

COURS N°7

LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Troisième Grande Question du Droit : LE JUGE

Plan

- Section I : La fonction politique et sociale du juge
- Section II : Le mode de réalisation du droit par le juge : le procès

Section I : La fonction politique et sociale du juge

Plan :

- A / Le juge, instrument de rappel à la légalité
- B / Le juge, glaive tranchant les litiges entre les personnes

A / Le juge instrument de rappel à la légalité

1) Le juge, instrument de réalisation de la loi

- ✓ L'influence d'Henri Motulsky
 - *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*(1948).
- ✓ L'engendrement des droits subjectifs
 - Le juge médiateur nécessaire entre la loi posée et les droits subjectifs concrétisés
 - Le juge, socle du système légaliste
 - Auteur précurseur du pouvoir du juge constitutionnel et des droits subjectifs constitutionnels

2) La distinction des juges selon leur office

a) Le contentieux civil, administratif et pénal

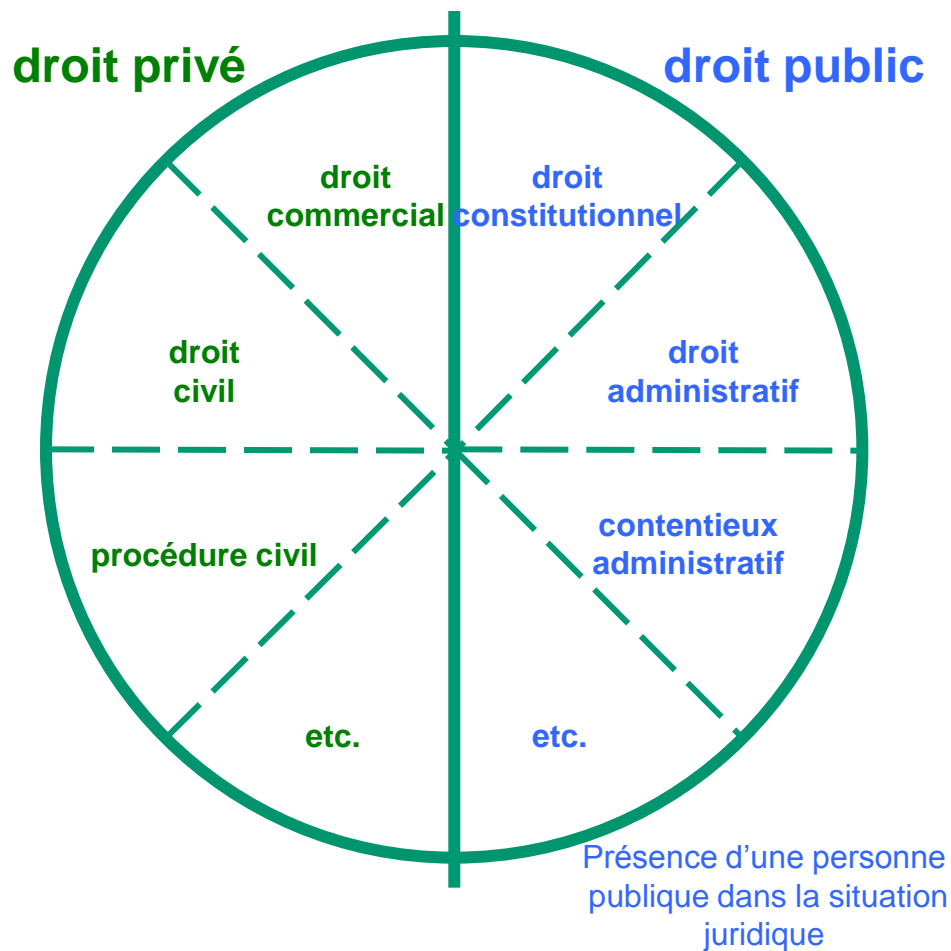
✓ La conception du contentieux, reflet du type de règles applicables :

- concrétisation dans l'organisation juridictionnelle française : la dualité des ordres de juridictions

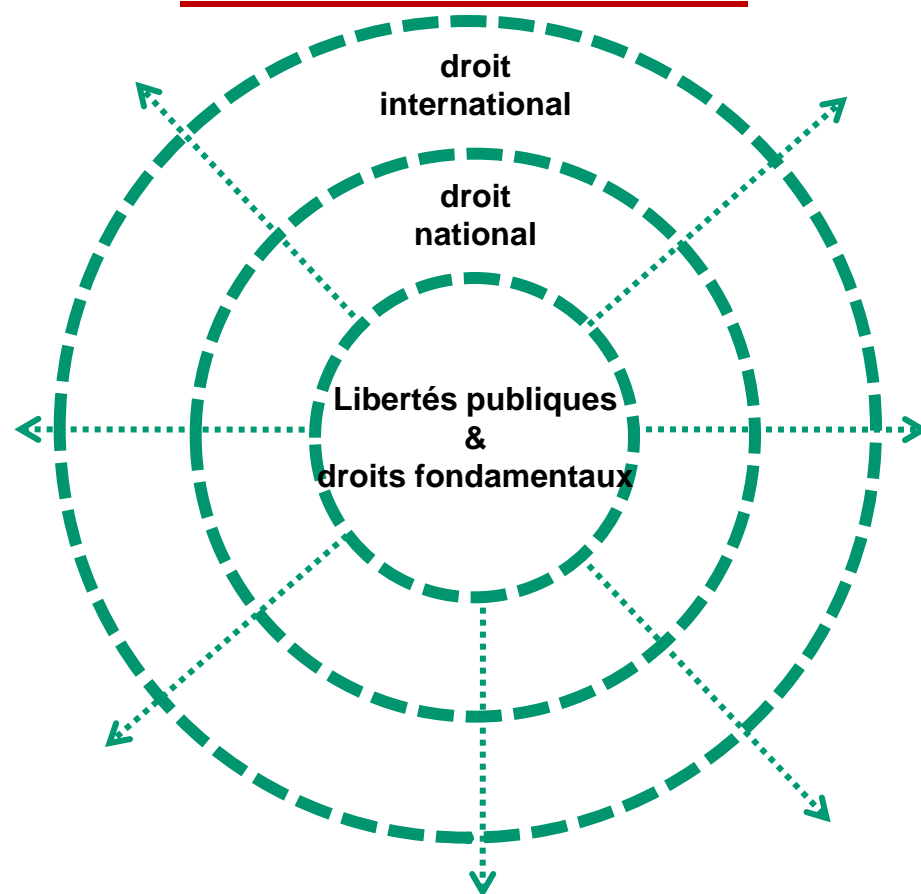
✓ La conception du contentieux accès autonome :

- conception européenne de l'office juridictionnel
- L'émergence du droit processuel

La précédente dualité du système :
public versus privé



La nouvelle unité substantielle du système :
les droits fondamentaux.



b) L'intérêt général et le droit privé

✓ L'habitude de classer le droit privé du côté de l'intérêt privé, le droit public et le droit pénal du côté de l'intérêt général

✓ Les conséquences dans l'office du juge (indifférence de la légalité dans le premier cas, prévalence de la légalité dans le second)

c) Inadéquation de ces couplages

✓ Ex du droit pénal : rappel à la légalité répressive ? Sanction de l'immoralité ? Sécurité de la société ? Réparation de la victime ?

- procès *Klaus Barbie*, procès historique, « défense de rupture » : bénéfice des droits de l'homme
- Victime d'une personne atteinte de troubles psychiatriques graves
- Le paradoxe du « bon juge Magnaud »

d) L'ordre public et le juge ordinaire

- ✓ L'opposition traditionnelle entre ordre public (Etat, droit public, répression pénale) et juge ordinaire.

- ✓ Articulation entre ordre public de direction et ordre public de protection
 - Gérard Farjat
 - Ex. du droit de la consommation et du droit du marché concurrentiel
 - « Civilisation » du droit de la concurrence

d) L'ordre public et le juge ordinaire

✓ Aptitude du juge ordinaire (juge commun) à traiter l'ordre public de direction :

- article 6 du Code civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». voir en cela Ass. Plén. 31 mai 1991, arrêt dit des *mères porteuses* précédemment étudié.

B / Le juge, glaive tranchant les litiges entre les personnes

1) L'office traditionnel du juge:

- ✓ L'article 12 al. 1 du Code de procédure civile : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.*
- ✓ Glose
 - le droit objectif est un outil,
 - l'arrêt du litige intersubjectif est sa finalité,
 - Le droit objectif est une palette pour le juge,
 - Cette palette est restreinte aux divers textes qui peuvent se prétendre applicables.

✓ Choix politique entre les textes de la palette

Ex. de la garantie des vices ou de la non-conformité.

- Textes disponibles :

- Art. 1641 du Code civil : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ».
- Art. 1603 du Code civil « *Le vendeur a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ».
- Choix de politique jurisprudentielle en raison du « bref délai » la non-conformité (article 1603 du Code civil) du juge

2) Le jugement et ses alternatives de règlement des litiges

a) Le jugement

- ✓ Le jugement, application particulière de la loi générale
- ✓ Le syllogisme juridictionnel
- ✓ Le jugement, résultat de confrontation de thèses situées et opposées.
 - La rhétorique comme nouvelle forme de justice
 - Aristote, Perelman
 - Le jugement, forme achevée du procès
- ✓ La question ouverte du « re-jugé »
 - La voie d'appel, voie d'achèvement ou non
 - L'ambiguïté de la Cour européenne des droits de l'homme et de la portée de ses arrêts
 - Ambiguïté des décisions du Conseil constitutionnel sur QPC

2) Le jugement et ses alternatives de règlement des litiges

b) Les modes alternatifs de règlements des litiges

- La justice hors l'institution juridictionnelle : l'arbitrage, la conciliation.
- ✓ La justice rendue autrement dans l'institution juridictionnelle : la médiation en matière familiale et pénale.
- ✓ L'évolution vers des pouvoirs de transaction :
 - Le pouvoir de l'Autorité des marchés financiers (loi 22 octobre 2010)
 - Programmes de clémence
 - procédures d'engagements en droit de la concurrence. Autorité de la concurrence, 20 sept. 2011, Décision TPS / Canalsatellite and VIVENDI / Canal +, voire www.thejournalofregulation.com/spip.php?article805