

Les offices du juge¹

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

1. *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.* Ainsi dispose le premier alinéa de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile.

A travers cette lettre, admirable, qui, parlant d'elle-même², saisit l'irréductible de l'office du juge et exclut par prétérition des offices qui tendent à confondre juge et gestionnaire, on pressent la puissance des réflexions sous-jacentes et ce qu'elles doivent notamment à Jean Foyer. Elles apparaissent dans la thèse qu'il consacra à l'autorité de cette chose qu'il faut juger avant de fermer les portes de la première instance³. Elles dominent le Nouveau Code de procédure civile qui doit tant au dédicataire⁴. Cette grande œuvre brise les couples infernaux de la cohérence et du dogmatisme, d'une part, et du pragmatisme et des contradictions, d'autre part, car elle est construite sur la mise en cohérence de principes flexibles⁵.

Mais, de la même façon qu'on hésite aujourd'hui, sociologisme aidant⁶, à parler au singulier du juge, on peut éprouver quelque réticence à parler de son office ainsi, comme si l'office du juge était unique, ou à tout le moins unitaire. L'attraction que semble exercer actuellement le juge sur l'opinion publique et — d'une façon dont on ne sait si elle est autonome ou transitive par rapport à celle-ci —, sur le législateur, a certes pour effet de multiplier ses missions⁷. Mais, en toutes hypo-

1. L'office du juge est un sujet de conversations toujours renouvelées. Je tiens à remercier mes interlocuteurs qui ont enrichi mes réflexions en m'apportant la contradiction, tout particulièrement Jean-Marie Coulon et William Baranès.

2. G. Cornu, *Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions)*, Études offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 84 s.

3. J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, essai d'une définition*, Thèse Paris, 1954.

4. V., not., G. Cornu, L'élaboration du code de procédure civile, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1995, n° 16, p. 241 s.

5. G. Cornu, *Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions)*, préc., n° 5, p. 89, précisément sur cette question de la portée de l'article 12.

6. *Revue Pouvoirs, Les juges*, 1996.

7. G. de Leval, La triple mission du juge (belge) dans le procès civil, *Mélanges en l'honneur de Roger Penot*, Dalloz, 1996, p. 245 s.

thèses, cet office n'est pas unitaire, même si l'évolution des différents contentieux tend aujourd'hui à rapprocher les fonctions des juges civil, pénal et administratif. Ces ressemblances qui s'accroissent, ne serait-ce qu'en raison de la convergence des régimes mis en œuvre⁸ et de l'effet unificateur de la construction européenne⁹, laissent en effet intacte la diversité qui caractérise l'acte même de juger, chaque voie de droit, chaque branche substantielle du droit, chaque prétention¹⁰, mettant simplement plus ou moins en avant certains aspects de celui-ci.

Il est difficile de décrire ce que doit faire le juge, ce pour quoi un homme est institué juge parmi les autres hommes. Il ne s'agit ici que de déterminer ce pour quoi est fait le juge, et non pas, question subséquente, quels pouvoirs procéduraux il détient ou non pour le faire, à travers notamment une organisation plus ou moins inquisitoriale de la procédure et une conception plus ou moins impérieuse des méthodes de preuve¹¹. Office et puissance sont liés mais ils ne se confondent pas.

Si on en reste à l'essentiel, c'est-à-dire à l'office, la régression de la question s'impose : pourquoi un juge ? Plus fondamentalement encore, comment s'autorise-t-on à confier à quiconque ce rôle de juger ? Car si l'on cherche à savoir « qu'est-ce qu'un juge ? », on doit poser au départ que « Le juge est une personne désignée comme tel pour exercer soit seul, soit en collège la fonction de juger »¹², pour poursuivre : « Le juge est celui qui juge. Mais qu'est-ce que juger ? »¹³.

2. Juger est impossible. Non qu'il faille nécessairement être sans reproche pour juger d'une façon ordinaire ; il ne s'agit pas du jugement dernier¹⁴ où tous les comptes sont faits par celui qui est hors de tout jugement. C'est plutôt pour punir — la punition étant radicalement différente du jugement — qu'il faudrait n'avoir pas fauté, pour que la première pierre soit alors à notre portée et que nous puissions la jeter sans trouble.

Mais pour asséner le coup antérieur du jugement, celui qui y procède doit être en mesure de connaître : connaître les faits sans lesquels il ne peut attacher de conséquences ; connaître les hommes sur lesquels le jugement tombera et que celui-ci doit prendre en considération pour leur être adéquat ; connaître la règle par référence de laquelle le juge-

8. Cela est justement illustré par les réflexions de Jean Foyer concernant la propriété industrielle : J. Foyer, *Le droit processuel de la propriété industrielle*, Écrits en hommage à Gérard Cornu, PUF, 1994, p. 147 s.

9. J. Normand, Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense, *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, préc.*, p. 337 s.

10. Y. Desdevises, Variations sur le fond en procédure civile, in *La terre, la famille, le juge*, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard, Economica, 1990, p. 325 s.

11. *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, XI^e colloque des Instituts d'Études Judiciaires, PUF, 1975.

12. G. Wiederkehr, Qu'est-ce qu'un juge ?, *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, préc.*, p. 575.

13. *Ibid.*, p. 580.

14. D. Terré, Le jugement dernier, *Archives de philosophie du droit*, t. 28, Sirey, p. 339 s.

ment se constitue ; avoir enfin quelque idée du juste. Or, il est impossible à l'esprit humain de maîtriser chacun de ces termes. Première raison pour que juger soit une « obligation impossible »¹⁵.

3. Une impossibilité mais une obligation. Car il faut juger. La tension du jugement est là : devoir humain, obligation éthique et sociale de concrétiser l'inconcevable. Les conflits doivent trouver une fin et il faut bien que le droit objectif se réalise par l'application qu'en fait le juge¹⁶. Cette obligation est « épouvantable »¹⁷ en ce qu'elle signe la finitude humaine et exigerait pourtant, pour être satisfaite comme il se doit, des qualités et une perspicacité infinies. Il faut alors que certains la prennent en charge. C'est ainsi non pas en termes de pouvoir à saisir, mais bien en terme de charge, d'office, qu'il convient de désigner la fonction du juge.

4. Plaignons les juges. Car pour assumer un tel rôle dans la société, il faudrait que la présence du sacré y soit encore tangible, afin que la jonction ainsi opérée par le jugement entre le fini et l'infini y soit explicitement inscrite, et l'impossibilité de cette tâche nécessaire corrélativement admise. Ce ne serait pas indulgence mais conscience. Mais la désacralisation de la société occidentale méconnaît cette dimension première du juge. La mise en scène médiatique de la cité met paradoxalement le juge au premier plan mais c'est en lui ôtant cet habit mystérieux qui faisait aussi sa force. Le juge est l'objet de toutes les critiques et la doctrine y prend bonne part¹⁸ : elles sont souvent tout à la fois compréhensibles et infondées, procédant d'une appréhension oubliée de cette convergence dans l'office du juge de la nécessité et de l'impossibilité.

5. Respectons les juges. Car ils se chargent de l'œuvre de justice. Ils jugent pour nous soulager du fardeau de le faire. Leur charge s'approche alors de celle du bourreau ou de l'ensevelisseur de cadavres : ils nous ôtent ce souci pour le porter à notre place. L'office du juge est donc fondamentalement politique. En effet, le juge se charge de l'activité de juger, et c'est par celle-ci que l'espace public se constitue : Hannah Arendt a montré de la sorte le lien entre la faculté de juger et l'existence du politique dans la réalisation de l'espace public¹⁹. L'office du juge est plus encore problématique puisqu'il porte en lui sa

15. *La justice. L'obligation impossible*, Série « Morales », éd. Autrement, 1994.

16. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 1992.

17. M. Duchamp, *Entretiens avec Pierre Cabanne*, éd. Somogy, 1995, p. 111 : « Le mot "croyance" est une erreur... C'est comme le mot "jugement". Ce sont des données épouvantables sur lesquelles la terre est basée ».

18. F. Burdeau, *Du sacré au massacre d'un juge. La doctrine et le Conseil d'Etat statuant au contentieux*, in *La terre, la famille, le juge*, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard, préc., p. 309 s.

19. *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, coll. « Libre examen », Seuil, 1991.

propre contradiction : bien juger est un exploit. Le Nouveau Code de procédure civile dessine d'ailleurs une figure du juge proche de celle du héros.

6. En effet, si l'on décompose les différents offices du juge, à première vue nettement distincts, celui-ci doit néanmoins exercer un office plein, c'est-à-dire les servir tous dans l'harmonie. L'office du juge est alors singulier qu'en tant qu'il est la méthode d'ajustement des fins contradictoires que l'acte de juger poursuit. Mais le législateur ou les juges eux-mêmes peuvent s'arrêter à une perception d'offices qui, au-delà de la distinction, sont antinomiques. Dès lors, une hiérarchie des offices est opérée, et le système judiciaire est profondément affecté suivant la priorité ainsi donnée à telle ou telle finalité de l'intervention du juge. Certains pourront y voir une dégradation du système juridique puisqu'il renonce à l'harmonie pour se rabattre sur la hiérarchie, l'échappée du problématique se traduisant par un appauvrissement de l'office.

7. Pour quoi institue-t-on un juge ? Pour trancher le litige, pour apaiser le conflit, pour appliquer la loi, pour que la vertu de justice se concrétise. Prenons le premier des offices. *Le juge tranche le litige* ; l'office du juge a le litige pour objet²⁰. Ce lien entre litige et juridictionnel est si fondamental que l'on peut douter avec Jean Foyer du bien-fondé de la qualification de « juridiction gracieuse »²¹. Le litige est ainsi la forme judiciaire du conflit, la métamorphose qui permet sa résolution. En cela, le juge détient le pouvoir sacré d'arrêter l'amplification de la violence dans la société²².

8. On doit pourtant être sensible à la violence que contient le verbe « trancher », évoquant l'épée de Salomon. Cette référence se révèle d'ailleurs vite trompeuse car l'épée ne menace l'enfant qu'en vue de démasquer la vérité et non pas pour exécuter le nouveau-né. Le glaive est ici l'instrument de la preuve et non celui du jugement. Il demeure que le jugement est donc tranchant en ce qu'il est une décision et un acte d'autorité. En cela, le jugement est le contraire de la procédure qui le précède puisque le débat contradictoire dont le procès est le cadre aurait vocation à ne jamais cesser. Le jugement est ce qui fauche le procès car il y coupe court et fait cesser la recherche de la vérité. Il y a certes une interdépendance entre procédure et jugement, puisqu'on ne peut juger sans procédure préalable et que la procédure est une technique opératoire qui n'a de sens qu'en perspective du jugement, mais il n'y a pas intimité entre les deux pour autant.

20. J. Normand, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1965.

21. Cours de Jean Foyer en doctorat, tel que repris dans la thèse de D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : être le droit et trancher les litiges*, préf. G. Wiederkehr, LGDJ, 1994, p. 261 s.

22. R. Girard, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972.

Ainsi, la procédure s'apparente à une recherche scientifique et débattue de la vérité alors que le jugement est l'expression d'une force, ce jugement dont les termes équivalent à ce que l'on ose parfois appeler une « vérité légale ». Le juge est donc la force légitime qui arrête la violence. Cette force n'est que relayée par la puissance publique qui est susceptible d'intervenir pour assurer l'exécution de la décision et il ne faut pas associer d'une façon trop rigide l'effectivité du jugement et l'exécution forcée²³. Le jugement a une puissance propre, autonome à l'égard de l'État qui lui prête son appui, apte à soumettre celui-ci, puissance liée à la définition du droit, comme force légitime instituée pour se dresser contre les expressions de force pure.

9. « Trancher », cela évoque encore le définitif, ce sur quoi on ne revient pas, le fil qu'on ne peut reprendre. Il y a de la Parque dans tout juge. C'est pourquoi le provisoire du référé engendra dans un premier temps un office à part, un balbutiement d'office, justifié par l'urgence, même si l'on observe aujourd'hui que le référé s'est affranchi plus ou moins ouvertement de ce caractère provisoire et qu'il faut admettre, en conséquence, que le juge des référés tend à devenir un juge ordinaire, ou plutôt le modèle du juge ordinaire.

10. Mais, par une telle violence, le juge parvient-il à remplir son deuxième office, c'est-à-dire à apaiser le conflit ? Il le fait puisque le juge ordonne aux parties de se taire désormais et d'exécuter ce qu'il a dit : *l'imperium* n'est pas l'accessoire du jugement ; il en est la marque. La doctrine a posé en conséquence que, si l'on veut bien admettre que l'arbitre exerce un office analogue à celui d'un juge, il conviendrait qu'on lui reconnaisse à ce titre cette puissance²⁴, dès l'instant qu'elle ne se confond pas avec l'aide de la puissance publique, laquelle est ultérieure et accessoire.

11. Mais, tout d'abord, suffit-il de décider pour que le conflit s'apaise ? Le recours à la force publique pour contraindre à l'exécution, à supposer qu'il soit efficace²⁵, n'a pas le pouvoir d'engendrer un véritable apaisement, bien au contraire. Sous l'angle pénal, le phénomène de la récidive atteste cette absence de réconciliation. Pour que l'exécution soit véritablement la marque de l'apaisement et non le moteur de l'exacerbation du conflit, le jugement doit faire autorité. Le juge a-t-il l'autorité suffisante pour que sa seule fonction assure l'emprise du jugement sur les parties, pour que son seul acte les ramène à la raison ?

23. *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'association H. Capitant, t. 36, Economica, 1985.

24. Ch. Jarrosson, *Réflexions sur l'imperium*, Études offertes à Pierre Bellet, *préc.*, p. 245 s.

25. V., not. F. Kernaléguen, A propos du règlement des litiges de masse, in *La terre, la famille, le juge*, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard, *préc.*, p. 393 s., qui se réfère à la force d'inertie et au travail de sappe que les justiciables peuvent efficacement opposer à une décision de justice exécutoire.

12. Il semble aujourd'hui que la personne du juge ne suffise plus à imposer une telle autorité. Cela est certes la marque du progrès en droit, le jugement logique ayant fait suite au jugement mystique et charismatique, selon les catégories posées par Max Weber²⁶. La perte d'autorité du juge est donc à première vue la marque d'un gain de rationalité. On a ainsi démontré, à partir d'une analyse très fine des mécanismes d'autorité de chose jugée confrontés à la procédure de recours pour inconciliableté de jugements, que nous étions passés « de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire »²⁷.

Ainsi, le pouvoir du juge ne doit plus tenir à un mécanisme de domination de sa personne. L'on peut, à ce propos, s'inquiéter de l'excessive célébrité de certains juges, laquelle, loin d'accroître l'autorité de l'institution judiciaire, l'ébranle, voire la détruit en ce qu'elle la fait régresser vers le charismatique, c'est-à-dire vers la domination. Cela est d'autant plus préoccupant que le pouvoir charismatique s'oppose au pouvoir démocratique²⁸.

13. Dès lors, si l'autorité apaisante n'est plus dans la personne du juge et que la puissante formelle de l'*imperium* n'y suffit pas, le pouvoir de mettre effectivement fin à la dispute doit nécessairement être dans le jugement. Le jugement non pas en ce qu'il serait parole mystique, parole d'un chef ou parole ordonnante, mais en tant qu'il est une parole argumentée. Le jugement relève certes de « l'ordre du discours »²⁹ mais il n'est pas pour autant un exercice de pure forme. En effet, il constitue un discours motivé, arrimé en cela à la contrainte du raisonnable. En cela, le jugement présente une rationalité supérieure à celle de la loi, puisqu'il se justifie, contrairement à elle.

14. L'autorité du jugement réside ainsi en dernière analyse dans la motivation. Celle-ci n'est pas le simple instrument de contrôle de l'acte par une autorité supérieure mais ce qui permet à l'auditoire, pensé en termes d'espaces concentriques³⁰, d'admettre la décision. Cela concerne non seulement le jugement civil, réconciliant les deux parties, mais encore le jugement pénal qui vise à un retour à l'harmonie dans les rapports du délinquant avec la société, puisqu'il n'est heureusement plus question de débarrasser celle-ci du gêneur.

26. J. Carbonnier, *Sociologie du jugement*, Cours de sociologie juridique, Paris II.

27. M. Contamine-Raynaud, L'« inconciliableté » de jugements : de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 113 s.

28. I. Kershaw, *Hitler : essai sur le charisme en politique*, Gallimard, 1995.

29. M. Foucault, *L'ordre du discours*, Gallimard, 1989.

30. Ch. Perelman, *Logique juridique. La nouvelle rhétorique*, coll. « Méthodes du droit », 2^e éd., Dalloz, 1979.

15. D'une façon générale, il n'est de véritable autorité qu'admise, et d'ordre effectif que reçu. Juger, c'est « convaincre et commander »³¹. Juger rationnellement, juger efficacement, c'est motiver. C'est pourquoi l'admission de l'opinion dissidente ne constituerait sans doute pas un affaiblissement mais l'accroissement de l'autorité du juge. Certes, l'opinion dissidente présente la première vertu de constituer une méthode d'avertissement d'un revirement possible de jurisprudence, diminuant ainsi l'effet rétroactif de celui-ci³². Mais, à titre principal, elle est la trace du débat contradictoire qui a précédé le jugement : en cela, elle atteste la justice procédurale³³.

16. On a certes pu douter de la capacité du juge à remplir cet office d'apaisement. Le procès n'est-il pas en lui-même un redoublement de la violence, les parties la mimant et la réactivant dans l'affrontement judiciaire ? Mais l'on observera tout d'abord qu'il peut s'agir là d'une catharsis ; c'est ainsi que s'est fondé le procès athénien³⁴. En ce qu'il est gesticulations et effets de manches, le procès permet une sublimation de rapports humains plus directs, pouvant conduire par le jeu de cette transposition à un apaisement. Il y a de la distanciation dans la mise en scène processuelle. Enfin, le procès a la vertu de la lenteur : il constitue alors un procédé de décélération d'une violence partie en trombe.

17. La sérénité qui en résulte permet alors au juge de remplir son troisième office : appliquer les règles de droit. Si le juge tranche le litige, il le fait *conformément aux règles de droit qui lui sont applicables*. On reconnaît ici et notamment la thèse d'Henri Motulsky, assignant au juge la tâche de réaliser méthodiquement le droit objectif³⁵. Le juge est ainsi gardien du système juridique, les codificateurs ayant eu la sagesse de viser la règle de droit et non sa manifestation particulière qu'est la loi. En cela, par un renversement de la pyramide kelsénienne montré par Charles Eisenmann, le juge est le maître du système. Certes, en matière pénale, une référence plus stricte et redoublée doit être faite à la loi, en raison du principe de la légalité des délits et des peines. Tout cela paraît d'évidence, même si l'on observe parfois dans la jurisprudence criminelle, notamment en matière économique, une sorte d'oubli de cette dernière spécificité.

31. P. Drai, *Libres propos sur la médiation judiciaire*, Études offertes à Pierre Bellet, *préc.*, p. 124.

32. Ch. Mouly, Le revirement pour l'avenir, *JCP*, 1994, I, 3776.

33. J.-M. Ferry, *Justice politique et démocratie procédurale*, Cerf, 1994.

34. N. Loraux, Le procès athénien et la justice comme division, *Archives de philosophie du droit*, t. 39, Sirey, 1995, p. 25 s.

35. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, *préc.*

18. L'exégèse de l'article 12 est pourtant périlleuse. On peut, tout d'abord, se demander ce que sont « les règles de droit... applicables ». Il s'agira certes de toutes sortes de règles, non seulement législatives mais encore coutumières, jurisprudentielles ou tirées des principes généraux. La rédaction de l'article 12 récuse dans ses termes le légicentrisme dont le droit français a longtemps souffert. Mais le qualificatif d'« applicables » contient-il davantage de normativité ? On peut soutenir que seule la règle de droit dont la juridicité est acquise mérite d'être déclarée applicable, visant ainsi la règle de droit conforme aux exigences du système juridique. Or, cela n'est pas le cas de la loi contraire à une norme supérieure. Le pouvoir du juge ordinaire d'écarter la loi nationale, antérieure ou non, dont les termes sont en contradiction avec les traités, peut ainsi trouver un appui dans la définition générale de l'office du juge³⁶.

19. Cela brise certes un rapport de service conçu trop étroitement entre le juge et la loi puisque cela rend transparent ce que le Président Raymond Odent désignait comme « l'écran législatif », mais c'est pour rétablir ce même lien, cette fois entre le juge et le système juridique. L'office du juge s'enrichit ; il ne se brise pas car c'est vers l'effectivité du droit général et objectif que l'office du juge tend. Ainsi, le droit positif construit par la jurisprudence judiciaire en 1975³⁷ puis par la jurisprudence administrative en 1989³⁸ ne traduit pas tant une révolte du juge contre la loi qu'une tâche de concrétisation du droit dont le domaine d'application a été étendu de la stricte hypothèse de la loi au champ plus vaste de l'ensemble des règles de droit.

20. Dans cette perspective, on comprend mal pourquoi le contrôle de constitutionnalité est refusé au juge ordinaire. Certes, un tel refus peut se justifier, mais sur un autre terrain. S'articulent en effet les arguments très puissants, et fréquemment avancés par Jean Foyer, de la souveraineté du législateur vis-à-vis de la Constitution, et de la souveraineté de la France vis-à-vis de la Communauté européenne. Mais une telle discussion relève davantage d'une réflexion sur l'office de la loi que de conséquences attachées à l'office du juge. A la seule aune de celui-ci, l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile oblige le juge à concrétiser toutes les règles de droit, mais seulement les règles appli-

36. A. Barav, La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire, *Mélanges en hommage de Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 1 s. Dans le même volume, v. aussi F. Grevisse et J.-Cl. Bonichot, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres*, p. 297 s.

37. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Cafés Jacques Vabre*, *D.*, 1975, p. 497, concl. Touffait ; *JCP*, 1975, II, 18180, *Cah. dr. eur.*, 1975, p. 651 s., note R. Kovar.

38. CE, 20 octobre 1979, *Nicola*, *D.*, 1990, p. 135, note P. Sabourin ; *JCP*, 1989, II, 21371, concl. P. Frydman.

cables, c'est-à-dire dotées d'une pleine juridicité au regard du système juridique en son entier.

21. Mais l'on sait que les disputes doctrinales n'ont pas tant porté sur l'objet de l'obligation du juge que sur l'intensité de celle-ci. Il s'agit en effet de savoir si le juge a le pouvoir de relever d'office la règle de droit applicable au litige et s'il a l'obligation d'exercer ce pouvoir. Celui-ci a été rapidement reconnu, puisque le juge est maître du droit. Mais le devoir a été cahotiquement dénié³⁹. L'article 12 du Nouveau Code de procédure civile n'offre pas une solution nette puisque le mode indicatif auquel est conjugué le verbe trancher ne contient pas nécessairement en lui-même une prescription obligatoire.

22. La jurisprudence n'a pas apporté une réponse unique à la question mais il semble bien que le principe soit de ne pas contraindre le juge à relever d'office la règle de droit effectivement applicable dès l'instant que les parties ont invoqué une autre règle, fut-elle pour sa part inapplicable. Il est pourtant difficile de justifier cette solution au regard du principe de l'apanage du juge sur le droit⁴⁰. La justification de cette solution par une considération plus pragmatique selon laquelle on ne peut demander au juge de tout connaître en droit⁴¹ paraît à la fois peu aimable pour les magistrats dont l'incompétence est ainsi présumée et peu conforme au principe d'égalité des justiciables devant la justice. En effet, que devient la partie insuffisamment conseillée en droit ? Qu'advient-il alors de la vertu de justice qu'il s'agit aussi de réaliser ?

23. C'est à travers l'office du juge, même si ce n'est pas sous ce terme, qu'Aristote dépeint la vertu de justice, dans le livre V de l'Éthique à Nicomaque. En effet, le juge détermine ce qui revient à chacun, après avoir entendu les prétentions opposées. En cela, le juge pratique la vertu de prudence, consistant à distinguer de part et d'autre, à travers une progression dialectique de l'analyse.

24. Peut-on aller plus loin et évoquer une définition moins procédurale de la vertu de justice que le juge prend à sa charge ? Sans doute l'équité est-elle le contraire de la justice et du droit lorsqu'elle sert de justification *a priori* et difficilement discutable à des décisions prétendant s'imposer par cette incantation. L'article 5 du Code civil

39. Y. Lequette, L'abandon de la jurisprudence Bisbal, *Rev. crit.*, 1989, p. 277 s. D. Bureau, *L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse*, Clunet, 1990, p. 317 s.

40. Motulsky, Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, *Rev. intern. dr. compar.*, 1959, p. 354 s. ; J. Normand, Le juge et le fondement du litige, *Mélanges P. Hébraud*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595 s.

41. Not., R. Martin, La règle de droit adéquate dans le procès civil, *D.*, 1990, chron., p. 163 s.

continue de nous mettre en garde contre l'équité des Parlements, lorsque celle-ci n'est que la rhétorique de la puissance et de la force judiciaires, lorsqu'elle permet le détournement de l'office du juge.

25. Mais il entre dans celui-ci de se dresser contre l'inéquitable et l'arbitraire des décisions. C'est la tâche du juge administratif lorsqu'il contrôle les décisions administratives. Il en va de même lorsque le juge intervient contre les emprisonnements provisoires non justifiés ou lorsqu'il s'assure, par des techniques juridiques plus ou moins directes, d'un équilibre minimal entre les contre-prestations dans les rapports contractuels. L'évolution du droit prétorien vers une sanction judiciaire des prix inéquitables ou lésionnaires en est l'illustration. La puissance du droit contre la force de l'iniquité est concrétisée par le juge. En son office convergent donc la justice procédurale et une définition substantielle de la justice comme la limite à l'iniquité.

26. Même si l'on s'en tient à une définition traditionnelle et exégétique de l'office du juge, on prend la mesure de la diversité extrême de sa tâche. Certes, comme dans la pensée stoïcienne qui pose que l'homme n'est vertueux que si toutes les vertus sont satisfaites dans le même temps, un jugement n'est bon que s'il parvient tout à la fois à trancher le litige, à apaiser le conflit, à concrétiser la règle de droit et à réaliser la vertu de justice. Mais l'on peut estimer que le juge ne peut agir alors par compromis, c'est-à-dire ne jamais servir parfaitement chacune des finalités afin de sauvegarder l'équilibre entre elles. Si le législateur, ou ceux qui l'inspirent rapport après rapport, veut qu'un des offices du juge soit pleinement satisfait, il opère alors une hiérarchie des offices du juge.

27. Les différents moments de l'histoire de la justice ou la diversité des droits civil, pénal et administratif, font miroiter les différentes faces de l'office du juge. Certaines peuvent être si nettement privilégiées qu'elles en viennent à rejeter dans l'ombre les autres. Voyons tout d'abord ce qu'il en est lorsque le système pose en premier l'office qu'a le juge de trancher les litiges. La procédure civile classique le met en avant. En cela, elle limite nécessairement le rôle du juge puisqu'il est dépendant de l'existence d'un conflit, de la présence de personnes évoquant leurs intérêts respectifs et qu'il ne peut alors que prétendre les résoudre. En outre, par définition, le conflit relevant du passé, le juge ne peut que se contenter de faire les comptes.

28. Or, le juge civil doit aujourd'hui endosser un nouvel office, car le conflit n'est qu'une forme des crises pour la résolution desquelles on en appelle au juge. Une autre forme de crise peut être celle qui concerne la régulation des systèmes, tel le système du marché des biens

et services ou celui, plus identifié encore, du marché financier. La crise n'est plus alors celle des individus mais celle du système ; le juge doit aussi pouvoir en venir à bout. Pour cela, il devra anticiper et manier les armes juridiques nécessaires, notamment l'injonction.

Dans cette perspective, le juge est davantage en charge de trouver des solutions que de choisir entre des thèses. Mais l'office consistant à trancher les litiges a été si considéré que le pouvoir du juge y a été réduit ; cela explique notamment pourquoi cette tâche essentielle de surveillance des systèmes a été successivement confiée à des autorités administratives, dont la COB et le Conseil de la concurrence⁴² sont les meilleurs exemples. De plus, l'exclusion du juge des tâches de régulation s'est accompagnée d'un phénomène d'annexion des fonctions répressives par les organes administratifs⁴³. Certes, la Cour d'appel de Paris intervient sur recours mais sa qualification naturelle s'en retrouve perturbée⁴⁴. Néanmoins, commencerait-on, sur ces premiers pas d'une Cour d'appel qui a su s'imposer, à concevoir le juge comme organe de régulation⁴⁵ ?

29. En outre et plus classiquement, la précéllence de la tâche de trancher des litiges, nécessitant la désignation de celui qui a tort et de celui qui a raison, n'est pas le meilleur moyen de ramener la paix et de calmer le conflit, en raison notamment de la part d'orgueil qu'on observe dans les comportements procéduraux. Certes, c'est par une appréciation de la conformité des comportements et des thèses par rapport aux règles de droit que les *satisfecit* seront distribués, ce qui montre l'association traditionnelle entre le règlement des litiges et l'application de la loi. Mais quand il y a dissociation entre l'extinction des conflits et l'application de la loi, le système juridique décide parfois de mettre en avant l'office de réalisation de la loi.

30. Le souci du respect de la loi et de son effectivité, lié à l'emprise de l'ordre public, est particulièrement impérieux pour le juge pénal. Il est illustré par cette sorte de phobie du chiffre noir et conforté par le fait que la seule réalisation du droit pénal réside dans le procès. Cette préoccupation s'exprime également à travers l'office du juge administratif, notamment lors de recours pour excès de pouvoir. Sans doute le symbole d'une justice aveugle restitue-t-il cette implacable neutralité.

42. V., par ex., J.-J. Israël, Contentieux administratif et contentieux de la concurrence, *Mélanges René Chapus*, 1992, Montchrestien, p. 315 s.

43. P. Delvolvé, Répression, droit pénal et droit administratif, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, à paraître.

44. R. Drago, Le juge judiciaire, juge administratif, *RFDA*, 1990, p. 757 s. ; P. Delvolvé, La cour d'appel de Paris, juridiction administrative ? *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992.

45. G. Canivet, Le juge et l'autorité de marché, *Rev. jur. com.*, 1992, p. 185.

31. Mais précisément, cet aveuglement peut être injuste et constituer en outre la source d'une aggravation du conflit. Une dispute fondamentale anime le droit international privé quant au maintien de la neutralité des méthodes des conflits de lois ou à l'opportunité d'un choix de la loi applicable placé essentiellement sous les critères de l'opportunité et de la justice plus ou moins servie. La controverse atteint la même virulence lorsqu'il s'agit de déterminer si l'application neutre de la loi suffit à remplir le juste office du juge. La loi est le socle de l'office du juge mais elle n'est pas son seul horizon, en tout cas lorsque la matière considérée n'est pas pénale.

32. En outre, la préoccupation de la loi peut éloigner le juge du fait. D'une façon générale, la distinction du droit et du fait est sous-jacente à l'office du juge puisque les parties dressent l'édifice de faits pertinents tandis que le juge endosse l'application de la loi. Mais l'opposition est trop abrupte car le juge ne doit pas seulement donner vie à la loi, il doit encore venir à bout des difficultés de fait, lesquelles ont justifié que la situation soit portée à la connaissance d'un tribunal. Dans cette perspective, la nécessité de dégager des solutions de fait l'emporte sur l'application des règles de droit, lorsqu'il s'avère que le droit est impuissant à produire un apaisement, voire lorsque l'application du droit accroît les difficultés de faits. L'office du juge se concentre alors sur le fait, en se détachant au besoin du droit. L'office du juge consulaire est logé à cette enseigne là.

33. Le droit lui-même n'est pas homogène. Il faut prendre en considération la tentation actuelle du système juridique de concrétiser toujours plus, non pas la loi, mais les droits subjectifs des personnes. Certes, Henri Motulsky a précisément développé sa théorie du procès en cherchant à déterminer les éléments générateurs des droits subjectifs. Mais la mise en avant de cet office a engendré, à travers un souci de règlement des litiges de masse⁴⁶, une « société contentieuse »⁴⁷ dont on mesure encore mal les effets. Un des effets pervers semble être de favoriser de nouvelles sortes de luttes de classe et d'entretenir des conflits sociaux. Il s'opposerait alors nettement avec le système mettant en premier l'office d'apaisement des conflits.

34. L'apaisement des conflits semble actuellement l'ambition majeure de l'institution judiciaire et du rôle que les pouvoirs publics veulent lui voir jouer. Cela tient sans doute à une organisation désormais consensuelle de la société ou souhaitée comme telle. Lorsque

46. F. Kermaleguen, A propos du règlement des litiges de masse, in *La terre, la famille, le juge*, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard, *préc.*, p. 367 s.

47. L. Cadet, *Le spectre de la société contentieuse*, Écrits en hommage à Gérard Cornu, *préc.*, p. 29 s.

l'apaisement des conflits n'est plus analysé comme la conséquence, même explicitement recherchée, de la réponse juridique apportée au conflit, il s'érige en fondement autonome, voire exclusif, de l'office du juge.

35. En effet, non seulement trancher le litige paraît à cette aune à tout le moins maladroit, voire constitue un contresens, mais l'application de la règle de droit elle-même peut constituer un obstacle car elle n'est jamais compréhensive ni soucieuse des situations particulières. Il faut donc « s'arranger » et cette volonté de retour à la concorde par des concessions réciproques, déterminées peu à peu par un tâtonnement qui rapproche singulièrement le procès de la figure de la négociation, prévaut sur tout le reste. Le goût du juge de paix revient.

36. D'une façon ponctuelle, cela engendre l'engouement pour ce qui est désigné comme modes « alternatifs » de règlement des litiges, passant le plus souvent par une mise du droit entre parenthèses. Plus fondamentalement, le juge quitte la figure du prêtre pour adopter ainsi celle du père, voire celle du copain. Le thème de la justice de proximité triomphe⁴⁸ et le juge délaisse sa robe. Une telle exclusive d'un des offices par rapport aux autres n'est pas sans danger, notamment pour la sécurité juridique et l'autorité du juge. Les bonnes intentions qui animent le mouvement ne peuvent suffire à juguler les prévisibles effets pervers. Mais une telle observation prend plus d'acuité lorsque le système juridique met en premier l'impératif de réalisation de la vertu.

37. En effet, le juge concrétise la vertu de justice, en ce qu'il affirme, exécution à l'appui, la supériorité du droit sur la force. Dès lors, il constitue la barrière qui se dresse contre l'injuste, contre l'intolérable, tandis que le politique endosse la prétention, d'une autre nature, voire d'une autre ampleur, de concrétiser le juste. C'est pourquoi la jurisprudence est source de droit, non seulement parce qu'elle doit interpréter et que toute interprétation participe de la création, mais parce que, si elle ne les trouve dans la législation, elle a le devoir de forger des théories générales qui excluent l'intolérable. Il en est ainsi des théories de l'abus de droit, de la fraude, de l'apparence ; il en est ainsi de la censure des textes au nom des principes généraux par le juge administratif et le juge constitutionnel. Théories formidables, sorties de nulle part, si ce n'est de cette charge fondamentale du juge de récuser l'injuste.

38. Cette concrétisation de la vertu de justice par le pouvoir de limiter l'injuste est une réaction aux situations injustes, qualité que nous

48. Rapport H. Haenel et J. Artuis, *Propositions pour une justice de proximité*, 1994.

repérons d'expérience. Pour cela, l'office du juge doit intégrer une certaine porosité par rapport aux situations de fait. L'office du juge, c'est aussi sentir l'injuste et y rétorquer. En ce sens, il y a de la sensibilité dans cet office. La sanction de la fraude à la loi ou aux droits légitimes des tiers, la révolution conceptuelle de l'abus de droit sont, le signe d'un office du juge qui peut au besoin briser le rapport au droit si celui-ci est une entrave à la justice.

39. Mais il faut prendre garde que le souci de justice, la considération directe du fait, ne finissent par tenir lieu de loi pour le juge et par se substituer à la logique et à la rationalité. Car le pire danger est lové dans cet aspect de l'office du juge, lorsque l'*ubris* s'en mêle. En effet, s'y développe une conception messianique du juge, redresseur de tort et fer de lance de l'équité. Le juge risquerait alors de « parcourir en sens inverse le chemin couvert »⁴⁹, du jugement rationnel, au jugement charismatique, au jugement magique. Cet office du juge à la Jessie James peut détruire tout sur son passage, tous les autres offices. Or, si le juge a dans sa mission la réaction extrême à l'injuste, l'appréciation positive du juste relève du pouvoir du politique, du dessein de gouverner, et le juge ne peut s'en mêler. Si le goût du pouvoir, l'exaltation mal placée d'une éthique indécise, l'y conduisait néanmoins, l'office du juge mis au singulier, c'est-à-dire l'articulation harmonieuse des différents offices, y sombrerait.

49. F. Kermaleguen, *préc.*, p. 367.