

L'esprit comparé du juge civil et du juge consulaire (perspective sociologique)

Rapport de Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université Paris IX-Dauphine

Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social



Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE, professeur à l'Université Paris-Dauphine.

1. Peut-on jamais parler de l'esprit des hommes ? Non seulement nul ne peut sonder ainsi l'âme, mais chaque âme est distincte d'une autre. Ainsi qui pourrait dire quel serait l'esprit du juge civil, c'est-à-dire ce qui est commun à tous les juges civils, quelles que soient leur fonction, leur personnalité et leur histoire ? Quel serait l'esprit du juge consulaire ? Et l'universitaire n'a même pas le secours de l'introspection ; à peine l'expédient du témoignage...

2. Cet esprit du juge, comment le trouver ? et pourquoi le chercher ? En effet, le droit, dans sa prudence, ne s'est assigné que de prescrire des comportements sans vouloir régir les âmes. Le droit est bien trop puissant dans ses effets pour revendiquer la témérité de vouloir nous gouverner vraiment. Dès lors, l'esprit des hommes est étranger au droit qui n'observe sagement que les actes. Même si c'est en perspective de l'intention qui a guidé la main, encore faut-il un acte pour que la question se pose. D'ailleurs, comment trouver l'esprit ? Comment prouver l'esprit ? Le droit qui s'y est risqué, comme celui propre à l'inquisition, a dû recourir à la torture car l'esprit ne se livre que frappé de stupeur par la douleur ou par la conversion.

3. Alors, pourquoi chercher à savoir quel est l'esprit du juge civil, du juge consulaire ? Cela tient au fait qu'ils ne sont pas gens ordinaires, au sens où ils appliquent la loi, la concrétisent par le jugement, la font vivre et la font advenir au

droit positif. Tout juge – et pas seulement le juge d'instruction – reste à cet égard l'homme le plus puissant du royaume. Parce qu'il est celui par lequel la loi prend vie ; comme le souriceau de la fable, il tient la loi entre ses griffes.

4. Mais précisément et concernant la loi, le juriste est coutumier de la distinction de la lettre et de l'esprit. On connaît les règles qui régissent l'interprétation des lois, comme celle des contrats : la lettre ne prévaut qu'en tant qu'elle est l'extériorisation de la volonté de l'auteur ; elle ne prend sens que par l'esprit du législateur ou des contractants. On conçoit aisément que si la lettre perd son sens immédiat, se contredit, se tait, en quelque sorte bafouille, ainsi que l'art. 4 du Code civil l'imagine, alors l'esprit peut s'imposer par lui-même, en dehors de son aide littérale, pouvant aller jusqu'à prévaloir sur la lettre. Ainsi, alors que le droit ne saisit que l'extériorité des comportements, il n'a pourtant de valeur et d'effectivité que par la puissance de l'esprit. Ironie du sort...

5. Mais l'esprit de la loi, l'esprit du contrat, ne se donne guère plus à voir que l'esprit de l'homme. Les travaux préparatoires et les témoignages ajoutent souvent à la confusion. Il faut donc un « découvreur » pour l'extérioriser à son tour, donner forme à l'esprit à travers une lettre toujours trop plate. Ce sera le juge. Mais le juge est un homme... Pourrait-on soutenir que la nécessité d'une sorte de volonté pure du législateur ou des parties implique que l'esprit du juge soit toujours mis à l'écart dans l'application de la loi ? Robespierre le pensait, qui rêvait d'un juge automate ; l'informatique caresse de nouveau le projet... Mais vouloir que le juge mette à part ce qui fait son esprit, c'est exiger qu'il sorte de lui-même, qu'il délaisse ainsi toute force d'âme, qu'il se mécanise ridiculement.

6. De toute façon, le juge ne peut ainsi s'abstraire. Se demander si l'esprit du juge interfère dans le jugement qui rend positif l'esprit de la loi n'a guère plus de pertinence que de rechercher si les femmes, elles aussi comme les juges, ont une âme et relèverait d'une tentative archaïque d'acharnement théorique sans grand objet. Comment mettre en question le fait que c'est l'esprit du juge qui juge ? Ce juge, qu'on le veuille ou non, est effectivement l'esprit de l'esprit de la loi.

7. Mais si cela ne peut être autrement, on peut certes se demander si cela devrait être autrement ? Certainement pas. On a depuis longtemps fait litière d'une confusion, qui avait fait des ravages en matière de preuve, entre neutralité de l'institution, impartialité du Tribunal et impuissance du juge. Le juge intervient en tant qu'il est homme et la justice doit être humaine, sauf à être terrifiante. Donc, l'esprit du juge est ce qui fait heureusement vivre l'esprit de la loi et du contrat. Il convient d'affirmer les vertus de la subjectivité du juge car c'est bien quand les juges oublient qu'ils sont des hommes que la justice devient terrible, puisque inhumaine.

8. Certes, cette revendication d'une justice subjective, parce que c'est une condition pour qu'elle soit juste, présente aussi un danger : l'arbitraire et l'insécurité juridique. La sécurité juridique, qui participe aussi de la vertu de justice, est alors du côté de la règle générale et abstraite tandis que l'esprit du juge conduit au gouvernement injustifié des juges. En dehors des vertus de la logique juridique en matière, Henri MOTULSKY ayant montré que la méthode permet justement de permettre un pouvoir légitime et non arbitraire du juge, on peut encore trouver dans l'esprit du juge une limite à ses proches dangers.

9. En effet, si l'esprit d'un juge peut être dangereux, et la personnalisation du contentieux est parfois préoccupante, c'est lorsque le juge entend faire sécession de l'institution en revendiquant un esprit personnel. Mais justement, l'esprit du juge consiste pour le juge particulier à se conformer spontanément à des normes de comportement qui sont communes à tous les juges de son espèce. C'est ainsi que si tous les juges civils participent de l'esprit du juge civil, si tous les juges consulaires participent de l'esprit du juge consulaire, alors cette sorte de conformisme juridique ou social permet de limiter l'arbitraire de l'esprit particulier et permet au justiciable d'anticiper sur les modes d'élaboration du jugement. C'est pourquoi l'effet institutionnel est primordial en matière de justice. C'est ainsi que l'examen de l'esprit du juge civil et du juge consulaire doit nécessairement passer par une perspective de groupe. La compréhension des communs dénominateurs du juge civil et du juge consulaire peut conférer une certaine sécurité juridique alors que le déclin de cette dernière est aujourd'hui difficile à enrayer.

10. L'observation vaut non seulement pour poser ce qui doit être mais encore pour expliciter ce qui est. En effet, pour comprendre le droit – la sécurité juridique tenant essentiellement à l'intelligibilité du droit – il faut comprendre l'esprit du juge, puisque c'est l'esprit du juge qui fait le droit. Mais comment le connaître ? Jolie promenade pour revenir au point de départ. L'impression d'enfermement dans le sujet proposé s'accroît lorsqu'on observe que c'est la façon de faire qui illustre le mieux l'esprit, la norme et la vertu : l'esprit se traduit principalement dans la méthode... Mais ce serait brûler le colloque par les deux bouts que de s'autoriser à interroger l'esprit par l'examen de la méthode.

11. Puisque la logique juridique trouvera à s'épanouir dans des études plus directement centrées sur la méthode, tournons-nous vers d'autres branches caractéristiques de ces matières qu'on se plaît à qualifier d'auxiliaires et qui recherchent par d'autres voies à connaître l'esprit du juge. Ainsi, la psychologie judiciaire s'y attache ; la sociologie juridique tourne autour. D'une façon générale, la première cherchera à formuler des lois qui éclairaient le comportement de tout juge ; le concept de loi du père n'y est pas inutile. La seconde cherchera à dégager les règles générales de com-

portement de groupe, les juges dans l'institution judiciaire, les juges dans le monde des juristes, les juges dans le corps social. Même si les juges ne sont pas l'objet des mêmes diabolisations théoriques que celles dont sont victimes les professeurs de droit, on a néanmoins radicalisé parfois l'analyse de l'esprit des juges, en en faisant principalement les servants du politique.

12. Mais gardons cette perspective collective, suffisamment générale pour n'être pas trop inexacte, étant rappelé que toute généralisation est grossière et toute opposition caricaturale. Elles le seront ici d'autant plus que le sujet implique de faire abstraction du juge pénal et du ministère public, pourtant parties prenantes de la matière. Mais le trait forcé peut être néanmoins instructif même s'il est destiné à n'être jamais vrai et ne saurait se prétendre tel. Et posons précisément la question du groupe. Les juges civils et les juges consulaires constituent-ils des groupes suffisamment distincts pour que l'on puisse précisément parler du juge civil et du juge consulaire, donner signification au qualificatif, non plus conceptuellement par rapport à l'image religieuse du juge, non plus techniquement au regard des règles de fond dont ils ont la charge, mais sociologiquement ? Il faut pour cela qu'ils n'appartiennent pas au même sous-groupe, au même monde. Et tout l'intérêt d'une comparaison, dans le but de dégager plus particulièrement ce qui sépare le juge civil et le juge consulaire, est de suggérer d'une façon pratique et en retour l'emprunt de l'un à l'autre. En effet, l'esprit du juge civil et du juge consulaire doivent être en harmonie puisqu'ils participent pareillement à l'œuvre de justice.

13. On peut alors confronter juge civil et juge consulaire à ce qui fait souvent l'esprit d'un groupe social, surtout si les diplômés s'en mêlent : l'esprit de corps (I). Mais le juge n'existe pas qu'à l'égard de la loi qu'il applique ou du contrat qu'il fait respecter. Il existe dans le prétoire, face et avec les parties. Or, les parties aussi ont un esprit particulier et c'est bien souvent l'esprit de la bataille, de la revanche et du contentieux. Le juge civil, le juge consulaire n'ont peut-être pas le même esprit face à cet esprit de querelle (II). Car il s'agit, non sans artificialité, de chercher à opposer juge civil et juge consulaire pour mieux les réunir dans ce qui fait fondamentalement le juge : l'esprit de justice.

I. – JUGE CIVIL, JUGE CONSULAIRE ET L'ESPRIT DE CORPS

14. L'esprit de corps gouverne la France ; l'expression « grands corps » y est savoureuse et procure à ses membres une joie enfantine qui perdure et se transmet de promotion en promotion. Cette permanence et cette fongibilité qui permettent d'affecter un certain esprit à un groupe socioprofessionnel valent aussi pour le juge civil et le juge consulaire. Précisément, parce que l'esprit de corps qui unit les uns et les autres n'est pas le même. Cela résulte de principes différents quant à leur formation (A) et quant à leur organisation (B).

A. – Juge civil, juge consulaire et principes de formation.

15. Comme l'adulte reste habité par l'enfant, le juge reste empreint de la formation et l'on affirme toujours, évoquant la tête bien faite, que c'est l'esprit qui est modelé. Or, l'ap-

prentissage du juge civil et du juge consulaire n'a presque rien en commun (1). Il faut en tenir compte pour penser la formation dans le temps (2).

1) L'apprentissage.

16. Pour qu'il y ait un esprit commun, il faut qu'il y ait une unité. Or, une différence importante entre les juges civils et les juges consulaires tient du fait que les premiers ont un esprit de corps né de leur diplôme tandis que les seconds ont un esprit de corps né de leur expérience. Cette différence essentielle de la forme d'apprentissage, sur les bancs de l'E.N.M. pour les uns, dans la vie des entreprises pour les autres, est accrue par le fait que la sélection est nécessairement différente, le juge civil ayant passé un concours construit sur des exigences de type universitaire, le juge consulaire ayant subi l'épreuve de l'élection par ses pairs. Le décalage est accru par l'insuffisance de l'apprentissage du droit commercial à l'E.N.M., à laquelle propose de remédier le tout récent rapport Dobkine.

17. Cela explique un certain nombre de différences. Ainsi, le juge consulaire n'est pas confronté à ce que rencontre le jeune juge civil : l'inexpérience, la solitude et la découverte de difficultés propres à des situations humaines dont il ignore quasiment tout. Le juge consulaire est nécessairement expérimenté dans ce dernier aspect des choses car il a vécu bien souvent des situations analogues avant de les retrouver dans les dossiers qui lui sont soumis. Ainsi, le juge consulaire est sans doute plus immédiatement disposé à prendre des décisions de responsabilité alors que le juge civil doit subir le feu de l'activité juridictionnelle avant de développer une telle aptitude.

Cela est important à une époque où l'on évoque de plus en plus en parlant du juge la figure du « décideur ». Des difficultés liées à l'inexpérience du jeune juge civil rendent très délicates des désignations comme celles de juge des référés ou chef de juridiction. Comment faire ? Sans doute l'encouragement d'intégration directe de personnalités d'expérience dans le corps judiciaire pourrait être une perspective.

18. Mais la formation typiquement universitaire n'a pas que des inconvénients ! Elle assure une certaine homogénéité de niveau technique entre tous les magistrats, laquelle est indispensable pour la fongibilité des membres de l'institution et pour l'égalité des justiciables. En outre, cette formation préalable, en ce qu'elle est théorique et généraliste, produit des effets bénéfiques sur la façon dont le juge va appliquer le droit dans un litige commercial. En effet, le juge civil, après une maîtrise en droit, subit un concours où chaque branche du droit est sollicitée. Or, le droit économique, sur lequel juge consulaire et juge civil se penchent tour à tour, n'est pas constitué de réglementations empilées sans lien avec les autres branches du droit. Le droit économique n'a de sens qu'éclairé de son esprit, c'est-à-dire ses fondements théoriques, qu'il est bon d'apprendre préalablement à l'application et que l'Université enseigne. En outre, le droit économique se meut dans un système juridique qui met en œuvre un jeu d'influences réciproques. Ainsi, il faut connaître l'ensemble des règles élémentaires de tout le système pour manier une partie de ce dernier. Sinon, c'est agir à l'aveugle. Or, le juge civil a nécessairement bénéficié de cette formation. Il en ressort sans doute un systématisme dans la jurisprudence, per-

mettant la cohérence et la prévisibilité des solutions, plus difficile à atteindre pour le juge consulaire qui dispose moins de ces contextes théoriques techniques.

Ainsi, pour retenir les vertus de la formation et sans vouloir radicaliser, l'apprentissage du juge consulaire tendrait à l'esprit de responsabilité, très précieux en matière économique, tandis que l'apprentissage du juge civil tendrait à l'esprit de cohérence, non moins indispensable. On peut chercher à conjuguer ces deux avantages en jouant sur le temps de formation.

2) Le temps de la formation.

19. C'est sans doute sur le temps de la formation que l'on peut jouer pour trouver une solution liée aux différences. En effet, si l'on ne saurait remettre en cause les différences essentielles *ab initio*, sans doute pourrait-on concevoir la formation continue des uns, non plus comme approfondissement ou mise à jour des connaissances et expériences acquises, mais au contraire emprunt à la formation des autres.

20. Ainsi, la technique des détachements des juges civils dans les services de l'administration économique – et l'on peut penser à la C.O.B. ou au Conseil de la concurrence – ou dans les entreprises, avec les précautions qui s'imposent, serait sans doute la meilleure formation continue. Symétriquement, l'organisation au sein des juridictions consulaires d'apprentissage systématique au droit, sous sa forme la plus classique, serait la bienvenue. Ainsi, un esprit de responsabilité soucieux d'un respect des règles fondatrices du système juridique serait la marque de l'esprit du juge civil et du juge judiciaire.

B. – Juge civil, juge consulaire et principes d'organisation.

21. Les professions sont toujours organisées, même lorsque les législations individualistes traquaient les groupements. La profession n'existe que par la mise en place d'un groupe qui s'identifie et régule les rapports des membres entre eux. Or, on peut dire que l'esprit du juge civil s'agence sur un mode vertical tandis que celui du juge consulaire prend place dans une organisation horizontale (1). Il en résulte une organisation professionnelle traduisant dialectiquement cet esprit différemment façonné (2).

1) Les organisations verticale et horizontale.

22. L'institution judiciaire repose sur le principe de la hiérarchie. La grimpée du juge civil dans les méandres de la carrière, des grades et des échelons, est une préoccupation importante. Ainsi tout juge civil de première instance a vocation à devenir membre d'une Cour d'appel, voire de la Cour de cassation. Il en résulte un esprit particulier, qui permet de dire que l'ensemble des juges civils constitue proprement une institution dont chaque juge civil est une pièce mais qui n'existe qu'au regard de cette institution constitutionnelle.

23. Il est vrai que l'on parle aussi d'institutions consulaires – et le sigle de l'AFFIC en est l'exemple – mais il est probable que cela ne désigne pas le même esprit. En effet, un juge consulaire a vocation à être un temps juge de première instance dans un Tribunal de commerce territoriale-

ment situé pour revenir pleinement à l'activité économique qu'il n'avait d'ailleurs pas délaissée. Si une voie de recours est formée, ce sera au prix de l'hétérogénéité des formations juridictionnelles. Mais les Tribunaux de commerce sont loin de n'être que des points sur la carte judiciaire, certes des points solidement ancrés... Ils sont réunis en réseaux et l'on peut évoquer la puissante conférence générale des Tribunaux de commerce. Ainsi, l'on peut dire que les juges consulaires s'insèrent dans une organisation de type horizontal.

24. Les regards du juge consulaire ne sont pas comme ceux du juge civil dirigés vers la hiérarchie qui lui reste étrangère et à laquelle il ne se soumet que par les lois mécaniques de la réformation. Ainsi, l'esprit du juge civil se façonne en considération d'une organisation verticale, anticipant l'évolution du contentieux et sa propre carrière tandis que celui du juge consulaire se façonne en considération d'une organisation horizontale, dont le Tribunal de commerce de Paris constitue le centre, même si cela est dû à des considérations quantitatives relatives à la masse des affaires qui y sont traitées.

Quelle incidence sur l'esprit du juge ? Continuant à avoir conscience de l'inexactitude de toute généralisation, il demeure que le juge civil lorsqu'il juge se soucie d'autant plus des règles de droit qu'il songe à l'éventuelle censure, notamment de la Cour de cassation dont la tâche est de veiller à l'effectivité et à l'unicité d'application du droit. Le respect du droit par le juge civil tient aussi à ce réflexe. Le juge consulaire a moins à l'esprit cela, dans l'urgence où il est de trouver une solution. Même s'il est vrai qu'un pourcentage faible des jugements des Tribunaux consulaires est frappé d'appel et plus encore réformé, il demeure que, si l'on doit évoquer l'esprit différent du juge civil et du juge consulaire, l'appel et le pourvoi peuvent être l'occasion d'une sorte de choc des cultures.

Comment l'éviter ? Ouvrons pour la fermer aussitôt la boîte de pandore de l'échevinage. Sans vouloir l'examiner en tant que telle, on relèvera tout de même que cette vieille idée, cette longue expérience d'Alsace et de Lorraine, prend comme point de départ la distinction de l'esprit du juge civil et du juge consulaire et propose comme solution le mélange des genres. Il est vrai que le mélange des genres, si séduisant en théorie, est fort difficile à réussir en pratique, pour éviter que le mélange ne se transforme en prévalence et en domination. Il demeure qu'à tout le moins, puisque la justification avancée est de cette nature, l'échevinage devrait alors se faire au niveau des Cours d'appel et l'expérience récente montre la réussite d'une initiative assez comparable au niveau de la Cour de cassation.

25. Ainsi peut-on songer à intégrer davantage cette organisation verticale dans l'esprit du juge consulaire. Mais trop peu n'en faut. En effet, on peut penser que l'importance de la hiérarchie chez le juge civil, encouragée considérablement par la doctrine qui ne veut de jurisprudence que de la Cour de cassation, est excessive. En effet, l'autorité hiérarchique est un mode d'organisation qui n'est plus aujourd'hui satisfaisant. Pourquoi une décision judiciaire serait meilleure, plus juste, plus appropriée parce qu'elle est rendue par un organe situé plus haut dans l'organigramme ? Les critères de l'autorité en matière économique tiennent à l'efficacité de la décision. Le juge consulaire y est sensible et l'adéquation du jugement suffit à son autorité. Il en résulte une autonomie, voire une audace qu'une perspective hiérarchique excessive peut paralyser. Sans

vouloir marcher sur les pas de Danton, réclamant toujours plus d'audace, il semble tout de même que le juge civil peut s'inspirer de l'esprit du juge consulaire en cela.

1) *L'organisation professionnelle.*

26. Peut-on vraiment parler d'organisation professionnelle concernant le juge civil ? Cela paraît déplacé dans la mesure où l'institution judiciaire, institution constitutionnelle liée aux missions fondamentales de l'Etat, vaut toute organisation, constitue la forme supérieure de l'organisation et rend inutile, insignifiante et nocive tout autre type d'organisation. Ainsi l'évocation d'organisations professionnelles renvoie aux syndicats de magistrats. Et l'on peut penser que leur constitution et leur puissance, si légitimes par ailleurs, sont une sape de l'institution. L'organisation professionnelle n'est pas loin d'avoir odeur de soufre concernant le juge civil. Même si l'on doit considérer que l'institution judiciaire entraîne un processus d'enfermement de ses membres, l'organisation syndicale est sans doute un enfermement dans l'enfermement.

27. Certes, le juge consulaire participe également à l'institution judiciaire mais moins intimement dans la mesure où il participe aussi – et son emploi du temps en porte la trace – au monde économique. En cela, par nécessité, l'organisation professionnelle des juges consulaires est ouverte. Ainsi, on observera les liens intimes entre juridictions consulaires et autres institutions consulaires, telles que les Chambres de commerce. On peut penser que le juge consulaire est contraint à une ouverture d'esprit que le juge civil n'atteint que par vertu. Et comme il est toujours dangereux de compter sur la vertu des individus, on ne peut qu'apprécier l'heureux effet de la situation consulaire sur l'esprit du juge.

28. Il est certain que le défi qui se pose au juge civil est l'ouverture vers le monde de l'entreprise, la considération de ses impératifs, laquelle ne doit pas nécessairement aboutir à l'adoption brutale de ces derniers au sein même des juridictions. Se tenir au bord, comprendre et ne pas s'y perdre... Ce qui peut être soutenu pour le juge civil doit être clamé pour les organes administratifs dont l'ignorance de la vie économique réelle est délétère.

29. On voit ici que la solution ne peut qu'être dialectique. En effet, il ne s'agit pas, dans une politique manichéenne de choix, de précipiter les juges civils dans le monde économique pour qu'ils en adoptent la loi, ni de couper les liens profonds entre juge consulaire et vie des affaires pour accroître l'impartialité du Tribunal. Il convient de faire un effort – et le mot est pesé – pour que participation, compréhension, compétence, détachement et impartialité, fassent bon ménage. Sans doute, le temps est venu de réconcilier efficacité et service public, ce qui est le grand enjeu européen des années qui viennent. Sans doute les contacts et travaux communs entre juge civil et juge consulaire y concourent.

Mais les juges ne vivent pas qu'entre eux, fût-ce pour se mélanger. Leur office ne prend sens qu'au regard du litige qui leur est soumis, litige souvent embrasé par l'esprit de querelle qui anime les parties.

II. – JUGE CIVIL, JUGE CONSULAIRE ET L'ESPRIT DE QUERELLE

30. Certes, le conflit présente quelque vertu et donne son énergie au droit. Cela tient au fait que l'harmonie tient sur l'opposition. La première est celle du fait et du droit et meut le système juridique. L'opposition est de méthode lorsqu'elle déclenche la dialectique ; mais elle grippe le bon fonctionnement du système lorsque l'opposition devient querelleuse, c'est-à-dire lorsqu'il faudrait choisir entre ces contraires. Cette querelle prend forme dans le prétoire, suivant l'intérêt des parties, l'une brandissant le droit, l'autre se retranchant derrière le fait. Or, juge civil et juge consulaire n'abordent pas du même esprit la querelle entre le fait et le droit (A), de la même façon que c'est d'un esprit différent qu'ils tendent à dépasser le litige dans lequel le procès les enferme (B).

A. – Juge civil, juge consulaire et la querelle entre le fait et le droit

31. La querelle est vieille comme le droit et sans même s'attarder sur ce que peut présenter d'hasardeux la distinction du fait et du droit, il est certain que juge civil et juge consulaire sont vigilants à défendre le droit (1) et à se soucier du fait (2) mais dans un esprit qui les caractérise différemment.

1) La défense du droit.

32. S'il y a un droit au juge, c'est parce qu'il y a un droit au droit. Un juge qui s'affranchirait du droit répondrait-il encore à son office ? Il faut sans doute être ce clone étrange qu'est l'arbitre pour se sentir vraiment à l'aise avec l'amiable composition. Et la rhétorique du procès économique consiste souvent à se partager les rôles, l'un se prévalant du droit violé, l'autre du fait constitué, voire aux effets bénéfiques avérés. Le procès L.V.M.H., où juge civil et juge consulaire n'ont pas tranché de la même façon, a pu illustrer cela.

33. A première vue, puisque le juge civil a été choisi par un concours basé sur la connaissance du droit, on peut penser que le souci du droit caractérise son esprit. Sa maîtrise des règles juridiques l'y autorise. Le juge consulaire, pour l'élection duquel la formation juridique n'est pas requise, a peut-être moins aisément ce réflexe de la défense du droit. Sans doute, faut-il distinguer le droit objectif, à l'ombre duquel le juge civil prospère et qui pèse moins lourdement sur les épaules du juge consulaire, et les droits subjectifs pour la défense desquels chacun contribue.

34. Mais paradoxalement, le droit est-il la chose la plus importante en droit ? Cela n'est pas évident. De la même façon que le droit n'est pas le droit car il est avant tout des valeurs humaines normalisées, de la même façon le droit technique est secondaire en droit. L'important est le bon fonctionnement d'un système afin d'assurer pour chacun l'effectivité de valeurs fondamentales. C'est pourquoi le droit est plus que la loi et la valeur juridique plus que le droit. Ainsi, ce qui compte, ce n'est pas tant le réflexe de mise en conformité du droit – le juge n'est pas le soldat – mais bien l'esprit juridique.

35. Il est bien délicat de définir l'esprit juridique car, dès le départ de cette étude, on a noté que l'esprit s'échappe toujours avec facétie aux définitions qui brident, appauvrissent, ôtent à l'esprit son souffle. Pourtant, seul l'esprit juridique compte, cet esprit juridique qui vient d'une proximité naturelle et besogneuse du juriste et du juste. L'esprit juridique se conçoit mieux en évoquant sa négation, qu'est l'absence de considération pour les règles préétablies et contraignantes, ou sa caricature qu'est le juridisme. Les discours incessants sur l'équité illustrent le premier travers ; le formalisme procédural parfois excessif des procédures collectives est un exemple du second. Sans doute, l'application aveugle des règles de droit comme l'affranchissement total à leur égard sont deux formes d'une même violation de l'esprit juridique.

36. On ne pourrait dire que l'esprit juridique est du côté du juge civil ou du côté du juge consulaire. Mais l'on peut dire quel excès menace plus particulièrement l'un et l'autre, dans les deux formes de négation de l'esprit juridique. Pour cela, ils doivent s'en garder avec plus de vigilance. On peut penser que l'esprit du juge civil lui rendra parfois tentant un juridisme par lequel il démontre son pouvoir et une domination des faits. De la même façon, l'esprit du juge consulaire, son mauvais génie, peut le pousser à laisser là le droit, faire table nette pour imposer une solution sur mesure, efficace et équitable. Mais c'est faire trop confiance dans cette notion duplice d'équité et oublier que le droit se venge toujours du mauvais traitement qu'il subit, en se montrant certes sous son mauvais jour : l'irrespect du droit entraîne ainsi l'accroissement du contentieux. Et la préoccupation légitime du fait ne saurait le justifier.

2) La préoccupation du fait.

37. On ne peut aller jusqu'à dire que la législation économique ne constitue que l'enrobage normatif et essentiellement procédural du fait économique dont elle servirait la bonne santé. Sans non plus croire que le fait s'impose de lui-même, sans construction ni discussion, il demeure que le droit économique, comme le droit pénal ou le droit social d'ailleurs, est avant tout le droit du fait. Cette prévalence se reflète dans l'esprit du juge, qu'il soit civil ou consulaire.

38. Mais le jugement rendu par le juge est aussi un fait, parfois un fait déterminant économiquement et la puissance de ce fait est-elle bien à l'esprit du juge ? Le juge consulaire, ce juge de la faillite, en a depuis longtemps conscience car c'est bien une décision pour l'avenir qu'il prend, même si c'est pour le cimetière des entreprises si défaillantes. Parfois on peut en douter pour le juge civil. En effet, pendant très longtemps, le juge civil a concentré son esprit sur l'amont, c'est-à-dire sa conformité aux règles de droit, lesquelles doivent être formellement adéquates par rapport aux faits concrets de l'espèce, sans avoir grand souci de l'aval, c'est-à-dire les conséquences sur les parties, les tiers, le tissu économique, la puissance internationale de la France, etc. On doit reconnaître aujourd'hui non seulement l'effet micro-économique des jugements, mais encore leur effet macro-économique. Ainsi un juge peut-il raisonnablement décider la chute en bourse d'un groupe industriel français et la sortie de son sein de tous les investisseurs étrangers ? Car le juge qui décide de l'amont ne peut nier décider de l'aval.

39. Ainsi, tout en continuant à avoir conscience de la caricature de l'opposition, l'esprit du juge civil est l'esprit de l'amont et l'esprit du juge consulaire est l'esprit de l'aval.

Mais cette conscience dans l'esprit du juge consulaire du fait économique qui résulte de sa propre tâche n'est pas sans conséquence négative. En effet, vouloir appliquer au jugement les critères d'efficacité de la décision économique entraîne aussi une dénaturation de la justice, qui ne peut, pas plus que la vertu, être tributaire de la contingence et confondre à ce point cause et conséquence.

40. Là encore, sans doute il convient d'essayer d'harmoniser dialectiquement ces deux radicalités. Concilier la justesse de l'application de la loi à la justice des conséquences du jugement est le souci qui relève précisément de l'esprit de justice. Les juges consulaires ont d'ailleurs associé dans ce sens importance économique de la décision et confidentialité de la procédure qui y conduit. L'association ne semble aujourd'hui plus toujours de mise, ce qui fait douter de l'esprit de justice.

B. – Juge civil, juge consulaire et le dépassement du litige.

41. Le juge et le litige. Couple naturel mais couple infernal. Le litige est le pain quotidien du juge et ce qu'il doit vaincre. Il doit pour cela posséder l'esprit d'apaisement (1) et l'esprit de décision (2). La tournure en sera différente suivant que le juge est civil ou consulaire.

1) L'esprit d'apaisement.

42. L'apaisement des conflits, la très traditionnelle mission de restaurer la paix sociale, est une finalité du jugement et tout office du juge y tend. Mais l'on peut penser que l'esprit du juge consulaire les incite à concevoir de façon différente, voire opposée, cette réussite. En effet, le juge civil, et l'art. 12 du nouveau Code de procédure civile le proclame, tranche les litiges. C'est éteindre le conflit en le prenant de front, en donnant raison et tort. La paix revient parce que le droit a été rendu. L'esprit du juge consulaire l'invite à ce qui ressemble davantage à une politique d'évitement. On laisse de côté le litige et on trouve un autre biais que cette cautérisation de la plaie. Les modes alternatifs de règlement des litiges trouvent meilleur accueil dans l'esprit du juge consulaire que dans l'esprit du juge civil.

43. Cela est bien affaire d'esprit. En effet, le juge civil revendique son hétérogénéité par rapport aux parties et au litige. Cela relève de sa culture de l'impartialité qui se trouve aisément associée à l'extériorité. Mais dès lors, les parties ne peuvent « reconnaître » le juge civil et si le jugement est admis, c'est précisément parce que l'on reconnaît autorité au tiers désintéressé et extérieur à la relation conflictuelle. Le juge civil est du côté de la théorie sociologique de la justice rare.

L'esprit du juge consulaire l'attire vers une autre voie. Il prendra appui sur sa parenté avec les parties, commerçants comme lui, sur sa familiarité avec les litiges dont il est proche. C'est parce qu'il comprend les parties, qu'il peut se mettre à leur place, qu'il peut leur proposer autre chose que de désigner un vainqueur. Être en procès est déjà un échec pour un acteur économique et le juge consulaire n'est pas loin de partager cette opinion.

44. Mais, là aussi, le dépassement dialectique s'impose et semble ici accompli. En effet, nous sommes de nouveau dans une problématique d'autorité, l'autorité qui fait que le litige ne reprend pas comme un brasier mal éteint par le jugement ou la conciliation forcée. En effet, cette autorité sans laquelle jugement n'est que simagrée inefficace, n'est plus aujourd'hui ni une autorité de l'extériorité, signe trop ostensible de l'impartialité, ni une autorité de proximité, signe trop ostensible de compréhension.

45. L'autorité du jugement tient à son contenu et essentiellement à sa pertinence technique. Le juge doit savoir ce dont il parle et à qui il parle pour prétendre trancher et réconcilier. C'est la même autorité qui est alors demandée, et au juge civil, et au juge consulaire, celle qui rapproche l'homme de droit et le notable dans la même figure de l'expert. Le juge qui s'impose et accorde est celui qui peut s'affirmer comme l'expert du droit et du fait économique, et fournir la preuve de cette compétence par des jugements adéquats auxquels les justiciables se fieront. Mais le juge n'opère pas qu'un jugement de réalité, en tant qu'il est juge, il décide en conséquence.

2) L'esprit de décision.

46. Décider, mettre fin à l'incertitude, restaurer la sécurité juridique, c'est ce que l'on demande à tout juge. Mais l'on n'apprend pas à décider sur les bancs de l'école, à l'exception de quelques choix stratégiques d'option et d'oraus. Il est certain que le juge consulaire, homme d'entreprise, a été formé à l'esprit de décision. Mais il est un juge civil qui subit cette même salutaire contrainte : le juge des référés qui doit décider seul, vite et éviter le pire, seule conception raisonnable de ce qu'est choisir au mieux.

47. Ainsi, l'esprit des référés et l'esprit du juge consulaire se rejoignent heureusement. Et puisque le rapprochement entre juge civil et juge consulaire, de toutes les façons mais dans l'esprit d'abord car c'est l'esprit qui unit les hommes, est ce vers quoi on doit tendre pour que la justice reste une, dans cette perspective aussi le juge des référés constitue un modèle.