

De code
en code

mélanges

*en l'honneur
du doyen*

*Georges
Wiederkehr*

DA||LOZ

LE MODÈLE DU BON JUGE MAGNAUD

par Marie-Anne FRISON-ROCHE
Professeur de droit à Sciences Po (Paris)

1.– Le *Bon Juge Magnaud* est resté dans la mémoire collective des juristes. Ah, ce « Bon Juge Magnaud » évoque-t-on, un peu comme s'il était de notre famille, cet aïeul, président du tribunal correctionnel de Château-Thierry, qui, lors de l'audience du 4 mars 1898, se refusa à condamner une veuve ayant pourtant indubitablement commis un vol. L'objet volé était un pain, le contexte était une disette ayant accru considérablement le prix de celui-ci, et la voleuse était une mère ayant une mère et un enfant de deux ans à charge, ces personnes n'ayant rien mangé depuis deux jours.

2.– André Magnaud apparaît ainsi comme une figure en tant que telle, dont la désignation passe ainsi parfois par sa vie personnelle, le « juge de Château-Thierry », et non pas seulement comme celui qui cristallisa la théorie de l'état de nécessité. Dans le sens littéraire du terme, c'est un personnage. Le fait que Clémenceau reprit dans le journal *L'Aurore* l'histoire de la veuve Ménard dans un article du 14 mars, intitulé, « Un bon juge », les médias ayant depuis longtemps montré leur puissance comme allié du judiciaire subversif, contribua fortement à personnaliser la création de la théorie de l'état de nécessité, tandis que *Le Figaro* titrait en réaction « La propriété a des droits ». Il est remarquable qu'on préféra désigner la situation, tant qu'à la prendre romanesque, comme celle du « Bon Juge Magnaud », plutôt que comme celle de la « Pauvre Veuve Ménard », ce qui aurait pu se faire. Cela tient sans doute du fait que le juge donna, pour exprimer sa bonté, figure à la théorie de l'état de nécessité, alors que la veuve ne fit pas pareil détour. Personnage, le Bon Juge Magnaud se prête ainsi à l'art biographique. Né à Bergerac, Cyrano n'aurait pu rêver mieux, Paul Magnaud

fils de fonctionnaire, passe toute sa vie à exercer la fonction de magistrat jusqu'à 1906, année où il devient député radical-socialiste. Mais, on pratique aussi ces exercices biographiques à propos, des « grands » juristes, Portalis *premium inter pares*. Ici, c'est en tant qu'il fut « bon » que M. le Juge Magnaud reste dans les mémoires. L'épithète inscrite sur sa tombe est formulée ainsi : « Le bon juge », sans même plus y ajouter de patronyme. Nous sommes donc passés de la désignation de cette personne par Clémenceau comme « un » bon juge, à une désignation comme « le » bon juge. La désignation n'est pas que de localisation d'un cimetière, puisqu'Anatole France lui-même, maître des lettres, désigna notre héros comme « Le Bon Juge » dans *Le Figaro* du 14 novembre 1890.

5.- Est-ce une évocation de sa célébrité? Ou peut-on aller plus loin et penser que le Bon Juge Magnaud pourrait constituer un modèle, accédant ainsi à l'abstraction? On peut en douter lorsqu'on lit sous la plume des auteurs la description du « phénomène Magnaud » comme la manifestation d'une « passade jurisprudentielle », une passade se caractérisant non seulement par son caractère éphémère mais encore en ce qu'elle est infondée et irraisonnée, simple impulsion souvent contraire aux règles. Le sentiment et l'indulgence contre la loi et la raison. À l'inverse, un modèle peut se définir comme un élément rationnel et abstrait par rapport auquel les faits se mesurent. Ainsi le modèle permet un jugement de conformité. Un fait ou une personne peuvent constituer des modèles s'ils présentent en eux-mêmes suffisamment d'abstraction pour que ces jugements de conformité ultérieurement possible puissent s'opérer. Ainsi, Portalis est souvent présenté comme un modèle dans l'art législatif.

6.- Le modèle n'a pas seulement cette qualité intrinsèque d'abstraction, qui le rend généralisable et permet le jugement de conformité. Il recèle aussi une qualité substantielle : il est « modèle à suivre ». En cela, désigner une personne ou un comportement comme un modèle est un exercice de normativité puisqu'il convient de se mettre sur cette liste de correspondance avec le modèle, pour en être félicité, tandis qu'en prendre écart mérite réprobation.

7.- Dès lors, si l'on voulait s'enfermer dans les termes, et on le fait souvent à son propos, le juge Magnaud fut bon en tant que personne car soucieux du sort misérable de la veuve et de l'orphelin, mais mauvais, en tant que juge, car insoucieux des droits de propriété. On en viendrait à dire que pour être bon, il faut cesser d'être juge et qu'il n'existe donc pas de « bon juge ». Pourtant, Paul Magnaud continue sa carrière dans la magistrature et la cour d'appel d'Amiens n'annula pas son jugement dans l'affaire *Ménard*.

8.- Il demeure que si l'on cherche à déterminer si le Bon Juge Magnaud peut être un modèle ou non, on sort alors radicalement du biographique et du singulier, de ce qui se justifia un jour mais qu'il convient de ne pas reproduire d'ordinaire, pour affirmer l'inverse à savoir que le « bon juge Magnaud » serait le modèle du « bon juge », plus précisément que tout

juge, pour être conforme à ce que doit être un juge¹, doit prendre pour modèle le juge de Château-Thierry.

9.– Il est difficile de répondre à une telle question car elle suppose qu'on pose nettement ce qu'est un juge dans son office d'application de la loi, éternel sujet dès l'instant qu'il existe une puissance du législateur et une puissance du juge². Plus encore, lorsqu'il y a refus d'application de la loi, comme le fit le juge Magnaud, cela fut parce qu'il était « bon », donc c'est par son appréhension personnelle et morale de la situation de fait, le vol d'un bien non crucial pour son propriétaire, le boulanger en attente d'en obtenir le rendement légitime de son travail par la vente, la nécessité dans laquelle était la voleuse de nourrir son enfant et sa mère harcelés par la faim.

10.– Sa « bonté » l'amena à faire prévaloir le second fait sur le premier, refusant alors de déclencher l'impérium de la loi. Certains se souviennent d'un juge qui, il y a quelques années, refusait de sanctionner le délit consistant à voyager dans les trains sans titre de transport, parce que, selon lui, la compagnie était l'expression de la classe bourgeoise, exploitant les voyageurs, et que la loi pénale, elle-même expression de l'ordre bourgeois, ne devait pas leur être appliquée. Il s'en suivit des sanctions à son encontre.

11.– En effet, confondre son appréciation propre, c'est-à-dire son jugement au sens intellectuel du terme, signifiant selon le dictionnaire faire la part du bien et du mal, avec l'acte de décider qui caractérise le pouvoir du juge³ serait donc une faute, méritant sanction disciplinaire. Le Bon Juge Magnaud ne pourrait donc être un modèle?

12.– Il convient de répondre avec prudence. En tant que le juge Magnaud avait substitué son sentiment à la loi, on peut considérer qu'il n'est pas un modèle, car il exprime alors sa personnalité plutôt que la loi générale. Mais le juge Magnaud ne fit pas cela, il n'affirma pas que l'ordre politique, qui doit protéger les personnes en détresse, avait négligé ce devoir, que la loi, par sa trop grande généralité, n'était pas redressé cela, devenant donc injuste et qu'il allait ne pas la suivre. Ainsi, tout en reprochant expressément à l'ordre politique de ne pas nourrir tout citoyen⁴, ce qui est différent de prendre position contre l'interdiction générale de voler, il inventa la théorie de l'état de nécessité, dont l'application requiert des charges de preuve lourdes : c'est en s'appuyant sur cette nécessité de la voleuse de se nourrir qu'il ne sanctionna pas le vol. En cela, il emprunta à un ordre normatif cette notion inconnue du droit, la notion de nécessité, pour l'importer dans l'ordre juridique.

1. G. Wiederkher, « Qu'est-ce qu'un juge? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575-585.

2. Pour une récente et remarquable synthèse, v. G. Canivet, « L'autorité judiciaire », in *L'autorité*, travaux du Collège de France, Odile Jacob, 2008.

3. G. Wiederkher, *ibid.*, p. 580 s.

4. Sur cette dimension politique, v. *infra*.

13.— Cette bonté du juge Magnaud fait de celui-ci un Janus. En tant que le sentiment du juge a submergé l'ordre de la loi, lui permettant de juger la loi en ce qu'elle était injuste, c'est une mauvaise face du pouvoir du juge, cette équité du Parlement dont il fallait nous préserver (I). Mais en tant que le juge est une source légitime de théorie, autorité au même titre que la doctrine ainsi que l'a toujours qualifiée le doyen Carbonnier, il montre alors sa noble face, en créant la notion d'état de nécessité, qu'il emprunta dans un autre ordre normatif que le droit (II). En tant que le juge peut aller, dans certaines conditions, emprunter dans d'autres ordres normatifs des théories, ici morales et naturelles (puisqu'il s'agit d'un cas de vie ou de mort), mais il peut s'agir aussi des théories et notions psychiatriques ou économiques, le juge Magnaud est un modèle.

I. — LA MAUVAISE FACE DU JUGE MAGNAUD : SENTIMENTALISME ET LÉGALISME

14.— Le juge Magnaud apprécia les faits de l'espèce, conformément à l'office du juge. Mais confronté en tant que personne, à la situation qui mettait face à face d'autres personnes, le propriétaire et la voleuse, on peut dire qu'il interféra entre les deux et, ce faisant, le juge estima l'application pure et simple de la loi injuste. Donc, il bloqua l'application de celle-ci

15.— Permettre à un juge de juger la loi, d'affirmer qu'une loi est injuste⁵, c'est l'autoriser à substituer son sentiment personnel, sa doxa, à un ordre général et abstrait. Or, le juge ne peut le faire, non pas tant parce qu'il serait une source contestable de droit, mais plutôt parce qu'il en est une source particulière. On le qualifia à juste titre de législateur particulier des conflits.

16.— Ce faisant, le juge se laissant emporter par son sentiment devient imprévisible, puisqu'il a sa conception de ce qui est bon et de ce qui ne l'est pas, laquelle n'est pas nécessairement partagée par les autres juges. Le relativisme des valeurs morales entraîne le pluralisme des solutions à l'intérieur même du droit. Le juge Magnaud était par ailleurs ouvertement radical-socialiste et son jugement fut tout autant empreint de politique que de morale, puis c'est l'ordre politique, en ce qu'il protégeait toujours les propriétaires, que le juge désignait comme injuste. Dès lors, l'unité du droit est frappée et la relativité s'infiltré dans le droit, alors que l'une de ces fonctions principales est d'assurer l'ordre.

17.— Un juge conduit par ses sentiments, son for intérieur et la représentation qu'il se fait du monde, plutôt que par la loi, est un juge dangereux, soumis à la puissance rhétorique des parties et de leurs conseils. On dénonce

5. V., R. Drago, « De l'injuste au juste dans la loi », in *De l'injuste au juste*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 1997, p. 57 s.

fréquemment le système des jurés⁶, en ce qu'ils jugent par sentiment, les moins bien défendus étant plus souvent et plus lourdement condamnés que les autres. En effet, le juge ne peut être isolé du procès : dès l'instant que le juge intègre ses sentiments dans son art de juger et d'appliquer la loi, cela contamine le procès lui-même. Cessant d'être lieu d'échange d'arguments juridiques, de faits et de preuves, il devient un espace de paroles séductrices, l'argument de la faiblesse, du délinquant comme victime première, étant un des arguments disponibles. Le procès devient un espace, rhétorique au mauvais sens du terme, tel que Platon le dénonça.

18.– Dès lors et *a contrario*, pour admettre un juge sentimental, il faut concevoir un juge impérieux, pouvant imposer aux autres juges ses jugements propres, issus de sa représentation morale du monde, autant dire un juge de *Common law*. Pour preuve, le juge Hawkins fut d'une plus grande audace encore que le Bon Juge Magnaud. En effet, en 1890, non seulement, il relaxa un misérable voleur de pain, mais encore il fait procéder à une collecte auprès du public à l'audience au bénéfice de celui-ci et condamna le boulanger présent à un jour de prison pour avoir enfreint l'interdiction faite aux boulangers de quitter leurs boutiques dans ces temps de disette. Un juge Magnaud avec l'humour anglais en prime.

19.– En cela, le Bon Juge Magnaud se serait trompé de système et de place, puisqu'il se comporta comme un juge de cour suprême, assumant de formuler un jugement sur l'ordre politique et redresser les conséquences désapprouvées de celui-ci par l'usage de sa propre puissance⁷, alors même que la notion continue de ne pas exister en droit français.

20.– Mais peut-on lui reprocher autre chose? Souvent, on estime que le juge Magnaud s'autorisa à estimer la loi injuste, jugement moral dont le juge doit se tenir à distance, du fait de son impartialité lui interdisant de juger la loi. De nombreux juges se prévalent de leur aptitude à gommer tout ce qui constitue leur personnalité, laissée à la porte du prétoire, par le revêt qu'ils font de leurs robes.

21.– C'est là une prétention dont il faut tout craindre car nul ne peut juger en prenant une telle distance par rapport à soi-même. La neutralité du juge est bien davantage d'ordre procédural, l'obligeant à prendre en considération chacun des moyens de chaque partie. Se croire dénué de tout sentiment est sans doute la plus dangereuse des hypothèses pour les parties, exposées aux sentiments non exprimés, non maîtrisés du juge, sans que le juge doive l'explicitier.

22.– En cela, la vertu que l'on associe à la brièveté des arrêts, signe paradoxal de leur importance, associant à l'affirmation que chacun sait fausse

6. Et prenons le plus radical des réquisitoires, celui mené par André Gide, *Souvenirs de la cour d'assises*, Gallimard, reprint 2009.

7. Ce qui correspond à la conception que l'on peut avoir de la Cour suprême nord-américaine (v. not. R. Posner, *How judges think*, Harvard University Press, 2008).

comme quoi les juges ne seraient pas sources de droit, exposent les citoyens à un pouvoir judiciaire qui n'a pas à se justifier puisqu'il est censé ne pas exister, situation plus dangereuse que l'exercice d'un pouvoir qui se pose comme tel et, ce faisant, est contraint de s'exprimer et de rendre compte des raisons pour lesquelles la décision alla dans ce sens. Les ennemis du juge Magnaud ne lui reprochent-ils pas avant tout sa franchise dans les motifs plutôt que sa décision en elle-même ?

23.— En outre, l'appréciation est trop radicale car le juge Magnaud n'avait pas tant jugé la loi injuste, que l'automatisme dans l'application de la légalité en aurait produit en l'espèce. Le juge Magnaud n'était pas un révolutionnaire, posant par principe que la propriété c'est du vol, et il n'usa pas de son pouvoir pour nuire systématiquement à tout propriétaire. Certes, il rendit d'autres décisions, dont on dispose aujourd'hui du recueil, mais on ne peut parler de systématisme.

24.— Il a plutôt dans le cas particulier de la veuve Ménard pris la mesure des choses et a mis dans la balance la légalité d'une part et le dommage d'autre part. En l'espèce, l'application du droit conduisait à réparer le dommage fait au propriétaire, dommage faible constitué par la perte d'un pain, et à méconnaître l'utilité du dommage que l'illégalité du comportement de la délinquante a permise, à savoir la sauvegarde de l'enfant de deux ans. En cela, le Bon Juge Magnaud nous montre sa bonne face.

II. — LA BONNE FACE DU JUGE MAGNAUD : NORMALITÉ PRÉTORIENNE PAR CONSIDÉRATION DIRECTE D'UNE NORMATIVITÉ HORS DU DROIT

25.— Le juge Magnaud n'a pas posé que le droit de la propriété devait être renversé, pas plus qu'il n'est entré en guerre contre le législateur. Il s'est comporté comme une autorité, au sens que le doyen Jean Carbonnier donne au terme lorsqu'il évoque le juge, c'est-à-dire créatrice de théorie argumentée.

26.— Or, comme chacun sait, le juge Magnaud mit en lumière les fondements de la théorie de l'état de nécessité. Y procéda-t-il ou non par bonté ? Cela importe peu, car l'idée préalablement développée de mesure, montrant que la protection démesurée de la propriété par la loi n'a plus lieu d'être, peut aussi justifier le jugement. Dès lors, le fondement n'est plus la bonté de la personne qui juge, mais la mesure, cette mesure qui définit le droit comme la part qui revient à chacun.

27.— L'application de la légalité était en l'espèce démesurée, le juge pouvant être désigné comme celui qui veille à la bonne répartition des parts de chacun, conception aristotélicienne des droits que relayait Michel Villey, le juge pose alors les limites de l'application de la loi.

28.— Mais pour ce faire, parce que le juge ne gouverne pas et ne peut donc ni changer la loi ni imputer directement un effet juridique nouveau à une situation abstraite par le seul jeu de sa volonté, le juge doit médiatiser l'exercice par la création d'une théorie. La théorie de l'état de nécessité a rendu compatible l'interdiction du vol et l'absence de condamnation de la personne en soi, car la nécessité prive la personne de sa liberté de ne pas agir, ici la liberté de ne pas voler, étant acquis que la liberté négative (liberté de ne pas faire) est encore plus protégée en droit que la liberté positive (liberté de faire). Cela sous-entend un effet de nature : la mère doit nourrir l'enfant.

29.— En cela, l'élément intentionnel exigé par le droit pénal faisait défaut, par la nécessité dans laquelle la mère se trouvait. Comme l'écrivit expressément le juge, « la faim est susceptible d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre », ajoutant qu'il y a chez une mère un « désir naturel » d'éviter à son enfant d'endurer avec elle semblable souffrance. Il y a donc une « irrésistible impulsion de la faim ». La cause requise par la loi pour sanctionner le comportement contraire à la loi pénale, n'est plus la volonté dolosive, mais la faim. Dès lors, l'application de la loi pénale se bloque, ayant perdu un de ses éléments requis.

30.— Cette médiatisation par l'invention théorique, la Cour de cassation le fit aussi à de nombreuses reprises, par exemple pour l'abus de droit, le juge Magnaud le fit par l'état de nécessité. On peut alors dire qu'on n'étaye pas l'idée d'un modèle que pourrait constituer celui-ci en insérant le qualificatif moral qui souligne sa bonté et du coup relativise son jugement, qui devient marginal et non plus exemplaire. On peut au contraire poser qu'il constitue un modèle en ce qu'il a construit une théorie, posant qu'un comportement né d'un état (la faim de l'enfant) qui engendre lui-même une nécessité (celle pour la mère de le nourrir) servie par ce comportement (le vol) rend celui-ci légitime.

31.— Plus précisément donc, l'état est celui des enfants, la nécessité est celui dans laquelle est la mère de les nourrir, et de se nourrir elle-même pour continuer à veiller sur lui. Comme le précise le jugement du tribunal correctionnel de Château-Thierry, il devrait relever de l'ordre politique de veiller à une prise en charge élémentaire des citoyens. Sa défaillance est la cause de l'acte et non plus tant la volonté de la voleuse de pain. Le fait que l'objet volé soit lui-même élémentaire, le pain étant ce qui est le plus nourrissant et ce qui soustrait le moins de richesse au propriétaire⁸ justifie aussi la solution, qui aurait sans doute été différente pour le vol d'un objet de luxe. En cela, c'est le présupposé moral, que certains disent parfois plutôt social⁹, du devoir des parents de nourrir les enfants qui engendrent la règle. C'est, comme dans la théorie de l'apparence, autre grande théorie prétorienne, la situation observée par le juge qui fait directement naître un droit.

8. Sur l'idée de mesure, v. *infra* I.

9. E. Badinter, *L'Amour en plus. Histoire de l'amour maternelle, XVIII^e-XX^e siècle*, Flammarion, 1980.

32.— En outre, pour faire jouer la théorie, qui médiatise la loi et le jugement, les parties devront démontrer que les faits correspondent à celle-ci. Ainsi, parce qu'il ne s'agit pas de sentimentalisme, l'unicité de l'application du droit n'est pas si affectée qu'on aurait pu le craindre. L'ordre juridique s'est simplement enrichi d'une nouvelle théorie qui donne plus de mesure à l'application du droit et à la revendication des droits, dont le juge tient la mesure entre eux, comme le fait la théorie prétorienne de l'abus du droit.

33.— Ce faisant, le juge va chercher hors de l'ordre juridique au sens strict une notion, par exemple l'impératif de ne pas laisser les enfants mourir de faim, impératif politique, qu'à l'époque nul ne prenait en charge hors de la famille, faute de tout mécanisme politique de protection sociale. Cette aptitude du juge de construire des théories en allant chercher dans d'autres ordres normatifs, par exemple l'ordre normatif moral, comme cela fut également le cas pour l'abus de droit, est un modèle.

34.— Il présente tout d'abord la qualité de modèle du fait de son caractère abstrait¹⁰. En effet, un « bon juge » pourrait aller emprunter des notions économiques ou de gestion, pour les importer dans l'ordre juridique. Cela suppose que le juge les acclimate dans le système de droit, comme le fit ce juge Magnaud, qui mériterait d'être qualifié d'« Habile Juge Magnaud » en neutralisant l'élément légal par l'affirmation d'absence d'élément intentionnel. De la même façon, le droit économique a pour enjeu central l'aptitude du juge à importer et à rendre compatibles des réalités économiques et des notions économiques, par exemple la notion d'efficacité, dans l'ordre juridique.

35.— Il présente ensuite la qualité de modèle, au sens de comportement à suivre, parce qu'il traduit l'aptitude du juge à n'être pas enfermé dans un rapport bilatéral avec le législateur, rapport heurté dans lequel on l'enferme trop souvent, qui méconnaît d'ailleurs son office exprès portant aussi bien sur le fait que sur le droit.

36.— Cette aptitude du juge doit le conduire à considérer dans son jugement les réalités du monde, dans ses dimensions morales comme ce fût le cas pour le Bon Juge Magnaud, réalité sociale que la jurisprudence cristallise, réalité économique que le juge ne doit pas ignorer (ici la crise du blé et le prix du pain), la réalité biologique (la faim, la menace de la mort). Mais l'appréhension ne doit pas être directe, elle doit être médiatisée par des théories prétorienne.

37.— Cette médiatisation est ce qui distingue le pouvoir normatif du législatif parce que celui-ci n'a pas à construire les notions et logiques comme sous-jacents nécessaires des ordres qu'il émet, du pouvoir normatif du juge, qui serait la mauvaise face de son pouvoir s'il nous imposait ses conceptions propres directement mais constitue sa noble face s'il crée des théories explicites, fondant des solutions pour rendre le droit plus humain.

10. *V. supra.*