou moins, un agent neutre du système judiciaire, son sentiment personnel de ce qui est juste existe mais n'est pas la base de la décision, influe mais n'est pas assumé comme tel. C'est le cas en France, en opposition aux systèmes juridiques anglais et américain où les juges expriment comme base de leur décision leur sentiment personnel de ce qui est juste ou injuste⁷. L'on peut renvoyer cette façon de faire à une conception d'une « équité charismatique ». Elle est favorisée grandement par la technique de l'opinion dissidente. Elle est supportable parce qu'elle s'insère dans une culture du débat et de la motivation que l'Europe ne pratique pas à ce point.

Malgré cela, l'on peut prétendre dégager quelques éléments qui constituent le cœur d'un sentiment de justice qui soit suffisamment objectif et fondé pour qu'on demande au juge d'aller à sa rencontre, voire de le susciter. En outre, s'il existe un sentiment objectif de justice, sans que l'émotivité et le relativisme culturels puissent en dénier l'existence, alors le sentiment objectif de justice est universalisable. Cette universalité devient cruciale car la mondialisation des rapports de force pourrait trouver un certain équilibre dans la charge de préserver un sentiment objectif, charge que pourrait porter le nouveau juge

2. Le relativisme culturel est un argument fatal contre une conception absolutiste de l'équité, comme le montrent les dissertations sadiennes sur ce thème. Voir à ce titre *Justine ou les infortunes de la vertu*.

3. Voir par ex., Mission de recherche Droit et Justice, « Enquête de satisfaction auprès des usagers de la justice », mai 2001.

4. C. GREENHOUSE, « Anthropologie juridique aux États-Unis », *L'Harmattan*, 2001.

5. A.-M. HESPANHA « Feelings of justice in Macau », 1999.

6. V. dans un très ample débat, J. RAWLS, « Libéralisme politique », coll. Philosophie Morale, *PUF*, 1997, et M. WALZER, « Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité », *Senil*, 1997.

7. V. not. M.-A. GLENDON « A nation under Lawyers », Harvard University Press, 1996.

mondial constitué par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce ⁸.

C'est pourquoi je vais essayer de cerner ce qui est objectif, donc « réel » et universalisable, dans le sentiment de justice, tout en prenant en compte la grande partie de relativité d'un tel sentiment. Pour cela, je vais conserver la perspective française de l'office du juge – dont on dit qu'elle est si différente de la perspective américaine (ce qui est sans doute davantage vrai en théorie qu'en pratique ⁹) –, en me rattachant non seulement à la situation française et à des événements de la vie judiciaire française, mais encore à la pensée française sur le sujet, et en battant par avance ma coulpe car c'est un travers bien français de vouloir penser globalement.

Avant d'aborder la question du sentiment de justice, sa nature et le rôle du juge à son égard, la façon dont on pourrait espérer que, d'une part, le droit et la vertu de justice se considèrent plus étroitement, que, d'autre part, le procès puisse jouer son rôle de réconciliation sociale, il convient de souligner deux points relatifs à la puissance du juge et à l'accès du justiciable, dans leur interférence avec le souci du sentiment de justice.

Tout d'abord, on observe en France non pas tant la montée de la puissance du juge dans le droit mais plutôt le souci qu'on en a. On se préoccupe désormais de trois choses : la puissance du juge, la détermination de ce pour quoi est fait un juge (son « office » donc) et l'observation de la façon dont les juges remplissent cet office.

Ce qui est remarquable à observer, c'est une sorte de renversement d'alliance des questions. Classiquement, on se demandait ce pour quoi est fait un juge (par exemple, simplement appliquer la loi, ou simplement trancher les différends entre les personnes) pour porter une appréciation sur sa puissance (par exemple, en déduire que le juge ne se contente pas d'appliquer la loi mais crée une règle et s'approprie une puissance excessive ; par exemple, en déduire que le juge qui ne se contente pas de régler les litiges mais régule les marchés sort de sa place et de sa fonction). Les questions sur l'office du juge avaient donc essentiellement une dimension hiérarchique, à savoir qu'elles étaient posées afin de déterminer la place plus ou moins élevée du juge dans la hiérarchie des pouvoirs, et d'être ainsi en mesure de lui rappeler sa place, façon de le rappeler à l'ordre.

Aujourd'hui, on délaisse l'association des deux premières questions pour opérer une association entre les deux dernières : on se demande ce pour quoi est fait un juge, non plus tant pour apprécier sa portion congrue de pouvoir mais pour mesurer si son action a bien rempli la fonction pour laquelle on lui a donné pouvoir et moyens. En un mot, on cherche à définir l'office du juge pour mesurer l'efficacité de son action, contrôler cette efficacité, sanctionner l'inef-

8. Voir par ex., ministère de l'Économie et des Finances, « L'O.M.C. et son tribunal », dossier spécial des Notes Bleues de Bercy, 1-15 juillet 2000.

9. mais la théorie façonne la pratique du droit parce que le droit est construction du réel, dont seul l'art est l'équivalent ce qui rend les deux accessibles concrètement à la théorie.

efficacité mais aussi organiser l'institution efficacement et se contraindre à donner au juge les moyens d'être efficace. Ainsi, on déboucle la relation de l'office du juge à l'égard de son amont pour le lier avec son aval.

À ce propos, on ne pose que rarement ouvertement la question majeure, élémentaire lorsqu'il s'agit d'apprécier le pouvoir et le poids du juge dans les sociétés : le recours au juge est-il pathologique ou non ? Pathologique au regard de la règle de droit, parce que la bonne règle serait une règle paisible, au repos, spontanément respectée par les assujettis. Pathologique au regard des relations sociales, parce que les heurts entre personnes devraient trouver une solution plus douce et engendrant moins de séquelles que la réaction du procès.

Si l'on pose que le procès est pathologique, en France il est classique de dire cela, sous les deux arguments précités du droit paisible¹⁰ et du doux règlement des conflits¹¹, cela place radicalement en porte-à-faux les politiques publiques menées depuis longtemps sur l'accès à la justice, sur le meilleur fonctionnement des tribunaux, sur l'accroissement de l'efficacité du service de la justice¹². En effet, pourquoi exciter un comportement pathologique ? Si l'on ne veut pas se mettre en contradiction, il faudrait admettre que le procès n'est pas une pathologie mais un mode très ordinaire et de principe de réalisation des droits¹³, et de concrétisation de la loi. Dans ce cas, les politiques publiques à l'œuvre sont fondées. Mais cela implique de reconsidérer le lien traditionnellement fait entre la loi qui serait le droit de principe et le juge qui serait le signe de son infection. Cette révision se fait alors automatiquement au bénéfice du juge, qui devient personnage ordinaire et donc central de la vie du droit.

Même si l'on admet cela, on peut encore tenter de concevoir l'office du juge comme un office soumis. La soumission est toujours un risque en elle-même mais le bénéficiaire de cette soumission peut être divers. Ainsi en France le juge s'est délié de sa soumission à la loi pour s'exposer au risque d'une soumission à l'opinion publique (I).

Or, le sentiment de justice est d'une telle nature que le juge doit échapper à la soumission exclusive de l'une ou de l'autre dès l'instant que l'on peut s'accorder sur la nature d'un sentiment objectif de justice, s'éloignant alors du phénomène de l'émotion pour se rapprocher de celui de la connaissance (II). Si l'on parvient à s'entendre sur cela, il restera alors à en tirer des conséquences sur la conception de l'office du juge (III).

10. Le courant légaliste dénonce la pathologie du procès.

11. C'est notamment la position de Jean CARBONNIER (v. not. « Droit et passion du droit sous la V^e République », coll. Le Forum, Flammarion, 1995). Il faut dire que le vocabulaire processuel classique n'est guère incitatif à intégrer le procès dans l'ordinaire cours des choses lorsqu'on qualifie l'action en justice comme le droit subjectif « à l'état de guerre ».

12. C'est d'ailleurs la position de plusieurs auteurs qui estiment que le devoir du droit est de dissuader la demande de justice et non pas de l'encourager, qu'il s'agisse de dissuader au regard des personnes, dont il n'apparaît pas utile ou sain ou juste qu'elles accèdent au juge, ou au regard de l'objet du juge (*De minimis non curat praetor*). Cela renvoie à une vision politique d'ensemble.

13. Comme l'affirmait Henri MOTULSKY. V. essentiellement, « La réalisation objective du droit. Éléments générateurs des droits subjectifs », Sirey, 1948, reprint Dalloz, 2002.

I – L'ALTERNATIVE ENTRE DEUX TENTATIONS D'UN OFFICE SOUMIS DU JUGE

La première tentation est de soumettre le juge à la loi, c'est-à-dire d'aller au-delà de la contrainte pour le juge d'utiliser la loi pour trancher les litiges pour exiger une application mécanique et aveugle de la loi car seule la loi exprimerait le droit politiquement légitime, puisque issue de la volonté générale. C'est la conception générale du droit que Robespierre, Révolutionnaire et théoricien de la Révolution française, a imposée. La doctrine juridique, parfois les juges eux-mêmes, ont suivi. C'est une caractéristique française, presque une fierté, parce que cet anéantissement du juge résulte d'une belle pensée, on connaît le penchant français pour cet esthétisme théorique.

Il ne s'agit pas ici d'apprécier cette idée qui a imprégné le droit français depuis la Révolution française en tant que telle, mais de poser en un mot ses avantages et ses inconvénients pratiques. Son avantage principal est que le juge est soumis à un aveuglement rationnel, la logique formelle pouvait reconstituer la décision qu'il va prendre. Cela engendre deux bénéfices immenses. Tout d'abord, une telle conception assure l'impartialité du juge, face profitable de l'aveuglement exprimé par la justice aux yeux bandés. Ensuite, puisqu'il s'agit d'une application mécaniste de la loi, ce que peut faire le juge le justiciable peut aussi le faire, c'est-à-dire reconstituer le raisonnement : ainsi les jugements sont prévisibles et le système engendre une sécurité juridique de principe. Un juge sûr et impartial ! Que voudrait le peuple en plus !

Mais c'est précisément là où le bât blesse. Pour deux raisons : l'une est une fragilité et l'autre une objection fondamentale. La fragilité consiste dans la définition de l'impartialité comme résultant d'un aveuglement. Il suffit dès lors que dans une ou deux affaires, l'on puisse démontrer que les juges ne sont pas aveugles, que leurs opinions ont interféré – ce qui dans d'autres systèmes ne constitue en rien un drame ¹⁴ –, pour que la confiance dans l'institution judiciaire s'écroule. L'hypertrophie publicitaire faite autour des juges y pousse. Ainsi, la mise en cause en France de juges français dans des affaires récentes de mœurs ou de réseaux occultes fragilise l'institution.

La seconde raison est plus fondamentale. Le droit a pour fonction d'établir et de maintenir un ordre juste. Le droit est ce par quoi se concrétise la justice, particulière et générale. N'évoquons pas même l'hypothèse d'un droit indifférent à la justice mais celle plus extrême d'un droit fondamentalement injuste, l'hypothèse d'une loi injuste, violemment et manifestement injuste ¹⁵. Si la loi est injuste ¹⁶, le juge qui l'applique mécaniquement non seulement reproduit

14. Notamment pas aux États-Unis, comme l'a montré le contentieux « Gore/Bush ».

15. C'est tout le problème de la législation nazie et des « décrets juifs » en France, dont la théorie juridique continue à avoir du mal à rendre compte.

16. R. DRAGO, « La méthode législative à la lumière du juste et de l'injuste », in *De l'injuste au juste*, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 1997, pp. 61-74.

mais accroît son injustice. Le peuple qui est exposé à cela conçoit donc davantage – et les sondages en France l'ont démontré – le juge comme ce qui donne effet aux législations justes et qui constitue le rempart contre les législations injustes. Et c'est la double face de la fonction sociale et éthique du juge.

En disant cela, on perçoit déjà le second risque de soumission de l'office du juge qui quitte l'exécution aveugle de la loi pour être précipité dans les exigences de l'opinion publique. C'est remplacer le positivisme légaliste par le positivisme sociologique, ce n'est pas mieux et l'on ne sait s'il faut craindre plus le despotisme de l'État que celui des médias.

En effet, on a pu affirmer que le juge serait alors celui qui se contenterait dans un cas individuel de prendre la décision correspondant aux désirs des parties tandis qu'à travers le phénomène de la jurisprudence le juge recueillerait le « sentiment juridique » d'une société à un moment donné ¹⁷. Voyons pareillement les avantages et les inconvénients.

Le premier avantage est que les juges sont aimés du peuple, de l'opinion publique, des médias. C'est le cas en France : l'institution n'est pas aimée mais les juges le sont. Bien joué dans la redistribution des pouvoirs politiques par les médias. Le deuxième avantage est que les décisions sont effectives parce que les parties, satisfaites, se retrouvant dans les décisions, seront enclines à les exécuter. Le troisième avantage est que le juge est en quelque sorte l'expression des mœurs par rapport à l'ordre de la loi, permet d'infléchir la loi, de la rapprocher des mœurs, cette adéquation entre le droit et les mœurs étant la définition sociologique de ce qui est juste, par exemple en droit de la famille. C'est la définition de la justice par l'adéquation dès l'instant qu'on définit l'adéquation comme l'expression d'une correspondance entre deux phénomènes, ici le fait du désir social et la norme de la loi ¹⁸.

Mais les inconvénients sont à la mesure des avantages. En premier lieu, s'il est vrai que le service public de la justice a des usagers, elle n'a pas encore de clients et elle n'est pas là que pour fournir aux personnes ce qu'ils estiment dû. Cela ne paraît pas impossible en termes politique ou moral ¹⁹ mais parce qu'il est difficile de dépasser le fait que le demandeur et le défendeur sollicitent un unique jugement qui devait dans l'esprit de chacun donnant entièrement à

17. E. ZÉNATI, « La jurisprudence », coll. Méthodes du droit, *Dalloz*, 1991.

18. Pour la reprise de la notion d'adéquation mais cette fois-ci à travers le principe de proportionnalité, c'est-à-dire le juste rapport entre l'usage du pouvoir et le but pour la satisfaction duquel le pouvoir a été conféré, v. *infra*.

19. Cela est d'ailleurs à nuancer car l'on pourrait très bien considérer que le justiciable n'est pas le client pour le service du jugement lui-même, dans son contenu, mais qu'il est le client de la machine judiciaire qui doit l'accueillir. À tout le monde, dans la gestion de l'institution, il serait sain, de la même façon que l'on organise parfois des monopoles « comme si » ils étaient en concurrence, de traiter l'utilisateur « comme si » il était un client, ce qui se fait couramment désormais pour les autres services publics (v. les références citées in M.-A. FRISON-ROCHE, « La dialectique entre service public et clientèle : vers une nouvelle régulation », in *Clientèle et concurrence. Approche juridique du marché*, Travaux du CREDA, *Litec*, 2000, pp. 173-208.

l'adversaire, ce qui ne peut être satisfait. Ainsi non seulement la demande de justice est sans limite, peut être aveugle et injuste²⁰ mais elle est heurtée par l'élaboration d'une prétention contraire, l'affrontement des prétentions étant pourtant la loi du procès.

Plus encore, le sentiment social en cours peut être injuste, notamment lorsqu'il croise le phénomène sociologique de l'émotion. De grandes décisions de justice, saluées comme telles, sont allées directement contre l'opinion nationale (condamnation de la ségrégation aux U.S.A. ; extradition de Pinochet en Angleterre) et le juge doit tempérer l'émotion, le temps du débat contradictoire étant aussi celui de ce salutaire refroidissement. Il apparaît donc que l'enjeu des valeurs objectives de justice reste à la fois propre et distinct de l'ordre de la loi et de l'ordre de l'opinion.

Enfin, si l'on donne comme critère le sentiment social de la justice, on accroît le relativisme des systèmes juridiques (ainsi, à la peine de mort aux U.S.A. s'oppose en Europe désormais le refus d'extradition des délinquants réclamés, lorsque le couloir de la mort est pour eux une perspective probable). Cette distance n'est pas un inconvénient majeur si les systèmes juridiques sont autonomes. Elle devient un obstacle considérable si l'on observe, en droit criminel et en droit des affaires notamment, l'interdépendance nouvelle des systèmes juridiques, d'une part, et si l'on songe d'autre part à l'opportunité de travailler, – pourquoi pas ? –, à un droit commun de l'humanité. Cette question est certes désormais posée en ce qui concerne la criminalité²¹ mais aussi en ce qui concerne le droit de la régulation économique²².

On peut tirer deux conséquences de ces observations. En premier lieu, la considération du sentiment de justice par le juge ne doit démunir en rien le pouvoir – le devoir – de décision du juge, au besoin contre l'opinion publique. Le juge doit pouvoir affronter l'opinion publique (arrêt « Perruche »), voire braver le peuple dans sa fonction politique (face à la prime à la mise en examen dans les élections politiques).

En second lieu, le sentiment de justice ne doit pas être confondu ni avec le texte de la loi ni avec l'émotion populaire. Le sentiment de justice est une réalité objective qui n'a pas de contenu émotionnel ou sentimental : il relève encore d'une conception rationaliste du droit. On pourrait affirmer que l'office du juge est de prendre une décision, dont les règles juridiques sont l'instrument nécessaire, décision qui doit entrer en résonance avec un sentiment objectif de justice, gage de réussite de la fonction du juge de pacifier les conflits.

20. A. FRANCE, « Les dieux ont soif » ; on peut rattacher à cela la question de la présence de la victime dans le litige pénal, sorte de droit naturel en France, exclue en Angleterre.

21. V. not. M. DELMAS-MARTY, « Pour un droit commun », Seuil, 1994.

22. Il suffit de prendre ici la question de la *corporate governance*, traitée de façon diamétralement opposée selon les systèmes juridiques, notamment au regard de la juste place, et des actionnaires minoritaires, et des salariés, et des intérêts extérieurs à l'entreprise comme le souci environnemental. V. « La montée en puissance des fonds d'investissement. Quels enjeux pour les entreprises ? », doc. française, 2002.

II – LA PERTINENCE DU SENTIMENT DE JUSTICE

En France, c'est le sociologue Raymond Boudon, qui, notamment dans ses études successives du rapport entre le droit et les mœurs, a cherché à dégager ce que pourrait être le sentiment objectif de justice²³. Des travaux ultérieurs ont cherché à mettre en corrélation les écrits philosophiques sur le sentiment de justice, notamment la définition qu'en donne Aristote, et les enquêtes sociologiques sur ce même thème²⁴.

Il faut d'abord souligner, par méthode, que le sentiment objectif de justice apparaît lorsqu'il y a expérience objective d'injustice²⁵. C'est le plus souvent une réaction logique à une situation, ce qui permet d'échapper au relativisme culturel et au nationalisme juridique. Ainsi il y a des sentiments de justice acquis parce que l'injustice apparaît sur un mode logique. Dans cette méthode, nous irons du plus formel au plus substantiel.

D'un point de vue formel, au sens de la logique formelle, et pardon d'avance pour la tautologie qui va suivre, un jugement est injuste s'il n'est pas rendu. Le déni de justice – qui est rare – est une injustice. Ne pas recevoir de décision de justice est une injustice.

On peut aller plus loin lorsqu'on affirme que ne pas recevoir un jugement ou ne pas pouvoir exécuter un jugement, c'est pareil. Donc, l'absence d'implémentation des décisions de justice – qui est monnaie courante – est contraire au sentiment de justice.

On peut aller plus loin lorsqu'on affirme que ne pas recevoir un jugement et devoir attendre le jugement pendant une période de temps telle que l'intérêt pour la protection duquel le procès avait débuté a dépéri, c'est pareil. Donc, la lenteur de la justice – ce qui est la réalité dans tous les pays d'Europe – est contraire au sentiment de justice. Les justiciables, qui ont l'esprit plus simple et donc plus perspicace de ce qui peut être l'équité, l'expriment fortement, pointant la lenteur comme l'injustice et le défaut premiers des systèmes juridiques. Cela ne signifie pas que la rapidité doive être désormais la seule loi du juge. Chacun connaît l'argument selon lequel le temps du contradictoire est

23. R. BOUDON, « Penser la relation entre le droit et les mœurs » in *L'avenir du droit*, Mélanges F. Terré, *Dalloz-PUF-Jurisclasses*, 1999, pp. 11-24. Voir aussi J. KELLERHALS, M. MODAK et D. PERRENOUD, « Le sentiment de justice dans les relations sociales », coll. *Que sais-je ?*, PUF, 1997.

24. On citera tout particulièrement l'ouvrage de Patrick PHARO, « Le sens de la justice », coll. *Sociologies*, PUF, 2000. Voir aussi R. BOUDON, « À propos des sentiments de justice : nouvelles remarques sur la théorie de Rawls », *L'Année Sociologique*, vol. 45/2, 1995, pp. 264-271.

25. Sur la perspicacité de l'injustice, v. not. « De l'injuste au juste », préc. Cette perspective conduit la pédagogie du juste à prendre comme premier tremplin l'exposé de l'injuste. V. B. LABBÉ et M. PUECH, « La justice et l'injustice », coll. « Les goûters philo », éditions Milan, 2000 ; v. aussi S. LEBOVICI, « C'est pas juste » in *La justice. L'obligation impossible*, coll. « Morales », Autrement, 1994, rééd. Point Seuil, 1999, pp. 12-25.

condition du bien-jugé²⁶. Il s'agit du temps requis par la situation indépendamment de la revendication de la partie, nécessairement pressée si elle est en demande, nécessairement languissante si elle est en défense, de sorte que l'intérêt objectif pour lequel le juge a été saisi doit être présent, à la fois encore existant et suffisamment mûri, quand il statue. Certaines situations peuvent patienter, ce qui relativise la conception occidentale d'un temps pressé et conserve l'affirmation valide dans des cultures au temps plus étiré²⁷.

C'est pourquoi l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme exprimant le droit pour chacun d'obtenir dans un délai raisonnable un jugement exécuté, rencontre un sentiment objectif de justice. Cette disposition n'est pas une disposition sentimentale, elle exprime un principe logique.

Quittant le formel, on peut aller vers du plus substantiel. En premier lieu, un jugement est objectivement injuste s'il est incompréhensible. Dans une perspective rationaliste, la justice et la connaissance sont intimes²⁸. En second lieu, glissant de plus en plus vers le substantiel, les affirmations devenant plus incertaines, une décision est injuste si elle est disproportionnée. Le principe de proportionnalité est essentiel, et s'il est vrai que les considérations économiques sur le droit ont contribué à l'implanter²⁹, il est remarquable que son effectivité ait été posée par le droit constitutionnel allemand, après la démonstration fournie par le droit nazi de la parfaite possibilité d'un système juridique gouverné par une bonne hiérarchie des normes³⁰ et dont les règles trouvaient écho dans l'opinion publique, mais pourtant catastrophique.

Or, le droit naturel, la nature des choses, le sentiment objectif de justice n'ont pas pour but premier de guider le droit vers le juste mais ont pour fin d'éviter le droit catastrophique, le droit dévorant lui-même la justice³¹. Voilà la fonction négative mais primordiale du sentiment de justice.

Le principe de proportionnalité, qui est aussi un principe « constitutionnel » du droit européen, permet d'éviter cela puisqu'il faut un ajustement entre les contraintes et les fins, ce qui correspond à un sentiment de justice pour celui

26. Sur l'ensemble de ces questions, v. not. « Le temps dans la procédure », coll. Thèmes et commentaires, *Dalloz*, 1996.

27. La lecture la plus pertinente est sans doute ici « Les délais de la justice divine », la justice divine ayant tout son temps, cet ouvrage classique de l'Antiquité concluant à l'absence de délai.

28. Contrairement à la relation d'amour et de grâce, et contrairement sans doute à des modes de règlement des conflits par réconciliation directe, économisant l'éclaircissement des faits, des torts et des droits.

29. Parce que le système économique peut ainsi se poser en but du système juridique. V. d'une façon plus développée et not., B. FRYDMAN, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans l'action économique*, Th. KIRAT et É. SERVERIN, dir., CNRS-Éditions, 2000, pp. 25-41, spéc. p. 33.

30. D. LOCHAK, « Les droits de l'homme », coll. Repères, *La Découverte*, 2002.

31. Conception développée notamment par Chaïm PERELMAN. Cette théorie de la Nouvelle rhétorique juridique (*Dalloz*, 1979, rééd. Coll. Bibliothèque Dalloz, 2000) trouve des prolongements en philosophie générale dans des réflexions sur la transformation des rationalités. V. not. M. CARRILHO, « Rhétoriques de la modernité », coll. Quadrige, *PUF*, 1992, rééd. 1999.

qui subit la contrainte mais qui comprend des fins explicitées et qui a les moyens d'apprécier la nécessité de ce qu'il subit.

Dans cette recherche ce qui pourrait être un sentiment rationnel et commun de la justice, le « sens de la justice »³², le principe de proportionnalité est plus sûr que le principe d'égalité. En effet, le principe d'égalité est très lié à une conception occidentale de la place de chacun dans le groupe, notamment à travers les pensées révolutionnaires américaine et française. Ainsi, on peut observer que la juste place de chacun peut être analysée indépendamment du rapport d'égalité. Cette désarticulation entre le sens de la justice et le sens de l'égalité peut principalement être l'expression soit d'une structure sociale inégalitaire ressentie comme naturellement inégalitaire – société de castes –, soit d'une structure sociale ressentie comme naturellement mobile – société américaine.

Malgré la solidité du principe de proportionnalité et son lien évident avec la définition antique de la justice comme le respect de la mesure, la France a du mal à intégrer ce principe de proportionnalité³³ parce qu'il est directement contraire au principe hiérarchique qui gouverne l'État. En effet, le phénomène hiérarchique ne peut engendrer ou rencontrer un sentiment de justice qu'à la condition suivante : celui qui obéit au supérieur doit croire au fait que le supérieur incarne la vertu de justice, c'est-à-dire que le supérieur doit à la fois mieux savoir que l'inférieur et décider au bénéfice de l'inférieur. C'est la référence au « despote bienveillant ». Cela correspond à la plupart des organisations politiques, notamment l'organisation politique de la France, et à la plupart des modes de règlement des conflits.

Or cette conception est aujourd'hui violemment remise en cause essentiellement par deux mouvements. En premier lieu, dans l'Occident – et pour les jeunes japonais, aussi, ce qui peut faire tout craindre ou tout espérer –, s'est répandue la culture du soupçon à l'égard des détenteurs du pouvoir sur autrui, que l'on estime capturés par leur intérêt personnel et pris dans un système de connivence. La perspective se renverse : plus le juge est hiérarchiquement supérieur, plus il engendre la méfiance³⁴. C'est le fameux mouvement d'amour de l'opinion publique envers le « petit juge » que l'on a pu observer dans de nombreux pays européens. En second lieu, la pensée économiste a promu une organisation des pouvoirs sur un mode horizontal (à l'image du marché),

32. Pour reprendre l'expression dans un sens moins moraliste, tel que la vise notamment Patrick PHAROT « Le sens de la justice », préc.

33. V. not. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le principe de proportionnalité en droit privé », n° spéc. des Petites Affiches, 1998.

34. Pour prendre un exemple et s'en tenir à un constat sociologique, le discours d'Arnaud Montebourg tire du simple fait que des décisions dont les effets sont favorables aux puissants, émanent des juridictions supérieures, une preuve qu'il présente comme suffisante de la connivence entre les puissants, de la capture des juges supérieurs, dont seuls les juges inférieurs seraient exempts (v. A. MONTEBOURG, « Propositions de résolution tendant au renvoi de Monsieur Jacques Chirac occupant les fonctions de président de la République devant la Commission d'instruction de la Haute Cour de justice », Denoël, 2001).

incompatible avec une organisation hiérarchique, surtout celle basée sur les titres. Il faut donc penser le sentiment de justice en dehors de la référence à la justification hiérarchique, fût-elle inversée.

Allons donc vers le plus difficile, à savoir le substantiel. Il est impérieux de l'établir d'une façon laïque et non sentimentale, le juge n'étant pas l'expression mystique ni romantique du juste ; s'il doit écouter les plaideurs, l'éventuelle tendance à l'empathie n'est pas pour autant bienvenue. C'est pourquoi il est essentiel de poser, en se référant à Aristote et à de très nombreux auteurs après lui, que le sentiment de justice ne peut jamais porter sur soi-même. En effet en ce qui concerne la personne, le sentiment de justice se confond avec l'intérêt ou l'amour-propre. Le plaideur qui gagne trouve que son sentiment de justice est comblé et le plaideur qui perd trouve que son sentiment de justice est froissé. La victime n'a jamais assez d'expiation du responsable, la peine est toujours trop lourde pour celui qui aime le coupable.

Aristote explique que le sentiment de justice digne de ce nom porte forcément sur la situation d'autrui. C'est le sentiment qu'autrui subit une injustice qui fait le sentiment objectif de justice. Ainsi, celui qui perd dispose pendant le jour qui suit le jugement, et selon l'expression classique, du « droit de maudire son juge ». Donc sa désapprobation n'a pas de pertinence. En revanche, c'est la désapprobation de tous de l'injustice commise par le juge dans un cas extérieur aux observateurs qui pose problème.

Toutes les philosophies du droit ont cherché à intégrer cette définition là du sentiment de justice sans nécessairement verser dans le communautarisme. On pourrait même soutenir le contraire parce que le communautarisme implique une considération d'autrui en tant qu'il me ressemble : c'est l'appartenance au même groupe, c'est la ressemblance, qui engendre le sentiment de justice. En cela, le communautarisme est moins ambitieux que des théories plus individualistes qui posent que le sentiment de justice est déclenché alors même que la victime de l'injustice n'a pas de trait de ressemblance avec celui qui ressent pour lui cette injustice. On retrouve cette idée chez Rousseau, à travers l'arrachement héroïque de la personne par rapport au cercle de son intérêt personnel pour se soucier d'autrui³⁵, et c'est encore la même idée dans la théorie de la justice de Rawls à travers le voile d'ignorance³⁶.

Le droit positif mondial traduit ce souci, peut-être parce que le mouvement mondialiste a toujours exprimé ce souci objectif d'autrui, avec le renouveau du sentiment de justice défini comme la réaction à l'injustice subie par l'autre. C'est là l'enjeu philosophique de la mondialisation avec l'enjeu d'un juge à la fois délivré de la loi et délivré des opinions publiques. L'Organisation Mondiale du Commerce joue son avenir sur sa capacité à rencontrer un sentiment global

35. Ce qui est à corréler notamment à la théorie du « service public à la française ».

36. Ce que l'on peut corréler aux résultats d'enquêtes d'opinion publiques menées aux États-Unis, montrant que les américains tout à la fois estiment vivre dans une société très inégalitaire et n'exigent pas que les inégalités qui les frappent soient réparées car ils pensent pouvoir occuper à leur tour une situation privilégiée.

de justice, alerté par exemple lorsqu'il faut mettre en balance le droit de la propriété des inventions et l'aspiration à être protégé de maladies mortelles.

C'est en cela que la conception occidentale du droit peut être universalisable, alors même qu'elle n'exprime pas la conception que d'autres pensées et histoires ont façonnée du droit, notamment la tradition asiatique. En effet la pensée occidentale peut prétendre tout à la fois ne pas se substituer à autrui et imposer sa conception à d'autres cultures et peut prétendre se faire du souci pour autrui, éprouver l'injustice subie par les personnes appartenant à d'autres cultures. Ce souci d'autrui, parfaitement compatible avec la reconnaissance de la différence des cultures, engendre ce que l'on a pu appeler la « troisième génération » des droits de l'homme ³⁷.

III – LA CONSIDÉRATION PAR LE JUGE DU SENTIMENT DE JUSTICE

La façon dont le juge va considérer le sentiment de justice dans les décisions qu'il va prendre se développe en combinant deux cercles. Il s'agit tout d'abord des cercles précités par lesquels on a appréhendé le sentiment de justice, du plus formel au plus substantiel. Cela vise ensuite des cercles des différents « auditoires » concernés par la décision à prendre et la décision prise ³⁸. C'est le bon croisement entre les deux types de cercle qui permet alors au juge d'exprimer une nouvelle sorte de bien commun.

En premier lieu, le juge doit avoir conscience que le premier service qu'il rend est l'adoption d'un jugement rapide et exécuté. Il est donc tout d'abord le gardien de la procédure, de son rythme et de l'efficacité de celle-ci.

En second lieu, le juge ne doit pas rendre des décisions incompréhensibles et doit organiser une participation des personnes impliquées dans les procédures, ce qui lui permet d'accroître sa propre connaissance, définition objective du principe du contradictoire ³⁹. Le juge doit fondamentalement créer un espace dans lequel est recevable celui qui accepte la loi de la discussion, admettant par avance que les arguments qu'on lui opposera ne sont pas dénués

37. Pour l'exposé philosophique de l'évolution, v. B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, « Philosophie du droit », coll. Connaissance du droit, 2^e éd., Dalloz, 2002.

38. Il s'agit ici d'une référence faite à la théorie de la justice par Perelman. Pour une application de cette « Nouvelle rhétorique du droit » aux récents modes de régulation qui paraissent parfois éloignés de la vertu de justice, notamment la régulation financière, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », in Sécurité et régulation financières, *Revue d'économie financière*, 2001, pp. 85-100.

39. M.-A. FRISON-ROCHE, « Généralités sur le principe du contradictoire », thèse Paris II, 1988.

de toute pertinence⁴⁰. En cela l'espace judiciaire est à la fois ouvert, ce qui remet en cause la conception classique de partie et du tiers et le rend supérieur à l'espace clos de la décision administrative secrète, et impliquant l'apparition des tiers intéressés et des tiers savants⁴¹, et constitue un philtre dans le débat, ce qui le rend supérieur aux médias, lesquels n'opèrent guère un tel contrôle de recevabilité.

En outre, le juge doit motiver et se faire comprendre. Cette vertu pédagogique s'adresse particulièrement à des personnes qui vivent sous une autre règle, par exemple les groupes sociaux qui pratiquent le mariage forcé des filles ou l'excision. Ainsi, l'impératif de motivation suit l'oscillation précédemment décrite, c'est-à-dire la pesée des argumentations. Dès lors, la motivation n'est plus le biais par lequel le contrôle de l'autorité hiérarchique va pouvoir s'exercer mais le moyen d'exprimer la balance des arguments : le jugement est ce qui achève le cercle du procès, ce qui y met le dernier point.

Enfin, la décision doit trouver une solution proportionnée. Et le juge a l'extrême pouvoir de contrôler l'exercice proportionné que les autres pouvoirs font de leur puissance. C'est une juste mesure : le juge ne contrôle pas en substance les décisions prises par les titulaires légitimes de pouvoir (les parents, les chefs d'entreprise, les autorités administratives, le législateur) mais il est le gardien de la mesure entre les buts et les contraintes que ces titulaires des pouvoirs imposent à autrui.

Plus substantiellement encore, il faut ici encore se référer à la notion de « forte raison », mise en valeur par Raymond Boudon. Le juge doit refléter nécessairement cette pluralité des « fortes raisons », ce qui interdit le monopole des raisons pour une seule source du droit, par exemple le texte religieux en tout et pour tout, l'ordre de la loi démocratiquement votée en tout et pour tout. Aucune raison ne peut prétendre exprimer le tout⁴².

Il faut encore que le juge rende donc compte des raisons. C'est pourquoi la technique des opinions dissidentes est supérieure en raison et que les juges français devraient considérer cela⁴³. Le juge pourra alors s'insérer dans une logique discursive, participant ainsi à la dimension éthique de celle-ci. On y rencontre l'alliance de la rhétorique et du droit naturel, alliance que les textes les plus anciens opèrent. Mais il est vrai qu'on réfléchit depuis l'Antiquité sur ce qu'est un grand juge.

40. Sur l'exposé de cette recevabilité, v. not. M. VILLEY et F. JACQUES, « Dialogue, dialectique en philosophie et en droit », Archives de philosophie du droit, t. 29, Sirey, 1984.

41. Tels qu'on les voit s'imposer spontanément dans le contentieux crucial de l'Organisation Mondiale du Commerce.

42. En cela, la notion de « forte raison » s'occupe de la conception classique de la Raison. On peut le regretter mais l'on a montré par ailleurs que l'alliance de la Raison et la législation a engendré la Terreur. Pour une démonstration philosophique, v. N. GRIMALDI, « Tolérance et intolérance de la raison à l'âge des lumières », in L'obligation, Archives de philosophie du droit, t. 44, Dalloz, 2000, pp. 243-272.

43. Pour l'explicitation de cette technique, v. not. E. ZOLLER, « Le droit des États-Unis », coll. Que sais-je ?, PUF, 2001.