LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr www.mafr.fr

© mafr

Troisième grande question du droit : Le juge

Plan

Section I. Le juge à travers sa fonction

Section II. Le mode de réalisation du droit par le juge : le procès

© mafr

Leçon°7 : Le juge à travers sa fonction

La leçon n°7 correspond à la section 1, de la grande question relative au juge, la leçon 8 traitera la section 2, relative au procès.

© mafr

Leçon°7 : Le juge à travers sa fonction

Plan de la leçon 7 :

- A. Le juge, instrument de rappel à la légalité

- B. Le juge, glaive tranchant les litiges entre les personnes

© mafr

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)

✓ Le lien, entre droit objectif et droits subjectifs

- Le juge, médiateur nécessaire entre la loi posée et les droits subjectifs concrétisés
- Le juge, socle du système légaliste
- Motulsky, auteur précurseur du pouvoir du juge constitutionnel et des droits subjectifs constitutionnels

© mafr

2. La distinction des juges selon leur office

- **Le contentieux civil, administratif et pénal**

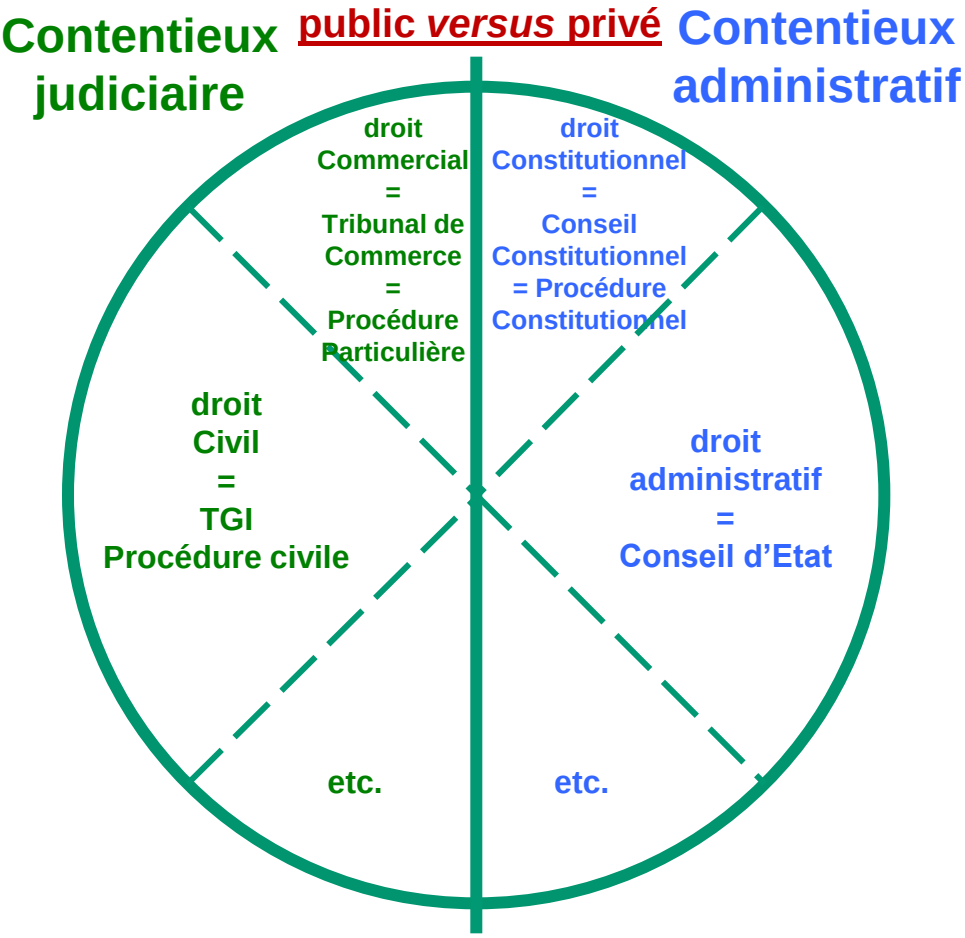
✓ La conception traditionnelle du contentieux, reflet du type des règles applicables : concrétisation dans le système juridictionnel française = la dualité des ordres de juridictions

✓ La conception opposée : l'accès au juge et au procès, corps autonome et suffisant de règles pour « réaliser » le droit objectif et « concrétiser » les droits subjectifs autonome :

- émergence du droit processuel
- conception européenne du procès

© mafr

La précédente organisation dualiste d'un système procédural, reflet des branches du droit :



Grande cohérence :

- **identité du droit substantiel et de sa traduction procédurale : c'est le même droit en état de guerre et en état de paix**
- **maintien de la séparation des intérêts : intérêts privés pour le juge judiciaire, intérêt général pour le juge administratif**

=

- **Légitimité intangible de la dualité des ordres de juridictions (« juge naturel »)**

Difficulté majeure : le droit pénal et la procédure pénale

- **Le droit pénal n'existe qu'à travers le procès.**
- **Le droit pénal est du « droit public »**
- **Or compétence judiciaire**
- **Donc déconnexion entre droit substantiel et juge compétent**

© mafr

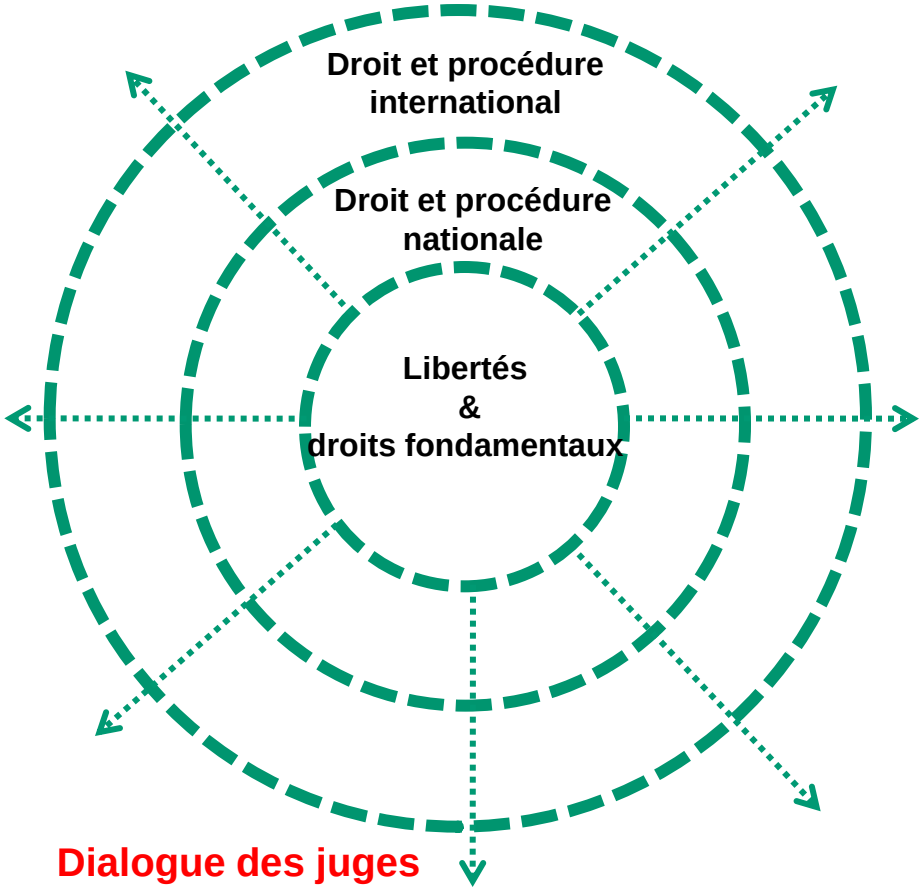
Le fondement de la compétence judiciaire en droit pénal :

- **La protection des libertés individuelles**
- **Liberté d'aller et de venir**
- **En principe, seul le juge pénal peut ordonner l'emprisonnement**

Anticipation d'un système dans lequel la clef de l'office du juge est dans la défense des libertés fondamentales

- **Disparition de la pertinence absolue de la dualité des ordres de juridictions**
- **Constitution d'un droit commun des libertés et droits fondamentaux, que tout juge va concrétiser, que le juge soit civil, pénal ou administratif**
- **Montée en puissance de l'office du juge constitutionnel**

La nouvelle unité de l'office du juge, quelque soit le droit substantiel : les droits fondamentaux.



© mafr

3. L'impossiblité de classer les contentieux selon la distinction de l'intérêt général et de l'intérêt particulier

• L'habitude traditionnelle de classer le droit privé du coté de l'intérêt privé, le droit public et le droit pénal du coté 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)

© mafr

3. L'impossiblité de classer les contentieux selon la distinction de l'intérêt général et de l'intérêt particulier. La question réouverte de ce pourquoi est fait un juge

L'office du juge 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 : ordonnance de non lieu 30 mars 1983, *Issei Sagawa* ; jugement du 24 août 2012, *Anders Breivik* (21 ans de prison, reconnu comme ne souffrant pas de psychose, malgré l'expertise contraire et conformément à la demande de l'accusé qui refuse de faire appel)
- Le paradoxe du « bon juge Magnaud » Légalité V/ sentiment de justice

© mafr

- **L'office du juge civil et commercial**

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

- 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
  - droit de la concurrence, ordre public de direction et mécanisme de « civilisation »

© mafr

- **L'ordre public et le juge civil et commercial**

-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 ».
- Feuilleton judiciaire actuel concernant les conventions de gestation pour autrui
  - Ass. Plén. 31 mai 1991, arrêts dit des Mères porteuses (ordre public international)
  - Civ. 1ière, 13 septembre 2013 (fraude)

© mafr

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.

© mafr

✓ 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

© mafr

2. Le jugement et ses alternatives de règlement des litiges

a) Le jugement

- Le jugement, application particulière de la loi générale
- Conception traditionnelle : Le syllogisme juridictionnel
  - Conception formaliste du droit
  - Maintien de cette conception par le Conseil d'Etat (rapport d'avril 2012)
- Conception opposée : le jugement, résultat de confrontation de thèses « situées » et opposées.
  - La rhétorique comme nouvelle forme de justice
  - Aristote, Perelman

- Ambiguïté des décisions du Conseil constitutionnel sur QPC

© mafr

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 :

- Article 2044 du Code civil
- Le pouvoir de composition administrative de l'Autorité des Marchés Financiers (loi du 22 octobre 2010)
- Programmes de clémence
- Procédures d'engagements en droit de la concurrence.

© mafr