

7ième cours : Le juge, sa fonction

*Le cours a trait à la troisième Grande Question du Droit qui porte sur le juge. Il se concentre plus particulièrement sur la fonction politique et sociale de celui-ci, la question plus technique du procès et du jugement faisant l'objet du cours ultérieur. En ce qui concerne la fonction politique et sociale du juge, celui-ci apparaît tout d'abord comme un instrument de rappel à la légalité. En cela, il est un instrument de réalisation de la loi, d'autant plus s'il s'agit d'un juge pénal ou administratif, où l'intérêt général et l'ordre public interviennent. L'autre fonction du juge est de mettre fin au litige entre les personnes, ce qui est l'office traditionnel du juge civil. Mais l'intérêt général est également présent dans le droit privé et l'on cherche aujourd'hui en toute matière à développer les modes alternatifs de règlement des litiges.*

© mafr

Etant acquis que le mécanisme du procès sera examiné dans le cours [n°8](#), il s'agit ici d'étudier le rôle du juge, son "office".

Il peut être soit l'instrument de rappel à la légalité, ce par quoi la loi est effective, soit celui qui tranche les litiges entre deux personnes. L'office du juge présente toujours ces deux faces, la première (objective) étant parfois plus en lumière que la seconde (intersubjective) ou l'inverse.

Lorsque le juge intervient comme instrument de rappel des personnes à la légalité, il "réalise" la loi, c'est-à-dire que, comme l'administrateur ou le contractant, il la fait vivre à l'encontre d'une personne qui l'a méconnu : le droit positif est le droit appliqué. Lorsque le droit objectif posé est contesté, la contestabilité d'une situation faisant sa juridicité, c'est le juge qui, par son jugement, réalise le droit objectif.

Cela fût la démonstration menée par Henri [Motulsky](#), grand juriste d'origine allemande, dans sa thèse de 1948, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*. Or, cet auteur fût en outre le principe auteur du nouveau Code de procédure civile de 1972, imprégné de ses idées. Il était légaliste, mais pensait que la loi, première, ne se "réalise" que par l'application qu'en fait le juge, dans le syllogisme judiciaire (v. *infra*).

Pour Motulsky, le juge, en faisant application de la loi, qu'il réalise par le jugement, par exemple en appliquant l'article [544](#) du Code civil qui prend ainsi vie grâce à lui, "engendre les droits subjectifs", ici le droit de propriété du demandeur qui est venu se plaindre auprès de lui, par exemple de la violation que son voisin en avait faite en s'installant dans son jardin sans son autorisation. Ainsi, cet auteur légaliste met pourtant au coeur du système juridique le juge, puisque c'est par l'acte de celui-ci que vont naître concrètement les droits subjectifs des personnes.

Cette pensée, d'un auteur qui veut tout à la fois préserver la préséance de la loi tout en protégeant les prérogatives des personnes en les confiant à un autre que le législateur (car Motulsky avait fui les persécutions nazies), est annonciatrice de toute l'évolution du droit ultérieur.

En effet, ce juge, médiateur nécessaire entre la loi posée qu'il concrétise et les droits subjectifs que son jugement engendre, est le socle paradoxal d'un système légaliste renouvelé.

Cette conception est celle des systèmes constitutionnels modernes : le juge constitutionnel "réalise" la Constitution en posant le "droit au recours" comme premier droit "sans lequel il n'y a point de Constitution", par la décision du [9 avril 1996](#) (voir cours [n°4](#)). Le Conseil constitutionnel, du fait notamment de la QPC, se pose avant tout comme le gardien, voire la source, des droits subjectifs constitutionnels.

Mais si l'on revient en arrière, avant Motulsky, dans une conception moins dialectique du légalisme, l'office du juge (perspective processuelle) est le reflet des distinctions du droit à travers ses branches (perspectives substantiels).

En effet, au droit civil correspond le juge civil, au commercial le juge commercial, au droit public le juge administratif, au droit constitutionnel le juge constitutionnel, au droit pénal le juge pénal, etc. Comme on le dit classiquement, le procès n'est que le droit subjectif violé "en état de guerre".

Techniquement, puisque le système juridique français est construit sur la *summa divisio* du droit privé et du droit public, l'intimité du lien entre le substantiel et le processuel va engendrer le principe de dualité des ordres de juridictions par les [lois de 1790](#). Par l'[arrêt du 8 février 1873, Blanco](#) (v. cours [n°3](#)), nous avons vu que le Tribunal des conflits lie compétence juridictionnelle du juge administratif et application d'un droit administratif devenu autonome : les deux sont liés.

Ce lien, voire cet amalgame, entre le fond et le juge (le "juge naturel" d'une matière), sera attaquée par la suite. Ainsi, des décisions d'organismes administratifs, comme de nombreuses autorités administratives indépendantes (par exemple l'Autorité de la concurrence), feront l'objet d'un recours devant le juge judiciaire (parce que celui-ci serait plus naturellement le juge du marché).

Cette dissociation entre le substantiel et le processuel sera critiquée par certains. Elle sera au contraire louée par ceux qui approuvent l'autonomie de l'office du juge, qui possède une unicité (réaliser la loi), quelque soit le droit substantiel dont il s'agit (civil, pénal ou administratif).

Va aller émerger une conception du juge comme autonome de la matière substantielle dont il a à connaître : le "droit au juge" devient la référence, non seulement par l'[article 16](#) de la Déclaration des droits de l'homme, mais et surtout à travers l'[article 6](#) de la Convention européenne des droits de l'homme (v. cours [n°5](#)). En effet, le droit à un tribunal impartial devient un droit autonome, majeur, préalable et processuel.

La conception européenne de l'office juridictionnel, le juge étant le personnage sans lequel l'Etat de droit n'est rien, prévaut. La branche du droit autonome du "droit processuel" naît. Henri Motulsky y avait consacré un cours, publié d'une façon posthume en 1973.

Par un choc en retour ou un effet de miroir, le système juridique substantiel lui-aussi se reconstruit. Comme nous l'avons vu dans le cours [n°3](#), la distinction entre juge judiciaire et juge administratif s'efface et l'un comme l'autre sont désormais garants des libertés et droits fondamentaux.

Cette évolution va aussi avec des effets sur le rapport que les différents juges entretiennent avec les matières dont ils sont saisis.

En effet, il est traditionnel de soutenir que le juge civil et commercial n'est chargé que des contentieux mettant en cause des intérêts privés, tandis que le droit public et le droit pénal, qui concernent l'intérêt général, donnent lieu à des contentieux qui sont confiés à des juges particuliers, le juge administratif et le juge pénal.

Comme nous le verrons dans le prochain cours, cette distinction en reflet se répercute sur la procédure, puisqu'on soutient traditionnellement en France que les procès civils sont "disponibles" aux parties en litige et sont construits sur le mode accusatoire, alors que les procès administratifs et répressifs sont conduits par le juge, sur le modèle inquisitoire (voir cours n°8).

Mais sur le fond aussi, la répercussion est également perceptible. En effet, traditionnellement, le juge civil ou commercial, sera plus sensible au conflit qui oppose les parties (relation bilatérale) et au moyen d'y mettre fin (en le tranchant, ou en réconciliant les parties). Le juge qui connaît d'une question d'intérêt général (juge administratif saisi d'une question de légalité par un recours pour excès de pouvoir, ou juge pénal à qui le Ministère public demande la restauration de la loi pénale violée par le délinquant qu'il s'agit de sanctionner) fera prévaloir le souci de l'ordre public et la prévalence de la loi générale.

Aujourd'hui, l'on doute de ces couplages entre l'office du juge et les droits substantiels appliquées ainsi que la distinction entre intérêts particuliers et intérêt général qui s'y retrouverait. Pour prendre un exemple, lorsque le droit substantiel de la concurrence s'applique, s'agit-il de protéger l'organisation générale du marché (ce qui relève de l'ordre public) ou bien de protéger les éventuelles victimes de comportement anticoncurrentiel ? De la même façon, si l'on sanctionne des délits d'initiés, est-ce pour protéger le bon fonctionnement du marché financier ou pour sauvegarder l'intérêt particulier des investisseurs, lesquels peuvent être assimilés à des consommateurs de produits financiers ? La tendance actuelle, aussi bien du droit de la concurrence que du droit financier, est de mêler étroitement ces deux dimensions.

Si l'on examine plus particulièrement le juge pénal et la question de son office, l'on doit se demander à quoi sert le système de répression judiciaire. A rappeler la légalité répressive, méconnue par le délinquant et qu'il faut publiquement restaurer ? A sanctionner l'immoralité de celui-ci en punissant la faute ? A assurer la sécurité de la société mise en danger par un individu qui constitue une menace (théorie de la défense sociale) ? A permettre à la victime que l'acte qui l'a atteinte soit stigmatisé et qu'elle soit réparée ?

Quand on examine le procès [Klaus Barbie](#), on mesure la complexité du procès pénal, puisqu'il s'agit dans le même temps d'un procès "historique", d'un procès de reconnaissance des victimes, d'une "défense de rupture", et d'un procès dans lequel l'accusé très âgé pût obtenir le bénéfice de tous les droits de l'homme. Pourquoi le juge pénal est-il intervenu ?

Par ailleurs, soustraire des actes de violence à la justice pose problème. C'est le cas des victimes, lorsque l'auteur était atteint de troubles mentaux et n'est pas pénalement sanctionné.

Il peut arriver que l'auteur revendique ceci pour échapper à la sanction pénale (affaire [Issei Sagawa](#)). A l'inverse, il peut arriver que l'auteur que les experts estiment inapte à la sanction pénale revendique son aptitude à être condamné pénalement, revendiquant sa lucidité (affaire [Anders Behring Breivik](#)).

La question est plus ouverte encore de savoir si le juge peut ou doit s'échapper du légalisme pour concrétiser non plus la loi mais la justice, le "[sentiment du juste](#)". On risque alors de quitter la souveraineté du législateur pour tomber dans l'arbitraire du juge. Cela fût souvent reproché à celui-ci sur le thème du "gouvernement des juges".

Le thème est illustré par l'affaire du "[bon juge Magnaud](#)". Ainsi, le juge qui impose une solution par application directe d'un sentiment de justice est critiquable et sans doute dangereux ; celui-ci qui l'exprime en recourant à une théorie juridique (ici l'état de nécessité, mais nous avons déjà étudié la théorie de l'abus de droit qui l'exprime pareillement), est conforme à son office.

En outre, le juge de droit commun, le juge ordinaire appliquant le droit civil et le droit commercial est tout aussi que les autres gardien de l'ordre public.

En effet, [Gérard Farjat](#) montra que la notion d'ordre public n'était pas un bloc et qu'il fallait distinguer l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. On dit fréquemment par exemple que le droit du marché concurrentiel relève du premier et le droit de la consommation du second. Pourtant, les deux ordres publics fonctionnent d'une façon dialectique.

Ainsi, les autorités de concurrence ont entrepris depuis quelques années un mouvement de "civilisation du droit de la concurrence", mettant la protection du consommateur en son centre et l'indemnisation des dommages concurrentiels comme objectif du droit. Mais, nouvel étage de la dialectique, cette "civilisation" a pour effet, voire pour objet, de rendre plus efficace la lutte contre les comportements destructeurs du marché, en incitant les victimes à donner des informations par l'usage de leurs nouveaux droits d'agir en réparation.

Ce souci de l'intérêt général que porte le juge civil et sa capacité de celui-ci à le préserver n'ont rien de nouveau. Ainsi, l'article [6](#) du Code civil pose dès 1804 que les contrats ne peuvent pas déroger "aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs". Cela suffit, comme nous l'avons vu, pour que la Cour de cassation, dans son arrêt d'Assemblée Plénière du [31 mai 1991](#) frappe de nullité absolue, la pratique des mères porteuses, puis par ses arrêts de la première Chambre civile du [13 septembre 2013](#), de considérer que cette pratique faite à l'étranger est en elle-même [frauduleuse](#).

Mais le juge n'est pas seulement celui qui concrétise la loi, concrétisant ainsi les droits subjectifs ; il est aussi celui qui tranche les litiges qui oppose les personnes : la justice est représentée tenant un glaive. L'on se souvient aussi du symbole de l'épée de Salomon.

Cet office classique est exprimé par l'article [12](#), al.1 du Code de procédure civile , que rédigea Henri Motulsky : *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.*

Le juge exerce donc un office violent, puisqu'il tranche, la violence du juge arrêtant la violence du conflits entre les parties, le "litige" étant déjà une forme procédurale et donc civilisée de ce conflit. Cela est le reflet de la fonction du droit, force qui arrête la force. On peut se reporter aux travaux de René [Girard](#) en la matière, notamment son ouvrage *La violence et le sacré*.

L'article 12 du Code de procédure civile vise le droit objectif en utilisant le pluriel (règles), ce qui est rare dans l'art d'écrire les textes de droit. Il le fait parce que plusieurs textes peuvent "prétendre" régir la situation et le juge peut choisir, suivant le résultat adéquat qu'il faut atteindre, d'utiliser l'un ou l'autre. C'est là où la "politique jurisprudentielle" intervient.

Parmi mille exemples, on peut prendre celui des vices cachés. L'article [1641](#) du Code civil pose que le vendeur d'une chose doit la garantie des vices cachés à l'acheteur. La garantie paraît très forte. Mais le texte oblige l'acheteur à agir "à bref délai", ce qui conduisit à de très nombreuses prescriptions, les acheteurs n'étant pas de fait bien informés de leurs droits dans un délai efficace. Or, l'article [1603](#) du Code civil pose que le vendeur a l'obligation de "dé livrer" une chose conforme. Sa responsabilité pour non-conformité de l'objet peut être engagée sans condition particulière de délai (délai de droit commun de dix ans). Dès lors, la jurisprudence choisit le plus souvent de traiter les contentieux sur le terrain de la non-conformité et non plus sur celui du vice caché. Le résultat en était la recevabilité des actions. La raison en était la protection des consommateurs.

Le jugement est en lui-même, indépendamment de la procédure qui le précède, ce par quoi le juge tranche le litige et concrétise la loi. Mais le système juridique prend désormais un soin particulier à développer d'autres façons de mettre fin aux disputes : les modes alternatifs de règlement des litiges.

Le jugement lui-même peut être présenté de deux façons, lesquelles correspondent aux deux conceptions de l'office du juge précédemment présentées. En effet tout d'abord le jugement, concrétisation du droit objectif est une application particulière de la loi générale au cas concret dont le juge est saisi par la partie qui forme devant lui une demande, articulant une prétention. Dans cette

conception classique, le jugement prend la forme fameuse du "syllogisme juridictionnel" : la majeure est constituée par la loi, la mineure par la situation de fait que décrit la partie au juge, ces deux premiers éléments constituant les prémisses du syllogisme, le juge tirant comme conclusion sa décision en appliquant la majeure (le droit) à la mineure (le fait). Cet attachement français à une rédaction syllogistique des jugements a été réitéré par le [rapport](#) du Conseil d'Etat d'avril 2012 par lequel le Conseil adopta certes une forme modernisée et simplifiée du syllogisme mais en conserva le principe. Dans cette présentation, l'acte de juger exprime un rapport unilatéral entre la loi et le juge, qui en est l'agent.

Mais l'on peut présenter l'acte de juger d'une façon différente. En effet, par le procès, les deux parties qui cherchent à gagner présentent au juge des thèses partiales, biaisées et opposées. La procédure opère leur loyal confrontation (principe du contradictoire), le jugement est le résultat de cette confrontations de thèses qui mêlent à la fois les faits et le droit, les parties jouant aussi bien des arguments de fait que des arguments de droit. La césure est alors moins nette entre le jugement et le procès : le jugement est la forme achevée du procès, sa motivation étant la reprise du processus contradictoire de la procédure. Aristote présenta ainsi non seulement le jugement mais encore la justice, car alors juger c'est écouter l'un et l'autre. C'est pourquoi [Perelman](#) proposa en 1978 la « nouvelle rhétorique » comme forme de justice.

Cette évolution de ce que sont les décisions de justice est particulièrement illustrée par les décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur [question prioritaire de constitutionnalité](#). En effet, alors même que les décisions a priori du Conseil pouvaient être analysées à travers la grille d'analyse d'un rapport direct à la loi, la QPC accroît le contentieux constitutionnel sur le modèle juridictionnel, sur la contestation, le litige entre les parties, le débat et la balance entre les droits subjectifs. Ainsi, l'on peut penser que l'évolution du Conseil constitutionnel, notamment par l'effet de la QPC, va nous rapprocher cette institution du modèle de la Cour suprême, telle qu'elle existe aux Etats-Unis d'Amérique.

Ainsi, le jugement est un acte violent qui arrête la violence des disputes par le règlement du litige grâce à la puissance de la loi. Mais le pragmatisme conduit à penser que si l'office du juge est de mettre fin au litige, le droit objectif n'étant que l'outil pour satisfaire cette finalité, alors le plus efficace peut conduire à favoriser les moyens d'apaiser les litiges, au besoin en mettant de côté l'application du droit objectif : c'est le domaine des modes alternatifs de règlement des litiges.

Le système juridique actuel, dans tous les pays, favorise systématiquement les modes alternatifs de règlement des contentieux (MARC), par exemple par la médiation ou la conciliation, qu'elle soit organisée hors de l'intuition juridictionnelle ou dans l'institution juridictionnelle.

Ces techniques directes d'apaisement des conflits sont particulièrement bienvenues en matière familiale, la famille étant un espace où, une fois constituée, l'intervention du droit, signe du conflit, est la marque d'un dysfonctionnement. Son intervention par nature pathologique ne se justifie que s'il s'agit de protéger un faible, notamment l'enfant. Mais le droit a généralisé les techniques de médiation, y compris en matière pénale. L'on a certes douté de la constitutionnalité de la médiation pénale, mais le Conseil constitutionnel a validé celle-ci, dès l'instant que cet accord entre le Ministère public et la personne ayant commis l'infraction comprenait l'indemnisation de la victime.

D'une façon plus fondamentale, les organes juridictionnels sont de plus en plus dotés de pouvoirs conciliation, de médiation voire de transaction. Selon l'article [2044](#) du Code civil, la transaction est un véritable contrat qui clot l'instance, la partie au litige prenant des engagements en échange de quoi le procès prend fin. Ces pouvoirs de transactions sont le signe d'un mouvement de contractualisation des procès et de l'office juridictionnelle, ce qui rapproche les systèmes juridiques continentaux de la société anglaise, fondamentalement plus contractuelle.

Pour prendre un exemple, la loi du [22 octobre 2010](#) de *régulation bancaire et financière* permet désormais à l'[Autorité des Marchés Financiers](#) (AMF) de mettre fin à l'instance de sanction par la technique de "composition administrative". Ainsi, les sanctions se contractualisent comme aux Etats-Unis. Dans le droit de la concurrence, les systèmes juridiques intègrent désormais des "programmes de clémence", par lesquels des entreprises, parties à des comportements anticoncurrentiels, obtiennent d'échapper en toute ou partie à la sanction, en échange d'informations données contre leur complice. La délation est récompensée par un tel contrat. L'efficacité, concept clef du droit économique, prévaut sur la morale, qui peut, puisque l'autorité de concurrence réduit ainsi son asymétrie d'information.

#### Documentation *ex ante*

#### Doctrines

- Présentation de : J. [Carbonnier](#), *De minimis...*
- M.A. Frison-Roche, [Avant-propos](#) à la réimpression de la thèse d'Henri Motulsky, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. Eléments générateurs des droits subjectifs*
- M.-A. Frison-Roche, Le [modèle](#) du bon juge Magnaud
- W. [Baranès](#), M.-A. Frison-Roche et J.-H. Robert, Pour le droit processuel
- M.-A. Frison-Roche, [Philosophie](#) du procès : propos introductifs
- Présentation de : P. [Manent](#) : Du souverain juge au juge souverain

#### Textes

- [Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire](#)
- Loi du [22 octobre 2010](#) de *régulation bancaire et financière*
  
- Article [6](#) du Code civil
- Article [544](#) du Code Civil
- Article [1603](#) du Code civil
- Article [1641](#) du Code civil
- Article [2044](#) du Code civil
  
- Article [12](#) du Code de procédure civile
  
- Article [16](#) de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789
  
- Article [6](#) de la Convention européenne des droits de l'homme

## Jurisprudence

- Tribunal des Conflits, 8 février 1873, [Blanco](#)
- Ass. Plén., [31 mai 1991](#), arrêts dits des mères porteuses
- Cons. const., [9 avril 1996](#), *relative à la loi organique portant statut de la Polynésie Française*
- Civ. 1<sup>ière</sup>, [13 septembre 2013](#)

## Figure

[MOTULSKY, Henri](#)

## Document ex post

- J. Carbonnier, [De minimis...](#)
- P. Manent, Du souverain juge au juge souverain